

TRABAJO DE FIN DE GRADO

(2014-2015)

“LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA
EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA”

Alumno: Germán Puente Guerra

Tutor: Reyes Palá Laguna



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN GENERAL.....	5
II. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	6
1. Introducción: las prácticas prohibidas.....	6
2. Los programas de clemencia.....	9
2.1. Concepto.....	9
2.2. Requisitos para el establecimiento y buen funcionamiento de los programas de clemencia.....	10
2.3. Origen y evolución.....	13
2.3.1. <i>Breve comparativa sobre los programas de clemencia en América Latina, EE.UU., Canadá y Australia.....</i>	<i>14</i>
2.4. Régimen de los programas de clemencia en el Derecho europeo.....	21
2.4.1. <i>Implementación y características de la política de clemencia comunitaria.....</i>	<i>21</i>
2.4.2. <i>Evolución a través de las diferentes Comunicaciones de la Comisión Europea.....</i>	<i>23</i>
2.4.3. <i>Conclusiones generales.....</i>	<i>31</i>
2.5. Régimen del programa de clemencia en Derecho español.....	32
2.5.1. <i>Introducción.....</i>	<i>32</i>
2.5.2. <i>Características principales y diferencias con otros programas de clemencia.....</i>	<i>34</i>

2.5.3. <i>Solicitud de clemencia</i>	38
2.5.4. <i>Aplicación práctica del programa de clemencia</i>	40
 III. LA PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES PRIVADAS DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS <i>ANTITRUST</i>	48
1. Introducción	48
2. Soluciones que se plantearon	51
3. Situación actual	53
 IV. CONCLUSIONES	58
 V. BIBLIOGRAFÍA	60
 ANEXO	61

ABREVIATURAS

L.D.C.	Ley de Defensa de la Competencia
T.F.U.E.	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
T.C.E.	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
L.C.D.	Ley de Competencia Desleal
A.D.	División <i>Antitrust</i> (Departamento de Justicia de los EE.UU.)
C.N.M.C.	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
R.A.C.	Red de Autoridades de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente trabajo de fin de grado sobre “Los programas de clemencia en el Derecho de la Competencia”, consta de un planteamiento inicial de las distintas prácticas colusorias (epígrafe II, apartado 1) y, posteriormente (epígrafe II, apartados 2.1., 2.2., 2.3., 2.4. y 2.5.), se centra en realizar un análisis general, desde origen y difusión hasta consolidación, de este novedoso y moderno mecanismo de defensa de la competencia que son los Programas de Clemencia. Se incluyen diversas reflexiones sobre su implementación, evolución y aplicación en España y la Unión Europea, así como, un breve estudio comparativo de estos programas de clemencia con los previstos en distintos países de América Latina, los EE.UU., Canadá, Australia... haciendo especial referencia a aquellas características que los diferencian entre sí. Finalmente (epígrafe III), se hace una evaluación de los distintos problemas que la aplicación práctica de los Programas de Clemencia conlleva en relación con la responsabilidad por daños en que pueden incurrir.

Con este trabajo se pretende hacer una exposición de las principales ventajas e inconvenientes que estos instrumentos ofrecen para la defensa de la competencia y, en concreto, para la lucha contra los cárteles.

II. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Introducción: las prácticas prohibidas.

En la práctica encontramos una serie de conductas o actividades que desarrollan las empresas y que están prohibidas por el Derecho de la Competencia por tratar de falsear la competencia. El régimen jurídico de las mismas en el sistema español se encuentra en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Por su parte, en el Derecho europeo, hay que estar a los arts. 101 – 103 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, desarrollado por el Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Tanto el legislador español como el europeo, consideran que las siguientes prácticas son contrarias a la libre competencia en los respectivos mercados: en primer lugar, las **prácticas colusorias** (arts. 1 LDC y 101 TFUE), perseguidas salvo que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y cumplan una serie de requisitos que aparecen en el apartado 3 del art. 1 LDC. Tampoco estarán prohibidas (tal como dice el apartado 4 del propio art. 1 LDC) cuando cumplan los Reglamentos comunitarios, es decir, cuando se cumpla lo establecido en el art. 101.3 TFUE (antiguo art. 81.3 TCE).

Podemos destacar distintos signos de evidencia de colusión: en primer lugar, la actividad que se conoce como *Markups*, que consiste en aumentar el precio-coste marginal de un bien o servicio; la uniformidad de precios entre empresas, ahora bien, es necesario que sea resultado de un acuerdo, ya que las prácticas conscientemente paralelas se consideran como colusión tácita, que es legal; realizar movimientos simultáneos de precios (paralelismo); la uniformidad y reducción en el número de categorías de precios/productos; la supresión de la política de descuentos y de ventas

anudadas; la uniformidad en los precios de servicios complementarios (p.e. transporte); realizar ajustes asimétricos de precios a costes, más rápidos cuando los costes suben; una menor frecuencia de cambios en los precios; la correlación negativa entre precios y demanda; la existencia de mayores precios en las fases expansivas del ciclo económico; la realización de cambios estructurales, como guerras de precios; y, finalmente, cuotas de mercado estables, similares a los niveles previos a la colusión. En definitiva, la homogeneidad o simetría entre las prácticas realizadas por las distintas empresas de un determinado sector.

La normativa española y europea también prohíben, por otro lado, el **abuso de posición dominante** (arts. 2 LDC y 102 TFUE), que podrá consistir en: la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que las anteriores prohibiciones no se aplicaran cuando dicha posición de dominio haya sido establecida por disposición legal.

Finalmente, los **actos desleales** (art. 4 LCD), entendidos como cualquier comportamiento realizado en el mercado con fines concurrenciales y objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Este tipo de conductas no entra dentro del ámbito de aplicación de los programas de clemencia, que están más enfocados hacia la lucha contra los cárteles.

Todas estas conductas están prohibidas salvo que se trate de conductas de escasa importancia, ya que en tales casos no se persiguen (Regla de minimis, art. 5 LDC).

Sin embargo, debemos destacar que, a pesar de que tanto las prácticas colusorias como el abuso de posición dominante y los actos desleales son conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia, los programas de clemencia solamente se aplican a la primera de estas prácticas, es decir, a las prácticas colusorias y, en concreto, a la lucha contra los cárteles¹.

1.1. La lucha contra los cárteles:

Un cártel podemos definirlo en términos generales como todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones, es decir, un acuerdo entre empresas de no competir entre ellas. Este tipo de acuerdos se concretan en determinadas medidas tales como fijar precios, cuotas de producción, descuentos, créditos, reparto de mercados, de contratos públicos o la prohibición de importaciones o exportaciones. Pueden darse en casi todos los sectores, aunque son más propensos aquellos en los que hay pocos competidores o en los que el producto deja poco margen para competir por calidad o servicio. También pueden darse en cualquier fase, sea producción, distribución o venta².

Dentro de la Defensa de la competencia, la lucha contra los cárteles es una de las actividades más importantes, entre otras cosas, porque los cárteles perjudican a la economía y a los consumidores. Al alterar la competencia, se elimina la presión que la misma ejerce para que los miembros del mercado traten de innovar y, por tanto, la competitividad flaquea.

Los grandes problemas en la lucha contra los cárteles residen en sus características, en concreto, en su secretismo, y en el hecho de que las empresas tienen una tendencia hacia la colusión, ya que sus beneficios son mayores que en

¹ Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia.

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; Disposición Adicional Cuarta.

competencia³. De este modo, para contrarrestar este tipo de estímulos que llevan a falsear la competencia es necesario, entre otros, un instrumento que suponga que las consecuencias derivadas de una posible sanción de estas prácticas sean mayores que los posibles beneficios de las mismas. No basta, por tanto, con imponer sanciones, sino que es necesaria una coordinada cooperación entre las autoridades de la competencia de los diversos estados y la existencia de programas de inmunidad frente a sanciones, lo que denominamos, Programas de Clemencia.

2. Los Programas de Clemencia

Como se menciona anteriormente, los cárteles constituyen uno de los grandes objetivos del Derecho de la Competencia y, por tanto, de las instituciones de defensa de la competencia. Debido a las características propias de estas conductas, la detección de las mismas resulta realmente complicada y, por ello, son necesarios mecanismos para sacar a la luz este tipo de comportamientos, entre ellos, los programas de clemencia⁴.

2.1. Concepto:

La política de clemencia constituye una estrategia orientada a superar la situación de impotencia de los responsables de la defensa de la competencia en su intento de erradicar los acuerdos colusorios entre competidores. Los programas de clemencia, inicialmente adoptados en Estados Unidos, constituyen una de las mayores innovaciones en el área de la política de competencia y consisten en ofrecer a las empresas inmunidad o una reducción sustancial de las multas en caso de que denuncien y aporten pruebas de la existencia de un cártel. A través de la presentación de una solicitud de clemencia, las empresas o personas físicas que participen en un cártel pueden beneficiarse de dicha exención o reducción del importe de la multa que se les impondría en caso de ser sancionados por su conducta.

³La frase de Adam Smith: “Existe una tendencia de los competidores en conspirar” se extrae del trabajo de ILUNDAÍN FANTOVA, S./ PEÑA CASTELLOT, M.A.: «Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia», Universidad San Pablo CEU, nº 2, 2002, pp. 1-6, disponible en <http://dspace.ceu.es/handle/10637/3075>.

⁴ BORRELL ARQUÉ, J. R./JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L./ ORDÓÑEZ DE HARO, J.M.: «Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia», ICE, 876, 2014, pp. 17-36: aparece información de este documento en los diversos apartados del epígrafe “Los Programas de Clemencia”.

En definitiva, inducen un dilema del prisionero entre las empresas que participan en un cártel, de tal manera que todos sus integrantes saben que es mejor ser el primero en denunciar, y produce efectos desestabilizadores en el cártel⁵.

2.2. Requisitos para el establecimiento y buen funcionamiento del programa de clemencia.

Un aspecto clave a la hora de establecer programas de clemencia eficaces es la identificación de los factores que disuaden a las empresas a formar cárteles o, en el supuesto de que ya existan, de los factores que actúan como incentivos para que alguno de sus miembros denuncie⁶.

Desde una perspectiva económica, todo agente económico tomará una determinada línea de acción cuando los beneficios de la misma superen los costes. Si nos situamos en el caso de las empresas de un determinado sector que se plantean crear un cártel, éste finalmente se constituirá si las empresas, por un lado, no tienen ningún incentivo moral vinculado al bienestar público que las desincentive a formarlo y, por otro, si estiman que el beneficio extraordinario asociado a su participación en el cártel superará los costes asociados a su integración en el mismo.

Dado que el coste para las empresas es el producto de la probabilidad de que sea detectado por la sanción recibida en razón de la infracción, cuando este producto sea mayor que el beneficio extraordinario obtenido por la participación en el cártel, éste no se formará.

⁵ La teoría de juegos consiste en tomar una vía de actuación teniendo en cuenta lo que pensamos que harán los demás, sabiendo que ellos actuarán a su vez pensando en lo que creen que nosotros vamos a hacer. En este sentido el llamado “Dilema del prisionero” es uno de los ejemplos más conocidos dentro de la categoría de juegos del tipo “Equilibrio de Nash”. La conclusión que explica este ejercicio, es que el pensamiento lógico por separado de cada prisionero hace que al final cada uno tome por separado la decisión que es mejor para él individualmente y no la que sería la mejor decisión para el bien común.

⁶ Hemos extraído los requisitos y claves para el buen funcionamiento del programa de clemencia del trabajo de VARELA GONZÁLEZ, J.A.: «Características y situación actual de la política de clemencia», Cuadernos europeos de Deusto, ISSN 1130-8354, Nº 38, 2008, pp. 203-247.

Por su parte, cuando partimos de un cártel ya existente, los incentivos para denunciar la existencia del mismo se basan:

En primer lugar, **en la eficacia de las autoridades administrativas responsables de su persecución y erradicación**, es decir, la capacidad de investigación y sanción de las mismas, es esencial para que un programa de clemencia resulte eficaz que las empresas sientan que existe una elevada probabilidad de ser descubiertas y de la gravedad de la consiguiente sanción.

Además, también es un aspecto relevante la **cuantía y tipo de las sanciones**. Las multas deberían ser cuantificadas en función de los beneficios del cártel. Respecto al tipo de sanciones, son normalmente monetarias, mediante multas o mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, eso sin incluir los costes de defensa y de imagen que conllevan por se estas actuaciones. Además, las autoridades de defensa de la competencia pueden multar a los directivos responsables de la participación en el cártel, asumiendo personalmente su conducta, y pudiendo desembocar en acciones penales. La amenaza de multas cuantiosas es un fuerte incentivo para que los participantes denuncien e intenten ver dispensadas o reducidas las multas. Generalmente, la cuantía total de las reducciones depende de diversos factores, muchos de ellos valorados a juicio de la autoridad competente como son: en primer lugar, depende de la aportación, a la autoridad de defensa de la competencia del estado en cuestión, de elementos de prueba que posibiliten la detección del cártel; también habrá variaciones en función de que la información aportada sea apta o no como elemento de prueba y permita aumentar la capacidad para probar el cártel, así como la importancia de dicha información aportada; igualmente, depende de si la información es proporcionada sobre una investigación en curso o si permite abrir una investigación en un mercado donde no había indicios de colusión; y finalmente, es importante también el orden en que se aporte la información (si es la primera empresa o siguientes).

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta es **el propio diseño del programa de clemencia**. Si bien es cierto que la sola existencia del programa de clemencia ya genera desconfianza dentro del cártel, su mayor o menor eficacia va a depender de su configuración, basada en diversas cuestiones:

En primer lugar, el número de participantes del cártel que se pueden acoger al programa de clemencia. Normalmente se concede la dispensa total al que primero denuncia la existencia del cártel y reducciones sustanciales a los que vayan aportando información que apta para probar la existencia de dicho cártel.

Además, la cuantía de la reducción de la sanción como consecuencia de la clemencia, si bien hay que destacar que la cuantía de las sanciones y consiguientes reducciones varían de un estado a otro, generalmente se aplica una reducción total para el que destapa el cártel y reducciones sustanciales del 50%, 30% y 20%, en función del orden de aportación de pruebas.

También es relevante es el momento del proceso hasta que los miembros del cártel se pueden acoger al programa de clemencia y el momento en que se comunica la concesión de la dispensa. Normalmente se restringe a partir de que la autoridad de defensa de la competencia posee suficiente información.

Por otro lado, la transparencia y seguridad jurídica para las empresas que se acogen al programa. Es necesario hacer una ponderación para que las empresas que denuncian el cártel tengan la seguridad de que resultaran beneficiadas por su colaboración, pero sin que el programa pueda ser utilizado para evitar sanciones sin aportar información suficientemente valiosa a juicio de la autoridad competente.

Asimismo, destacar finalmente uno de los aspectos más relevantes, la protección de la denunciante ante reclamaciones por daños y perjuicios. La controversia se produce debido a que el programa de clemencia cubre únicamente las multas en vía administrativa, sin embargo, al tener la conducta efectos adversos sobre los competidores y los consumidores, esto supone que puede haber reclamaciones por la vía civil, debiendo indemnizar a los perjudicados. De este modo, puede ser que a las empresas no les sea rentable acudir al programa de clemencia. Uno de los principios esenciales del éxito de la política de clemencia es que la situación de cualquier denunciante de buena fe no puede ser peor tras su colaboración de lo que sería de no haberse acogido.

2.3. Origen y evolución:

“No hay honor entre ladrones” – “No honor among thieves”

Este aforismo resume la esencia de los programas de clemencia, este tipo de normativa permite genéricamente a los miembros de un cártel beneficiarse de un tratamiento favorable si prestan información y ayuda a las Autoridades en el desmantelamiento del mismo⁷.

El origen de estos programas se encuentra en diversos estudios y en la literatura sobre teoría de juegos, si bien podemos encontrar mucha similitud con los programas de delación aplicados a la mafia italiana (la denominada *“leggi sui pentiti”*). Las primeras experiencias surgen 1978, en EE.UU., con una serie de políticas encaminadas a revelar prácticas anticompetitivas basadas en la concesión de inmunidades a cambio de información privilegiada. No obstante, el alcance de este primer instrumento no era muy extenso, ya que únicamente eran admitidas aquellas denuncias que se presentaban con anterioridad al inicio de la investigación. Además, la concesión de los privilegios que la denuncia conllevaba, era una potestad discrecional de las autoridades. Por estos motivos esta primera política de clemencia no contó con el éxito esperado, puesto que las empresas no estaban dispuestas a delatar sin que previamente tuvieran asegurada una concesión de inmunidad.

Ante el fracaso del primer sistema, en 1993 el Departamento de Justicia norteamericano adoptó el “US Corporate Leniency Program”, por el que cualquier empresa podría acogerse a los beneficios de la delación, aunque el caso estuviese abierto y la colusión no hubiera sido probada. Su aparente éxito para desestabilizar cárteles y obtener información de ellos fueron las dos premisas fundamentales para que gradualmente hayan sido incorporados en la normativa de competencia en un gran número de países.

⁷ Aforismo con el que comienza el trabajo de BORRELL ARQUÉ, J. R./JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L./ ORDÓÑEZ DE HARO, J.M.: «Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia», ICE, 876, 2014, pp. 17-36.

En Europa, la Comisión lo adoptó en 1996 (*Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles del 18 de Julio de 1996*), con modificaciones en 2002 (*Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel*) y sobre todo en 2006, para una mayor armonización de la normativa comunitaria (aunque siguen existiendo diferencias en la forma de aplicación entre jurisdicciones)⁸. En este sentido, Bélgica, la República Checa, Francia, Irlanda, Eslovaquia, Holanda y Suecia fueron los pioneros en esta materia, no sólo dentro de la propia Unión, sino también considerando otros países alrededor del mundo, ya que introdujeron la política de clemencia entre 1999 y 2002. España, por su parte, es de los países que más tardíamente incorporaron este tipo de medidas, en concreto, con la Ley 5/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Actualmente, todos los países de la Unión Europea, excepto Malta, cuentan con esta política de clemencia.

Por otro lado, podemos encontrar este tipo de programas en todos los continentes, siendo Brasil, Canadá y Nueva Zelanda, otros de los primeros que la introdujeron en sus políticas antitrust, en concreto, en el año 2000⁹.

2.3.1. Breve comparativa sobre los Programas de clemencia en América Latina, EE.UU., Canadá, Australia, Unión Europea y España:

A) EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN LOS EE.UU.

Pionero en la materia, el programa de clemencia en los Estados Unidos destaca por una amnistía total para los agentes, dependiendo del caso. Se trata de una amnistía automática en aquellos casos en que no hay una investigación preexistente y, en aquellos supuestos en que la investigación ya esté en curso, existe la posibilidad de obtener la amnistía pero no automáticamente. También hay que destacar que con la

⁸ Comunicación de la Comisión CE, de 8 de diciembre de 2006 (DOUE 2006 C 298/17). Esta Comunicación reemplaza a la comunicación de la Comisión CE, de 12 de febrero de 2002 (DOUE 2002 C 45/3) y esta última sustituye a otra comunicación previa de 18 de julio de 1996 (las «Comunicaciones de Clemencia de 2002 y 1996», respectivamente).

⁹ Véase «GRÁFICA N°1: Difusión de los programas de clemencia», ANEXO, p. 61.

Reforma de 2004, se pasa de una responsabilidad solidaria a una responsabilidad individual¹⁰.

Al contrario que en la Unión Europea, como veremos, no solo se aplica la inmunidad a la persona jurídica, sino también a los directores y empleados que hayan tenido relación con el cártel, extendiéndose el programa, no solo al ámbito administrativo sino también a los delitos penales. Destaca, por tanto, el trato que recibe el delito penal, que quedaría cubierto por la política de clemencia.

De otra parte, es importante señalar que en términos del monto de la multa, la sanción en Estados Unidos de acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos pasó de 10 millones de dólares a 100 millones de dólares en 2004, esto hace que, en términos generales, las sanciones del sistema Norteamérica sean ostensiblemente mayores que las que se aplican en América Latina¹¹.

La fortaleza de las sanciones y del ejercicio de la ley son clave para mitigar el riesgo de colusión, sin embargo, en un contexto multimercado, estas asimetrías en cuanto al monto de la sanción así como la exención del delito penal, pueden suponer incentivos para declarar el acuerdo en el mercado norteamericano y seguir manteniendo los beneficios de la cartelización en terceros mercados¹².

A modo de ejemplo, destacamos la diferencia existente con el programa de clemencia colombiano. La sanción de Estados Unidos no solo resulta ser tres veces mayor a la impuesta por la autoridad colombiana en el caso de imponer la multa máxima sino que, además, la sanción se refuerza por el hecho de contar con la regla de triplicar los daños a la hora de indemnizar los perjuicios derivados del acuerdo.

¹⁰ *Corporate Leniency Policy 2004*, que introduce clemencia para ejecutivos y empleados frente a la posible imputación penal y con la que la responsabilidad pasa de individual a solidaria.

¹¹ SÁNCHEZ NAVARRO, DENNIS: «Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con los Estados Unidos», No. 14, ID48699, 2013. Grupo de Estudios Económicos Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pp. 14-18.

¹² Para obtener un ejemplo de asimetrías entre los programas de clemencia de los diferentes véase «GRÁFICA 2: Esquema % REDUCCIONES», ANEXO, p. 62.

De otra parte, a diferencia con la propia Colombia, Chile, la UE y Japón, entre otros, en Estados Unidos, solamente la primera empresa que se acerque a la autoridad y cumpla con los requisitos puede ser parte del programa de delación¹³.

Debido a las particularidades y asimetrías anteriormente expuestas, es necesaria una adecuada cooperación entre las autoridades de competencia, promoviendo la transparencia entre las actuaciones de diferentes jurisdicciones para aunar esfuerzos en la lucha contra los carteles internacionales.

Atendiendo a una visión más práctica, destaca que desde 1997 el 90% de las multas impuestas por casos de competencia se deben a cárteles internacionales. Entre 1987 y 1996, la suma de las multas impuestas por cárteles superaba los 295 millones de dólares, mientras que las multas impuestas en los dos siguientes años ascienden a 472 millones de dólares y las de 1999 ascienden a más de 1.1 billones de dólares¹⁴. Mientras que con la anterior normativa, en vigor durante catorce años y medio, sólo había una petición de inmunidad por año, en 1998 el número de peticiones ascendió a dos al mes, según la AD.

En este sentido, vemos como la política de clemencia estadounidense ha sido y continúa siendo un éxito, de hecho, atendiendo a las estadísticas proporcionadas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, las multas impuestas a los cárteles se han triplicado en 10 años, desde 350 millones de dolares en el año 2003 hasta los 1.140 millones de dolares en el año 2012¹⁵.

Algunos de los casos más importantes descubiertos por la AD son: “Cártel de los electrodos de grafito”, que supuso un incremento de los precios de un 30%; “Cártel de las vitaminas”, el cártel más importante jamás descubierto o perseguido que supuso una

¹³ De acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (2008), bajo la política que sólo la primera corporación puede participar del programa de delación “*there have been dramatic differences in the disposition of the criminal liability of corporations whose respective leniency applications to the Division were very close in time*”.

¹⁴ ILUNDAÍN FANTOVA, S./ PEÑA CASTELLOT, M.A.: «Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia», Universidad San Pablo CEU, nº 2, 2002, pp. 1-6, disponible en <http://dspace.ceu.es/handle/10637/3075>.

¹⁵ Véase «GRÁFICA Nº3: Total sanciones impuestas por el Departamento de Justicia de los EE.UU.», ANEXO, p.63.

multa de 500 millones de dólares para uno de los líderes del cártel (F. Hoffman-La Roche, de Suiza); “Cártel de *Marine Construction Investigation*”, que consistía en repartirse clientes y fijar los precios de obras marítimas tales como diques, pozos y plataformas petrolíferas.

B) LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN AMÉRICA LATINA

La política de clemencia en América Latina procede del modelo norteamericano, por lo que, a grandes rasgos, son muy similares, si bien encontramos ciertas diferencias en determinados países.

El ejemplo más claro en cuanto a similitudes es Brasil, donde también se extiende el programa de delación o clemencia, no solo al ámbito administrativo, sino también a la responsabilidad criminal¹⁶. Además, tampoco se puede aplicar la exención o la reducción de la multa conjuntamente a dos o más participantes de una conducta anticompetitiva concertada. Lo que sí se permite es la concurrencia entre la persona jurídica y aquellos directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción, siempre y cuando cumplan cada uno de ellos acumulativamente los requisitos exigidos¹⁷. Igualmente, en Brasil, el primer agente que acude ante las autoridades no siempre va a obtener una exención de la multa, sino que va a depender de si la autoridad competente ya tenía abierta la investigación o no. En caso de que la investigación estuviera ya abierta las reducciones oscilarían entre el 30 y el 100% de la multa.

Dentro de los modelos que plantean diferencias respecto a EE.UU tenemos: en primer lugar, Argentina donde la principal diferencia es que el programa de clemencia no se extiende al ámbito criminal ni civil, sino que el programa está limitado al ámbito

¹⁶ Las características de los programas de clemencia de Brasil, Chile y México se extraen del trabajo de KLOUB, J.: «Latinamerican Competition Forum: session 1: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels», en AA.VV., 2009 *Latin American Competition Forum* OECD, 9-10 September 2009, Santiago, Chile, pp. 67-148.

¹⁷ En Brasil se introdujo un programa de clemencia en 2000, que se revisaría en 2006. La Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (SDE) se encarga de administrarlo.

administrativo; en segundo lugar, en Chile tampoco se extiende al ámbito criminal ni civil. Otra diferencia es que admite no que solamente uno de los agentes se acoja al programa, sino que permite a un segundo agente que no cumple los requisitos obtener una reducción del 50% de la multa; en México, se admite la reducción de las multas para más de un solicitante siempre que aporte información adicional y capaz de probar la existencia del cártel¹⁸; finalmente, en Colombia, el programa de delación establece que el primer agente que revele el comportamiento podría recibir una exención del 100% de la multa, mientras el segundo y el tercero tendrían el 75% y el 50%, respectivamente, y, a partir del cuarto agente, se podrá obtener una exoneración de hasta el 30% del total de la sanción a imponer. Además Colombia tampoco extiende la exoneración a los ilícitos penales¹⁹.

Finalmente, hay que mencionar, como se cita anteriormente que, en términos generales, el monto de las multas o sanciones impuestas en América Latina son ostensiblemente más laxas que en el modelo de EE.UU.

C) EL PROGRAMA DE CLEMENCIA CANADIENSE

En Canadá se trató, en el año 2000, de formalizar una práctica que venía llevándose a cabo desde 1991. La Oficina de Competencia de Canadá publicó el “Boletín del 2000”, un boletín informativo en el que se establecían las características del programa de inmunidad canadiense. Después de diversas modificaciones, actualmente, el programa de clemencia se rige por el “Boletín de 2007”²⁰.

La política de clemencia en Canadá está muy influenciada por el sistema estadounidense y se asienta sobre los mismos principios, es decir, automaticidad, transparencia y confidencialidad.

¹⁸ En México se introdujo un programa de clemencia en 2007 mediante la enmienda de la Ley Federal de Competencia (LFCE), que es administrado por la Comisión Federal de Competencia (CFC).

¹⁹ SÁNCHEZ NAVARRO, DENNIS: «Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con los Estados Unidos», No. 14, ID48699, 2013. Grupo de Estudios Económicos Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pp. 14-18.

²⁰ KLOUB, J.: «Latinamerican Competition Forum: session 1: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels», en AA.VV., 2009 *Latin American Competition Forum* OECD, 9-10 September 2009, Santiago, Chile, pp. 67-148.

El programa de clemencia establece que se podrá alcanzar la inmunidad total, solamente, en aquellos supuestos en que las autoridades no tengan conocimiento de la existencia del cártel ya que, en caso contrario, únicamente se puede optar a una serie de reducciones de entre uno y dos tercios de las posibles sanciones. La oscilación de las reducciones depende del grado de cooperación y la “buena fe” del solicitante.

Es cierto que, al igual que el sistema norteamericano, únicamente se aplica el programa al primer solicitante que reúna las condiciones exigidas. Sin embargo, el resto de miembros del cártel pueden obtener una serie de beneficios o tratos favorables si muestran su cooperación.

En ambos casos, las empresas que deseen llegar a un acuerdo deben admitir su culpa o alegar deseo de no litigar, aunque, cuando la investigación se ha iniciado basándose en una solicitud de clemencia, es necesaria la admisión de culpa para llegar al acuerdo.

En Canadá, si la empresa reúne los requisitos para alcanzar la inmunidad, todos sus directores, responsables y empleados actuales son cubiertos por el programa de clemencia, siempre y cuando ofrezcan algún tipo de cooperación. Asimismo, los antiguos directores, responsables y empleados que muestren cualquier otro tipo de cooperación pueden, igualmente, optar a la inmunidad. Por otra parte, cuando la empresa solicitante no cumpla los requisitos para lograr la inmunidad, esto no significa per se que, los directores, responsables, empleados actuales o antiguos y los representantes, no puedan optar a la inmunidad, ya que se admite la posibilidad de que traten de acogerse al programa de forma individual. Para ello, deben admitir su implicación en la actividad de cartel y aportar una colaboración completa, adecuada y constante con la investigación y cualquier proceso judicial posterior.

Aquellos sujetos que no cumplan los requisitos necesarios para optar a la inmunidad, pueden beneficiarse de reducciones parciales siempre que colaboren con las autoridades.

Finalmente, destacar que la política canadiense pone un especial énfasis en la adopción, por parte de las empresas, de lo que se denominan programas de cumplimiento de la *Competition Act.*, basados en inculcar a los empleados y empresarios el deber público de revelar, en ciertos casos, información que pueda ser constitutiva de infracción o delito. Por ello, es imprescindible divulgar este tipo de programas. El modo más efectivo para promoverlos consiste en compensar a las empresas que cuenten con programas de estas características, de tal manera que vean reducidas las cuantías de las multas.

Respecto a la aplicación práctica de la política de clemencia, es necesario destacar que, como reflejo de la fuerte influencia norteamericana en el programa, de entre los casos más importantes investigados por las autoridades canadienses hasta 2002 (*Thermal Fax Paper, Citric Acid, Lisien, Sodium Gluconate, Graphite Electrodes, Sorbates, Vitamins, Ductile Pipe, Insecticide*), salvo los dos últimos, los demás fueron investigados por las autoridades estadounidenses antes de llegar a la autoridad canadiense²¹.

D) EL PROGRAMA DE CLEMENCIA AUSTRALIANO

Australia cuenta con una política de clemencia que, al contrario que en la mayoría de estados, se aleja bastante del modelo de EE.UU. Lo característico es que hay, por un lado, un programa de clemencia para empresas y, por otro, para administradores, directivos y empleados. Además, el modelo australiano es interesante por dos razones, la primera, que en ninguno de los modelos se establecen requisitos, sino que recogen una serie de directrices que se aplican con flexibilidad. De esta forma, la clemencia es absolutamente discrecional y no automática; en segundo lugar, porque el programa de clemencia australiano es el único que no establece como directriz o requisito que la empresa sea la primera en acudir aunque, sin duda, se tiene en cuenta el momento en que acude la empresa.

²¹ Las características de los programas de clemencia de Canadá y Australia se extraen del trabajo de ILUNDAÍN FANTOVA, S./ PEÑA CASTELLOT, M.A.: «Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia», Universidad San Pablo CEU, nº 2, 2002, pp. 1-6, disponible en <http://dspace.ceu.es/handle/10637/3075>.

Las formas de clemencia van desde reducciones en la cuantía de la multa hasta la inmunidad frente a multas y delitos, aunque en este último caso es el fiscal general quien otorga clemencia.

2.4. Régimen de los programas de clemencia en el Derecho europeo:

2.4.1. Implementación y características de la política de clemencia comunitaria:

El programa de clemencia europeo está basado en el modelo norteamericano, sin embargo, se perciben a simple vista ciertas diferencias en aspectos sustanciales²².

De forma similar a la política estadounidense, la Comisión ofrece total inmunidad a cualquiera de los dos tipos de solicitantes: i) ya sea un solicitante que revele su participación en un cártel y sea el primero en aportar la información y las pruebas que permitan a la Comisión llevar a cabo una inspección específica, en caso de que, en el momento de la solicitud de inmunidad, la Comisión no cuente todavía con las pruebas suficientes como para adoptar la decisión de llevar a cabo una inspección y que no hubiese llevado a cabo dicha inspección; ii) o bien, si la inmunidad no se concede en la situación anterior, la Comisión ofrecerá la inmunidad de forma alternativa al solicitante que primero aporte la información y las pruebas, lo que permitirá a la Comisión encontrar una violación del artículo 81 CE, siempre y cuando la Comisión no cuente, en el momento de la presentación, con pruebas suficientes como para realizar tal descubrimiento²³.

Para optar a la inmunidad el solicitante debe reunir las siguientes condiciones: en primer lugar, cooperar activamente, con prontitud y de manera continuada con la Comisión durante todo el procedimiento; además, debe poner fin a su participación en

²² La mayor parte del desarrollo del programa de clemencia comunitario se extrae del trabajo de BORRELL ARQUÉ, J. R./JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L./ ORDÓÑEZ DE HARO, J.M.: «Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia», ICE, 876, 2014, pp. 17-36.

²³ KLOUB, J.: «Latinamerican Competition Forum: session 1: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels», en AA.VV., 2009 *Latin American Competition Forum* OECD, 9-10 September 2009, Santiago, Chile, pp. 67-148.

el supuesto cartel de forma inmediata tras su solicitud, excepto lo que, según la Comisión, fuese razonable y necesario para conservar la integridad de las inspecciones; igualmente, cuando considere realizar la solicitud, el solicitante no debe haber destruido, falsificado ni ocultado pruebas del supuesto cartel ni haber desvelado el hecho ni ninguno de los contenidos de su solicitud potencial, excepto a otras autoridades de competencia; finalmente, el solicitante no debe haber coaccionado a otras empresas para unirse al cártel o para que permanezcan en él.

Si una empresa no reúne las condiciones para lograr la total inmunidad, aún podría optar a una reducción de las multas con la Comunicación sobre la clemencia si aporta pruebas a la Comisión que representen un importante valor añadido, comparadas con las pruebas que ya posea la Comisión. Además, para estar cualificada debe satisfacer los requisitos de terminación de participación en el cartel y total cooperación, lo mismo que se pide a los solicitantes de inmunidad.

Las pruebas deben reforzar la habilidad de la Comisión para probar el supuesto cartel, de ahí que la constitución de valor añadido venga determinada en base a su naturaleza y/o nivel de detalle. Las pruebas contemporáneas junto con las directamente incriminatorias serán consideradas de mayor relevancia que las posteriores e indirectas. El grado de corroboración necesitado es también un factor y en consecuencia se atribuye mayor valor a las pruebas convincentes que necesitan corroboración, como una simple declaración.

Igualmente, se prevé la inmunidad parcial, por la que si un solicitante de clemencia aporta pruebas que permitan a la Comisión probar más hechos, incrementando la gravedad o la duración de la violación, estos hechos adicionales no serán considerados a la hora de determinar la multa a imponer al solicitante.

Sin embargo, a diferencia de la amnistía en el sistema norteamericano, la total inmunidad no implica ausencia de proceso judicial. La Comisión aún tiene que adoptar una decisión sobre el solicitante de inmunidad y descubrir formalmente la existencia de una violación, aunque sin imponer multa alguna al solicitante. Otra diferencia es que, en EE.UU., el programa cubre tanto a empresas como a individuos, eximiendo a estos

últimos incluso de la responsabilidad penal, mientras que en la UE solamente se extiende a las personas jurídicas y al ámbito administrativo. Por otra parte, la política de clemencia norteamericana solamente respalda al primer delator mientras que la europea acoge al primero y subsiguientes delatores que aporten información relevante. Finalmente, mientras en el programa de clemencia de los EE.UU. solamente no se admite la solicitud por parte de las empresas líderes del cártel, en la UE, aunque en la Comunicación de Clemencia de 1996 (*Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del 18 de Julio de 1996 (2001/C 205/05)*) se privaba de la posibilidad de obtener una exención a las empresas que habían actuado como «líderes» del cártel, la Comunicación de 2002 (*Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel (2002/C 45/03)*) suavizó este requisito para dar cabida a un gran número de empresas que, precisamente por ser líderes del cártel, estaban mejor situadas que las demás para facilitar información relevante sobre la existencia y funcionamiento del cártel.

2.4.2. Evolución a través de las distintas Comunicaciones de la Comisión Europea:

Además de las características que presenta el programa de clemencia comunitario, es importante destacar, igualmente, cómo han ido evolucionando las mismas a lo largo del tiempo, desde su implantación hasta la actualidad. La política de clemencia de la Unión Europea se divide en tres fases, cada una de ellas correspondiente con la publicación, por parte de la Comisión Europea, de tres Comunicaciones diferentes, que han ido incorporando novedades y modificaciones hasta conformar el sistema actual.

A) Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del 18 de Julio de 1996 (2001/C 205/05):

A través de la misma se recoge el primer programa de clemencia de la Unión Europea, basado en el modelo norteamericano y muy similar a grandes rasgos.

Recibió numerosas críticas, entre otras cosas, porque pecaba de falta de concreción en el proceso, debido al tipo de información que era necesario aportar y, finalmente, por la cuantía de la reducción a la que tendría derecho una empresa cooperante (consecuencia de lo anterior). Esto supuso que la Comisión gozara de excesiva discrecionalidad a la hora de conceder las reducciones y, en consecuencia, que se generara demasiada incertidumbre a las empresas que se planteaban cooperar.

Sin embargo, dicha comunicación estableció las líneas básicas de la política de clemencia, que se van a mantener en las posteriores comunicaciones, incluida la *Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel de 8 de Diciembre de 2006*. Algunos ejemplos de directrices básicas eran: el deber de la empresa cooperante de cesar en su participación en el cartel y mantener una colaboración permanente y completa con la Comisión, entre otros.

Respecto a las exenciones y reducciones, la decisión dependía del momento en que se aportara la información²⁴. Por un lado, a la primera empresa que aportara pruebas relevantes se le garantizaba la dispensa de la multa, en caso de aportarlas antes de que la Comisión hubiese iniciado la investigación, pero, en el caso de aportarlas después de iniciado el proceso, se garantizaban reducciones de entre el 20 – 50%²⁵. Además, a estos mismos porcentajes de reducción optarían las subsiguientes empresas que cumplieran los requisitos al cooperar con la Comisión²⁶.

²⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del 18 de Julio de 1996 (2001/C 205/05), apartado nº 8: “*La primera empresa en revelar a la Comisión la existencia de un cártel que afecte a la Comunidad y del que la Comisión no tenía conocimiento previo quedará dispensada por ésta del pago de cualquier multa que hubiera podido imponérsele, siempre que se reúnan los requisitos expuestos a continuación*”.

²⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del 18 de Julio de 1996 (2001/C 205/05), Apartado 16: “*Una vez que la Comisión haya concedido la dispensa condicional del pago de la multa a una empresa o en el caso de que la Comisión tenga ya conocimiento por otros medios del presunto cártel que afecta a la Comunidad, las empresas podrán todavía beneficiarse de una reducción del importe de la multa*”.

²⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del 18 de Julio de 1996 (2001/C 205/05), Apartado 19: “*... la primera empresa que cumpla el requisito 19 a): una reducción del 50-30 %; la segunda empresa que cumpla el requisito 19 a): una reducción del 30-20 %; las siguientes empresas que cumplan el requisito 19 a): una reducción de hasta el 20 %*”.

A pesar de que la comunicación es de 1996, no fue hasta el 26 de enero de 1998 cuando se aplica el programa de clemencia por primera vez²⁷. De ahí en adelante, el sistema instaurado por la *Comunicación de 1996* se aplicó a 43 decisiones²⁸.

B) *Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel (2002/C 45/03):*

Esta comunicación mantuvo las líneas básicas mencionadas pero introdujo numerosas e importantes modificaciones, en concreto, relativas al procedimiento y requisitos del programa. Se trataron de especificar las condiciones que debían cumplir las empresas cooperantes para recibir las reducciones e inmunidades, y así eliminar la incertidumbre que generaba la anterior comunicación.

Respecto al procedimiento, la novedad que se introdujo fue que, una vez aportadas las pruebas, se otorgaba una inmunidad provisional que podía ser revocada en cualquier momento por la Comisión, en función de si se cumplían los requisitos a lo largo del propio procedimiento, tal y como establece el **apartado 15** de la Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel (2002/C 45/03) (en adelante, Comunicación de 2002):

“Una vez que la Comisión haya recibido los elementos de prueba facilitados por la empresa con arreglo a la letra a) del punto 13 y haya comprobado que cumple los requisitos establecidos, según proceda, en las letras a) o b) del punto 8, concederá por escrito a la empresa la dispensa condicional del pago de las multas”

²⁷ Decisión 98/247/CECA de la Comisión, de 21 de enero de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 65 del Tratado CECA (Caso IV/35.814, Extra de aleación) (DO L 100, p. 55), considerandos 83 y 84: en el que se aplicaron reducciones del 40% y 10%. Las empresas implicadas en el cártel fueron: Acerinox, Krupp Thyssen Nirosta, ALZ Genk, Acciai Speciali Terni, Usinor y Avesta Sheffield.

²⁸ Véase «GRÁFICA N°4: Número de decisiones en las que se aplicó el programa de clemencia de 1996», ANEXO, p.64: 4 de las 43 decisiones que aparecen en la gráfica, corresponden a casos en los que las sentencias posteriores de los tribunales de justicia europeos han exigido que la Comisión realizara lo que se conoce como una re-adopción, una nueva resolución del caso respecto a la resolución inicialmente tomada.

Asimismo, el **apartado 19** de la propia Comunicación de 2002 dice así:

“Si, al término del procedimiento administrativo, la empresa ha cumplido los requisitos que establece el punto 11, la Comisión la dispensará del pago de la multa en la decisión correspondiente”.

Como novedades en los requisitos se introdujo, encontramos la aceptación de pruebas aportadas de manera hipotética por las empresas, pues así lo dice el **apartado 13 b)** de la Comunicación de 2002:

“Cuando quepa la posibilidad de obtener una dispensa de pago en relación con una presunta infracción, la empresa podrá, con el fin de cumplir los requisitos contemplados, según proceda, en las letras a) o b) del punto 8: b) presentar inicialmente dichos elementos de prueba de manera hipotética...”.

Para determinar las reducciones, se estableció una escala con un descenso progresivo en función del orden de llegada (cumpliendo los requisitos), la primera (30%-50%), segunda (20%-30%) y posteriores (0-20%). Existía, por tanto, cierta incertidumbre respecto al importe de las mismas.

Respecto a su aplicación en la práctica, la primera vez que se aplicó la *Comunicación de 2002* fue el 20 de Octubre de 2005²⁹. A partir de ahí, la comunicación fue aplicada en otras 29 decisiones de la Comisión Europea³⁰.

²⁹ Caso *COMP/C.38.281/B.2 - Tabaco crudo Italia* donde sancionó a varios procesadores italianos de tabaco por coludir en los precios pagados a los productores y otros intermediarios, así como en la asignación de los proveedores). Las sociedades que formaban parte del cártel eran: Deltafina, Universal Corp. (sociedad matriz de Deltafina), Mindo, Transcatab, Alliance One internacional (sucesor jurídico de las antiguas sociedades matrices de estas últimas) y la sociedad independiente Romana Tabacchi.

³⁰ Véase «GRÁFICA N°5: Número de decisiones en las que se aplicó el programa de clemencia de 2002», ANEXO, p.64.

C) Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel de 8 de Diciembre de 2006 (2006/C 298/11):

Finalmente, con esta nueva comunicación lo que se pretendió fue otorgar mayor claridad y transparencia en los requisitos y el procedimiento del programa de clemencia y así, seguir tratando de combatir la incertidumbre que generaban los sistemas de las precedentes comunicaciones. En definitiva, se buscaba adaptar el programa con el fin hacerlo más atractivo para potenciales cooperantes. Entre las novedades destacaron las siguientes:

En primer lugar, para solicitar la inmunidad, la información aportada debe ser apta como elemento de prueba, de tal manera que le permita a la Comisión efectuar una inspección adecuada y acertadamente orientada sobre el presunto cartel. Sin embargo, también se podrá solicitar la inmunidad, cuando la información aportada sea suficiente para determinar la existencia del cártel, es decir, de una infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por otro lado, ahora las empresas pueden optar entre pedir un *marker* para reservar su puesto en el orden de presentación o presentar directamente la solicitud formal. Esto aparece reflejado en el **apartado 14** de la Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel de 8 de Diciembre de 2006 (2006/C 298/11) (en adelante, Comunicación de 2006), que dice así:

“La empresa que desee solicitar la dispensa del pago de una multa deberá ponerse en contacto con la Dirección General de Competencia de la Comisión. La empresa podrá optar entre pedir inicialmente un indicador que reserve su puesto según el orden de presentación o proceder inmediatamente a presentar una solicitud formal de dispensa a la Comisión...”

Hay otra novedad digna de mención que, al contrario que las otras, en vez de suponer un incentivo, ha supuesto lo contrario. En la *Comunicación de 2006*, con la

decisión final de la Comisión se hacen públicas las declaraciones de las empresas que solicitaron clemencia. De este modo, se crea una situación de desventaja para las empresas cooperantes respecto a las no cooperantes en relación con las acciones de resarcimiento de daños.

Respecto a su aplicación, entre 2006 – 2012, se aplicó en un total de 9 decisiones, la primera de ellas se produjo el 28 de enero de 2009 (Caso *COMP/39.406 - Mangueras marinas*)³¹. Además de esas 9 decisiones, hay diversas decisiones tomadas entre 2013 y 2014. Sin embargo, quizás la aplicación de la *Comunicación de 2006* esté siendo menor de la esperada³².

Si analizamos la aplicación del programa de clemencia comunitario el pasado año (2014), hay que destacar diversos casos³³.

En primer lugar, la *Comisión Europea* impuso multas por valor de 114 millones de euros a los productores de espuma para acolchado en un procedimiento de transacción³⁴: La Comisión Europea consideró acreditado que los cuatro principales productores de espuma de poliuretano flexible (*Vita*, *Carpenter*, *Recticel* y *EUROFOAM*) participaron en un cártel, desde 2005 hasta 2010, con el fin de trasladar los aumentos de precios de las materias primas de los productos químicos de gran consumo a los clientes y evitar la competencia agresiva de precios entre los cuatro productores. Se impusieron multas por un total de 114.077.000 € (*Carpenter*: 75.009.000 €; *EUROFOAM*: 14.819.000 €; *Greiner*: 24.183.000 €, por su participación en *EUROFOAM*; *Recticel*: 39.068.000 €, tanto por su propia participación como por la que tiene en *EUROFOAM*). *Vita* recibió inmunidad total por haber revelado la existencia del cártel y de ese modo evitó una multa de € 61,7 millones por su participación en la infracción. *Recticel*, *EUROFOAM* y *Greiner* se beneficiaron de

³¹ Caso *COMP/39.406 - Mangueras marinas*, la Comisión sancionó a una serie de productores de mangueras marinas por repartirse el mercado y coludir en la fijación de precios. Una de las empresas obtuvo la inmunidad plena de la sanción y otra mereció una reducción del 30%, al reconocerse su colaboración con la Comisión para la detección del cartel.

³² Véase «GRÁFICA N°6: Número de decisiones en las que se aplicó el programa de clemencia de 2006», ANEXO, p.65.

³³ Los casos mencionados han sido extraídos de Garrigues Newsletter Antitrust, Mayo de 2014.

³⁴ Nota de prensa de la Comisión de 29 de enero de 2014 “*Antitrust: Commission fines producers of foam for mattresses, sofas and car seats € 114 million in cartel settlement*”.

reducciones de la multa del 50% por su cooperación en virtud de la *Comunicación de clemencia de 2006*.

En segundo lugar, la *Comisión Europea multó con 953 millones de euros a los productores de rodamientos para automóviles y camiones en un procedimiento de transacción*³⁵: La Comisión Europea impuso multas que ascienden conjuntamente hasta la cifra de 953.306.000 € a seis grupos internacionales de empresas que operan en el mercado de rodamientos para automóviles, por constituir un cártel en dicho mercado entre 2004 y 2011, cuya afectación geográfica es el Espacio Económico Europeo.

Hasta la fecha, representa la cuarta sanción más alta de la historia de la Comisión en casos de cártel³⁶. Por otro lado, hay que destacar que las conductas investigadas constituían un complejo mecanismo de colusión para coordinar estrategias de precios.

La investigación se inició el 8 de noviembre de 2011 paralelamente con la Autoridad de Competencia de Japón. Más adelante, la investigación se aceleró gracias a que un miembro del cártel (*JTEKT Corporation*, empresa japonesa) se acogió al programa de clemencia con resultados satisfactorios, ya que consiguió obtener la inmunidad total.

Por su parte, los otros cuatro grupos internacionales obtuvieron reducciones por cooperar en el marco del programa de clemencia: (*NSK*, reducción del 40%; *NFC*, reducción del 30%; *SFK* y *Schaeffler*, reducciones del 20%).

Finalmente, la *Comisión Europea impuso multas por valor de 302 millones de euros a varios productores de cables de alta tensión subterráneos y submarinos, así como al inversor financiero Goldman Sachs*³⁷: La Comisión Europea consideró que once productores de cables de alta tensión subterráneos y submarinos, entre los que se

³⁵ Nota de prensa de la Comisión de 19 de marzo de 2014, “*Antitrust: Commission fines producers of car and truck bearings € 953 million in cartel settlement*”.

³⁶ Este ha sido el duodécimo procedimiento sancionador que ha sido finalizado mediante un acuerdo, demostrando el beneficio de la nueva regulación para reducir los largos plazos de investigación para demostrar la existencia de un cártel.

³⁷ Nota de prensa de la Comisión de 2 de abril de 2014, “*Antitrust: Commission fines producers of high voltage power cables € 302 million for operating a cartel*”.

encuentran seis europeos, tres japoneses y dos coreanos, formaron un cartel y ha impuesto multas por un total de 301.639.000 euros. Desde 1999 hasta las inspecciones llevadas a cabo en enero de 2009 dichos productores se repartieron mercados y clientes entre sí a escala mundial para este tipo de cables.

Entre las áreas de reparto se encontraba el Espacio Económico Europeo, lo cual afectó a varios proyectos de gran importancia, entre los que se incluyen varios proyectos de infraestructuras y energía renovable, tales como varios parques eólicos marítimos. En efecto, la investigación desveló que estos productores firmaron acuerdos según los cuales los productores europeos y asiáticos se mantenían fuera de sus respectivos territorios nacionales -Espacio Económico Europeo, Japón y Corea del Sur- y el resto del mercado se repartiría entre ellos en función de la región geográfica o del cliente. De esta forma, cuando los fabricantes japoneses y coreanos recibían demandas de clientes europeos, informaban a sus homólogos comunitarios y renunciaban a presentar ofertas y viceversa. Además, los miembros del cártel pactaban el nivel de precios e intercambiaban información sobre ofertas para garantizar que el adjudicatario ofreciera el precio más bajo.

Respecto a las sanciones que se impusieron, destacamos que: la *empresa ABB* obtuvo inmunidad total por haber revelado la existencia del cartel a la Comisión, evitando así una multa de 33 millones de euros por su participación en la infracción; *J-Power Systems* y sus matrices *Hitachi Metals* y *Sumitomo Electric* se beneficiaron de una reducción del 45% de la multa al haber cooperado con la investigación, de conformidad con la Comunicación de clemencia de la Comisión. Además, estas tres últimas compañías obtuvieron inmunidad parcial para los dos primeros años de su participación cartel, ya que fueron las primeras en presentar pruebas de la existencia del cártel durante dicho período de tiempo; por otra parte, varias empresas que participaron en la infracción y que más tarde fusionaron sus actividades en empresas conjuntas también se consideraron responsables, así como las empresas matrices de los productores involucrados, al haber ejercido una influencia decisiva sobre los mismos. Esto incluyó a la sociedad de inversión *Goldman Sachs*, que fue multada pese a no haber participado en el cartel, en su condición de antigua propietaria de *Prysmian* (que sí había participado en dicho cártel) y debido a que se ha considerado que había influido

de forma decisiva en las decisiones de gestión de dicha empresa a través de sus derechos de representación y de voto en el consejo de administración de la misma³⁸.

2.4.3. Conclusiones generales:

Actualmente, las prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito comunitario se reparten entre una serie de sectores³⁹. Destacan entre ellos por su volumen de prácticas de este tipo, en orden descendente, la industria básica y manufacturera, seguido del sector energético, el sector electrónico (internet), sector alimentario, medios de comunicación y sector del automóvil, entre otros.

Por otro lado, de entre todas estas prácticas repartidas entre los mencionados sectores, hay una que destaca por encima de las demás, la **formación de cárteles**. Gracias a la implantación de la política de clemencia, entre otras cuestiones, se ha logrado que actualmente las decisiones de la Comisión Europea sean, en más de la mitad de los casos, relativas a cárteles⁴⁰. Cuestión impensable antes de la implantación de los programas de clemencia ya que, como es sabido, los cárteles destacan por su dificultad de detección. Por tanto, esto demuestra que la implantación de este instrumento en la lucha contra los cárteles, al menos en el ámbito de la UE, no solo funciona, sino que ha sido un éxito⁴¹.

³⁸ En este sentido, cabe destacar que esta decisión marca un antes y un después en la aplicación del derecho de la competencia a los fondos de capital privado, pues supone el reconocimiento de la responsabilidad de los mismos por las conductas anticompetitivas de las empresas en las que tienen participaciones cuando tienen una influencia decisiva, equiparándose esta responsabilidad a la que tienen las matrices por la conducta de sus filiales).

³⁹ Véase «GRÁFICA N°7: Relación de las prácticas colusorias con los diferentes sectores productivos», ANEXO, p.65.

⁴⁰ Véase «GRÁFICA N°8: Tipos de decisiones adoptadas por la Comisión Europea y por las Autoridades Nacionales » ANEXO, p.66.

⁴¹ Para poder apreciar con más detalle lo que ha supuesto el programa de clemencia, véanse «GRÁFICA N°9: Número de decisiones de la Comisión Europea que aplicaron el programa de clemencia y total de decisiones de cártel», «GRÁFICA N°10: Top 10 Sanciones impuestas por caso (desde 1969)», «GRÁFICA N°11: Top 10 Sanciones impuestas por empresa (1969)», ANEXO, pp. 66-67.

2.5. El programa de clemencia en el Derecho español:

2.5.1. Introducción:

En España, al igual que en el resto de sistemas normativos, la lucha contra los cárteles es una de las prioridades en materia de defensa de la competencia, por ello, las diferentes normativas reguladoras han ido incluyendo prohibiciones de las prácticas colusorias. Sin embargo, quizás hasta la Ley 5/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), no haya habido mecanismos efectivos en la lucha contra los mismos. En la propia LDC, la formación de cárteles es calificada como infracción muy grave, pudiendo alcanzar las multas hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior⁴².

Las características propias de los cárteles hacen que probar su existencia sea realmente difícil para las autoridades en materia de competencia. Por ello, es necesario contar con instrumentos adecuados que contrarresten el secretismo que conlleva un cártel y así, hacer posible su detección.

La LDC introdujo, por primera vez en España, los programas de clemencia y, además, dotó de mayores poderes de inspección y sanción a la autoridad competente en España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC)⁴³. Por tanto, se implanta una de las herramientas que se había mostrado más efectiva para la desestabilización y el desmantelamiento de los cárteles en otras jurisdicciones, como la comunitaria. La desconfianza que el programa introduce en los componentes del cártel es clave, incitando a los mismos a colaborar con la autoridad y así, la CNMC es capaz de conseguir la información necesaria para abrir una investigación y probar la existencia del cártel, con sus consiguientes consecuencias. Su introducción supuso, además, que la CNMC se uniera a la red de autoridades europeas

⁴² Gran parte de los datos que aparecen en este epígrafe han sido extraídos del trabajo de VARELA GONZÁLEZ, J.A.: «Características y situación actual de la política de clemencia», Cuadernos europeos de Deusto, ISSN 1130-8354, N° 38, 2008, pp. 203-247.

⁴³ La CNMC surge porque, en 2013, se decide unificar todos los organismos reguladores y de defensa de la competencia con el fin de garantizar la su independencia, incrementar la seguridad jurídica y aumentar su transparencia en beneficio de los consumidores y usuarios para garantizar una competencia dinámica y una regulación eficiente.

con programa de clemencia, fortaleciendo el sistema y garantizando una mejor cooperación en la lucha contra los cárteles⁴⁴.

La Ley 5/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y, en concreto, en los artículos 65 y 66, regulan la introducción en España del llamado “programa de clemencia”. Se presenta como una exoneración o reducción del pago de la multa a la empresa o persona física que, habiendo participado en un cártel, denuncie su existencia y aporte pruebas suficientes y aptas para la investigación pertinente, realizada por la Comisión Nacional de la Competencia.

El programa de clemencia, sin embargo, no fue aplicable hasta la entrada en vigor del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia⁴⁵. Por tanto, la adopción en España del programa de clemencia puede considerarse algo tardía en comparación con el resto de países europeos, aunque esto permitió al programa español beneficiarse de las experiencias ya vividas en el seno comunitario⁴⁶.

Una vez implantado el sistema en España, la inmediata consecuencia fue el aumento del número de inspecciones ordenadas por la CNMC, la mayoría derivadas de solicitudes de acogimiento al programa. Hay que destacar, por otro lado, que este aumento tuvo su origen también en la ampliación de poderes de inspección y sanción que se le concedió a la CNMC. También fue crucial la colaboración y cooperación tanto con la Comisión Europea como con los demás estados miembros, en concreto, a través de la Red de Autoridades de Competencia (RAC). A pesar del relativamente corto período de vigencia, los resultados obtenidos en su aplicación, desde el mismo momento de su entrada en vigor hasta la actualidad, apuntan a un balance rotundamente positivo de su efectividad en la lucha contra cárteles previamente existentes.

⁴⁴ La mayor parte de la información del presente epígrafe, el programa de clemencia en España, se extrae del trabajo de GUZMÁN ZAPATER, CLARA: «El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica», *Working Paper IE Law School*, AJ-8 188, 31 de julio de 2012, pp. 3-24.

⁴⁵ Publicado en: «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604 (30 págs.)

⁴⁶ GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A. y GUERRA FERNÁNDEZ, A.: «Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, Nº. Extra 1, 2011 págs. 135-141.

2.5.2. Características:

El programa de clemencia español está basado en el sistema comunitario, que a su vez está basado en el programa de clemencia norteamericano. Las características son las mismas respecto a procedimiento, requisitos y porcentajes de reducciones, entre otros. Sin embargo, a pesar de que las líneas generales son similares, hay ciertas vicisitudes en el caso español, o mejor dicho, ciertas características propias.

Por un lado, encontramos **diferencias en el ámbito objetivo** de los programas de clemencia⁴⁷:

En primer lugar, la primera diferencia que podemos observar gira en torno al concepto de «cártel» que recoge el programa de clemencia comunitario y el que aparece en el programa de clemencia español. El concepto de cártel acuñado en la Comunicación de Clemencia se refiere en términos generales a prácticas restrictivas secretas que consisten en⁴⁸: *«Acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores»*

Esta definición implica que la relación de conductas allí enunciadas es *numerus apertus*, y no cubre todas las prácticas de cártel que podrían beneficiarse del programa de clemencia, lo que hace que el ámbito de aplicación sea más amplio.

⁴⁷ Las características del programa de clemencia español han sido extraídas del trabajo de VIDAL MARTÍNEZ, P. (Uría y Menéndez): «Programas español y comunitario de clemencia», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN. A., (dir) *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 323-356.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel de 8 de Diciembre de 2006 (2006/C 298/11).

Sin embargo, la Disposición adicional cuarta de la LDC, que establece un concepto de cártel más restrictivo. En concreto, sólo se refiere a determinados acuerdos secretos entre competidores recogidos en el art. 1 de la LDC:

“Acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o exportaciones”.

Esta concepción de cártel supone excluir, del programa de clemencia español, prácticas horizontales prohibidas que sí podrían acogerse al programa comunitario, como es el caso de las prácticas concertadas susceptibles de coordinar comportamientos, aunque no exista un acuerdo expreso entre las partes (intercambios de información colusorios, acuerdos para la fijación de condiciones comerciales distintas de los precios, o prácticas de exclusión de terceros, incluso quedarían fuera las prácticas conscientemente paralelas). Por todo ello, sería conveniente que la CNMC realizara una interpretación extensiva del concepto, aunque el hecho de que deba ser una interpretación de la propia autoridad y no esté positivizado como tal genera inseguridad jurídica en los solicitantes de clemencia cuyas prácticas no se reflejan expresamente en la definición de cártel de la LDC.

En segundo lugar, puede observarse que la Comunicación de Clemencia ha introducido ciertas aclaraciones sobre la posible interacción entre este programa y la aplicación de la circunstancia atenuante general de “colaboración”, expresando que el sistema está ideado para que las empresas colaboren con la Comisión y, por tanto, fomentando este tipo de actuaciones beneficiosas en la lucha contra los cárteles. El único requisito establecido es que solo valorará la colaboración voluntaria en la investigación si ésta se concreta en una solicitud formal de clemencia y se analiza en el marco de dicho programa, tal como dice en su **apartado 27**:

“Toda empresa que desee acogerse a una reducción de la multa deberá presentar una solicitud formal a la Comisión proporcionando pruebas suficientes del presunto cártel para poder obtener la reducción con arreglo al punto (24) de la presente Comunicación”.

Sin embargo, el programa de clemencia español no plasma esta aclaración y, por ello, parece ser que la CNMC solamente recompensa la colaboración voluntaria si se plantea una solicitud de exención o de reducción de la multa a través de los artículos 65 y 66 de la LDC. Por otro lado, podría entenderse que la CNMC sí que otorgaría recompensas si atendemos a lo establecido en el artículo 64.d) de la LDC, que recoge como circunstancia atenuante (de carácter general) para determinar el importe de la multa, la “colaboración activa y efectiva con la CNMC llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley”.

Por otro lado, también encontramos **diferencias en el ámbito subjetivo** entre el programa de clemencia español y el comunitario:

Mientras que en el programa de clemencia comunitario solo resulta de aplicación a empresas, pero no a sus empleados, en el sistema español se consideran sujetos infractores tanto las personas jurídicas, como determinadas personas físicas que participen en la infracción (art. 61 de la LDC). Respecto de estas últimas, el art. 63.2 de la LDC permite a la CNMC sancionar con una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales de las empresas o las personas que integran sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel. Igualmente, los arts. 65 y 66 de la LDC, así como los arts. 46 y ss. del RD 261/2008, regulan la posibilidad de que también las personas físicas puedan presentar una solicitud de clemencia. Finalmente, debemos mencionar que el art. 65.3 de la LDC establece que tanto la reducción de la multa como la exención concedida a una empresa beneficiará a sus representantes legales o integrantes de los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo y colaboren en la investigación. Sin embargo, no hay mención respecto al caso contrario, es decir, si los efectos de una solicitud de clemencia de uno de los directivos de una empresa benefician a la propia empresa.

Además, la posibilidad de que los directivos puedan solicitar el procedimiento de clemencia y, por tanto, compitan con las empresas por obtener la exención de la multa incrementa el riesgo de detección del cártel, sobre todo en casos de directivos

descontentos, lo que refuerza a su vez los incentivos de la empresa por adelantarse y prestar una colaboración eficaz y completa a la CNMC.

Finalmente, hay que destacar, también, que en el programa de clemencia español, las autoridades de competencia autonómicas son también competentes para aplicar el programa de clemencia, si bien su decisión está condicionada a que antes se proporcione toda la información a la CNMC⁴⁹.

En otro sentido, una vez mencionadas las diferencias con el programa de clemencia comunitario, debemos destacar algunas de las características en las que más hincapié hace el programa de clemencia español:

En primer lugar, el sistema español se caracteriza por garantizar la **confidencialidad**, tanto de la solicitud como de la información aportada por el cooperante y la identidad del mismo. A diferencia de otros estados, se considera que, una vez tomada la decisión por la autoridad competente, no se deben hacer públicas estas cuestiones ya que supone una situación de desventaja de los cooperantes con respecto a los no cooperantes, desincentivando a las empresas participantes en el cártel a colaborar con la autoridad.

En segundo lugar, se considera especial importancia la **máxima transparencia** respecto al orden de recepción de las solicitudes de clemencia. Se fija atendiendo a su fecha y hora de entrada en el registro de la CNMC. Esto es muy relevante y deriva en importantes consecuencias ya que, dependiendo del momento en que se fije la entrada, va a derivar una exoneración de la multa, o bien, una reducción de la misma. Asimismo dentro de las reducciones también es importante, ya que determina el porcentaje de reducción aplicable a cada cooperante⁵⁰.

⁴⁹ De acuerdo con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

⁵⁰ La empresa que ya no opte a la reducción en un cártel y presente una solicitud de reducción del importe de la multa, facilitando elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNMC, podría obtener una reducción de hasta un 50% si la solicitud de clemencia aporta elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la CNMC de probar el cártel. Este nivel de reducción del

Finalmente, una de las cuestiones que es necesario destacar es respecto al **acceso al expediente** en cuyo ámbito se hayan presentado solicitudes de clemencia, la solicitud de clemencia es confidencial, pero si se incoara expediente sancionador lo será solo hasta la notificación del Pliego de Concreción de Hechos, teniendo acceso los interesados en dicho expediente a partir de ese momento a los datos o documentos que formaban la pieza separada especial de confidencialidad y que son necesarios para contestar al Pliego de Concreción de Hechos⁵¹.

Sobre el tratamiento confidencial de las solicitudes de clemencia no ha habido problemas relevantes en la práctica. La Dirección de Investigación, en aquellos casos en que planteada la solicitud algún órgano jurisdiccional ha solicitado acceder a dicha solicitud de clemencia, ha protegido la confidencialidad de dicha solicitud con el fin de proteger el hecho de la presentación de la solicitud y, sobre todo, la identidad del solicitante.

2.5.3. Solicitud de clemencia:

Respecto al proceso, hemos de mencionar que el órgano encargado de atender la solicitud es la Dirección de Investigación de la CNMC, que se ocupa desde la instrucción del expediente hasta elevarlo a Informe Propuesta al Consejo de la CNMC, que es el órgano de resolución⁵².

importe de la multa sería de hasta el 30% para el segundo y hasta el 20% para los siguientes solicitantes de clemencia.

⁵¹ Artículo 50.3 del RDC: “*Todo ello sin obviar que las declaraciones efectuadas por el solicitante de clemencia de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, ya sean escritas o verbales, no pueden ser objeto de copia a favor de los interesados, pudiendo únicamente tomar notas, todo ello para evitar posibles reclamaciones de daños y perjuicios o problemas con otras jurisdicciones en las que el sistema de defensa de la competencia sea penal. En todo caso, el acceso al expediente se concede a condición de que la información así obtenida sólo sea utilizada a efectos de procedimientos judiciales o administrativos de aplicación de las reglas de competencia que sean el objeto del procedimiento administrativo sancionador al que corresponde el expediente*”.

⁵² La Dirección de Investigación es el órgano competente para recibir las solicitudes de acuerdo con el apartado 18: “*La empresa o persona física que esté contemplando presentar una solicitud de clemencia, podrá dirigirse al personal de contacto de la Dirección de Investigación de la CNC (Dirección de Investigación) indicado en la página Web de la CNC para recibir asistencia sobre la presentación de dicha solicitud...*”; y el apartado 19: “*La solicitud de clemencia debe ir dirigida a la Dirección de Investigación...*” de la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia.

La solicitud de clemencia se puede presentar por escrito o verbalmente, a través de la realización de una declaración verbal ante los funcionarios de la CNMC, y deberá ir acompañada de la información así como de los elementos de prueba del cártel indicados en el artículo 46.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

En todo caso, la solicitud de clemencia, con la denominación indicada por el solicitante, deberá contener la siguiente información, como se requiere en el formulario contenido en el Anexo I de la citada Resolución: Información relativa a la identificación del solicitante; información relativa a los demás partícipes en el cártel; descripción detallada del cártel: objetivos, actividades y funcionamiento; productos, servicios y territorios afectados; duración estimada y naturaleza del cártel; relación de las solicitudes de clemencia que el solicitante haya presentado o vaya a presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel⁵³.

No obstante, la Dirección de Investigación podrá conceder un plazo para la presentación de los elementos de prueba del cártel, previa petición motivada del solicitante de exención del pago de la multa, que deberá en ese supuesto cumplimentar el campo indicado en el formulario citado anteriormente.

En caso de presentar la solicitud de clemencia a través del Registro Electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se producirá la emisión, de forma automática, de un recibo de la presentación de la solicitud, en el que constarán los datos proporcionados por el solicitante de clemencia, con indicación de fecha y hora en que tal presentación se produjo en el Registro Electrónico de la CNMC y un número de entrada de registro⁵⁴.

⁵³ Los elementos comunes de la solicitud de clemencia aparecen recogidos entre los apartados 19 y 26 de la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia.

⁵⁴ Este recibo tendrá valor a efectos de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro (modificado en alguno de sus puntos por Real Decreto 136/2010, de 12 de febrero), y podrá ser impreso en soporte papel o archivado en formato electrónico por el solicitante.

En el sistema español, el solicitante de exención del pago de la multa que haya tomado medidas con objeto de coaccionar a otras empresas para que participen en el cártel o permanezcan en él quedará inhabilitado para la obtención de la exención del pago de la multa, pero podrá acogerse a una reducción de su importe.

En cualquier caso, el solicitante de clemencia ha de poner fin a su implicación en el cártel inmediatamente después de presentar su solicitud, excepto en aquellos supuestos en los que la CNMC estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar, en su caso, la eficacia de una futura inspección. Además, el solicitante de clemencia tiene un deber de cooperación desde el momento en que presente su solicitud, debiendo cooperar plena, continua y diligentemente durante todo el procedimiento con la CNMC para obtener la exención o la reducción del importe de la multa.

2.5.4. Aplicación práctica del programa de clemencia:

Si nos remitimos a las estadísticas, las resoluciones de la CNMC donde se aplicó el programa de clemencia representan un porcentaje menor en relación con las decisiones de la Comisión Europea en aplicación del programa de clemencia comunitario⁵⁵. Esto puede deberse a que la LDC recoge una definición más estricta y específica de lo que se entiende por cártel, lo cual supone un límite a la aplicación del programa español. La política de clemencia empezó a aplicarse en el año 2010 y, desde entonces, se han dictado un total de 17 resoluciones por la actual CNMC hasta junio de 2014⁵⁶. En primer lugar, en el año 2009, se aplicó en el caso “*Dentífricos*” (expediente S/0085/08), aunque finalmente no se aplicó porque se declaró que la infracción estaba prescrita. Además, en el año 2010, encontramos el caso “*Fabricantes de gel*” (expediente S/0084/08), el caso “*Vinos finos de Jerez*” (expediente S/0091/08) y el caso “*Transitarios*” (expediente S/0120/08). En el año 2011, el caso “*Peluquería profesional*” (expediente S/0086/08), el caso “*Bombas fluidos*” (expediente S/0185/09), el caso “*Navieras-Ceuta 2*” (expediente S/0241/10) y el caso “*Envases hortofrutícolas*”

⁵⁵ Véase «GRÁFICA N°12: Resoluciones sancionadoras de la CNMC en conductas restrictivas», ANEXO, p.68.

⁵⁶ En el año 2009 se aplicó el programa de clemencia en el caso S/0085/08 *Dentífricos*, pero finalmente el Consejo resolvió que la infracción había prescrito.

(expediente S/0251/10). En el año 2012, el caso “*Navieras Baleares*” (expediente S/0224/10), el caso “*Postensado y geotecnia*” (expediente S/0287/10), el caso “*Exportación de sobres*” (expediente S/0318/10), el caso “*Navieras Marruecos*” (expediente S/0331/11) y el caso “*Material de archivo*” (S/0317/10). En el año 2013, el caso “*Manipulado de papel*” (expediente S/0343/11), el caso “*Espuma de poliuretano*” (expediente S/0342/11), el caso “*Sobres de papel*” (expediente S/0316/10), el caso “*Distribuidores saneamiento*” (expediente S/0303/10) y el caso “*Coches de alquiler*” (expediente S/0380/11). Finalmente, en el año 2014 tenemos el caso “*Equipos contra incendios*” (expediente S/0445/12)⁵⁷.

De entre todos los casos en los que se ha aplicado el programa de clemencia, hay que destacar varios de ellos repartidos en los diversos años de aplicación de la política de clemencia. En primer lugar, el caso “**Dentífricos**” es digno de mención debido a que fue el primero en el que se iba a aplicar el programa de clemencia español, aunque finalmente se consideró que la infracción había prescrito y no se llegó a aplicar. Además de este caso, destacamos los siguientes:

En el año 2010, el caso de “**Fabricantes de Gel**”⁵⁸: *El 28 de febrero 2008 Henkel y Sara Lee solicitan acogerse al programa de clemencia por un cartel conformado por Puig, Sara Lee, Henkel, Colomer y Colgate para la reducción de formatos de envases de geles de baño y ducha manteniendo el nivel de precios por unidad. El cartel habría durado desde 2005 a 2008, y habría habido incumplimientos graves, por parte de Colgate, por lo que para este último su participación habría finalizado en 2006 cuando se hizo público el distanciamiento de la conducta anticompetitiva. Se condenó⁵⁹ a Puig, Sara Lee, Henkel y Colgate, gozando de excepción Henkel (100%) y reducción Sara Lee (40%). Las actuaciones contra Colomer fueron archivadas porque, si bien acudió a la primera reunión, habría manifestado su voluntad de no participar en el cartel. Se encuentran pendientes recursos ante la Audiencia Nacional.*

⁵⁷ Véase «GRÁFICA Nº13: Resoluciones de la CNMC en aplicación del programa de clemencia», ANEXO, p.68.

⁵⁸/(Expte. S/0084/08) Resolución de 21 de enero de 2010/.

⁵⁹Existe voto particular según el cual no habría que haberles otorgado excepción ni reducción Henkel y Sara Lee respectivamente ya que ambas fueron “instigadores” del acuerdo. Asimismo indica que a Colgate no debió habersele impuesto sanción ya que no aplicó en ningún momento el acuerdo y habría realizado una política comercial contraria, lo que habría constituido un distanciamiento público.

En el año 2011, el caso **“Peluquería Profesional⁶⁰”**: El 28 de febrero de 2008 Henkel presentó acogerse al programa de clemencia. El 24 de febrero de 2010 la Dirección de Investigación imputó a las 8 empresas incoadas L'ORÉAL (Francia), WELLA (Alemania), COLOMER (Estados Unidos), EUGÈNE (Francia), MONTIBELLO (España), LENDAN (España), HENKEL (Holanda), DSP (España), y a STANPA (Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética) una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007.

Las empresas imputadas agrupadas en el denominado G8, son los principales operadores presentes en el mercado español de fabricación y distribución de productos de peluquería profesional, con una cuota de mercado conjunta superior al 70%. En los casi 20 años de vida del cartel no permitió el ingreso de nuevos miembros.

Entre febrero de 1989 y febrero de 2008 se sucedieron más de 40 reuniones con carácter semestral, en las que las empresas del G8 intercambiaron datos sensibles de carácter comercial. A partir de febrero de 2004 se incorpora STANPA al cartel aportando medios materiales y humanos.

La información intercambiada se refería, esencialmente, a los incrementos de precios que habían aplicado desde la reunión anterior y sobre los incrementos de precios que pensaban aplicar en el futuro inmediato y en qué momento tenían previsto hacerlo. Dicho intercambio les habría permitido conocer de antemano la política de precios de la competencia y, así, coordinarse entre así, lo que en definitiva les permitió mantener la posición de dominio del mercado, la cual se mantuvo inalterada durante los 20 años de la vida del cartel.

Asimismo los miembros del cartel habían acordado no captar empleados de otros miembros sin el consentimiento de estos (pacto de caballeros).

El Consejo multó finalmente a las 8 empresas investigadas y a la asociación STANPA. Henkel es eximida de la multa en aplicación del programa de clemencia y

⁶⁰ /(Expte. S/0086/08) Resolución de 2 de marzo de 2011/.

Wella, si bien sus aportaciones a la investigación no fue decisiva, sí que se benefició de una reducción del 5% por su colaboración activa en la investigación.

En el propio año 2011, el caso **“Licitaciones de Carreteras⁶¹”**: *El 7 de octubre de 2009 un particular presenta denuncia contra varias empresas constructoras por la celebración de reuniones y acuerdos de modificación de ofertas de cara a una licitación pública convocada por PROVILSA (empresa pública de la Junta de Castilla y León) para la pavimentación de una carretera. Luego de una serie de inspecciones la Dirección de Investigación incoó el 17 de diciembre de 2009 expediente sancionador contra 53 empresas del sector por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el reparto de mercado (licitaciones) y la fijación de precios en los mercados de asfaltos y productos relacionados en el territorio nacional.*

El mercado relevante es el de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) Los demandantes de estos servicios son las Administraciones Públicas, que para su contratación, de acuerdo con Ley de Contratos del Sector Público, recurren a procedimientos de licitación, siendo los más habituales en este tipo de contratos el abierto y restringido.

Por las características del mercado (necesidad de contar con planta de asfaltos cerca del lugar de la obra), la Administración solía realizar las licitaciones de forma restringida (mín. 5 oferentes). La Administración proporcionaba un precio inicial y unas características técnicas, y los oferentes realizaban una oferta a la baja.

Siguiendo los mismos criterio el cartel se reunía previamente y realizaba una licitación privada. El vencedor sería el adjudicatario de la licitación pública, pero por un precio mucho menos bajo que el que ofrecía en la licitación privada. La diferencia se repartía entre los miembros del cartel de forma proporcional, es decir, cuanto más cercana fuera la oferta a la finalmente más baja (en la puja privada), más tocaba a repartir. El pago lo realizaba la empresa ganadora a través de cheques o pagarés.

⁶¹ /(Expte. S/0226/10) Resolución de 19 de octubre de 2011/

Si bien inicialmente la DI defendía la tesis de que se trataba de 14 cárteles diferentes (correspondiente a cada una de las 14 licitaciones investigadas). Finalmente el Consejo concluyo que existían evidencias suficientes para entender que se trataba de un sólo cartel. El consejo finalmente multó a 47 de las 53 empresas investigadas por un monto total de 47 millones de euros.

La resolución fue impugnada ante la Audiencia Nacional estando el recurso contencioso administrativo pendiente.

En el año 2012, el caso “**Navieras Baleares**”⁶²: A partir de dos denuncias del Consell Insular de Formentera (22/X/2009) y de Ibiza (19/IV/2010) la CNC inicia investigación contra Transmediterránea y Balearia por supuestos acuerdos de reparto de mercado, fijación de precios y condiciones comerciales en el transporte regular de pasajeros y mercancías entre Península y Baleares. En mayo de 2010, poco después de una inspección de la DI, Balearia solicita acogerse al programa de clemencia. La resolución estima que Balearia, si bien habría aportado información de valor añadido significativo, no habría cooperado de forma plena, continua y diligente, por lo que no se aplicaría el programa de clemencia ni siquiera para una reducción de multa y sólo se tendría en cuenta sus aportaciones como un atenuante.

La investigación comprobó la existencia de 2 acuerdos. El primero, entre 2001 y 2010, habría estado conformado por Balearia, Trasméditerránea e Iscomar y consistía en un cártel de fijación de precios y de otras condiciones comerciales o de servicio, de limitación o control de la producción y de reparto de mercado en las líneas de transporte marítimo de mercancías y pasajeros que unen la Península con las Islas Baleares, incluidas las líneas entre Menorca y Mallorca, y entre Ibiza y Mallorca. El segundo, entre los años 1995 y 2011, era un cártel de fijación de precios y horarios entre las empresas Balearia y Sercomisa (a través de una Comunidad de Bienes) y Pitiusa en el transporte marítimo de pasajeros entre Ibiza y Formentera.

El contenido de los acuerdos habría sido el de (i) incrementos de precios, (ii) pactos de no agresión de los clientes, (iii) acuerdos de reparto de cuotas de mercado y

⁶² /(Expte. S/0244/10) Resolución de 23 de febrero de 2012/

de tráfico, (iv) acuerdos de intercambios de slots, e (v) intercambio de información comercial sensible.

La resolución impuso multas desde 400.000 a 36 millones de euros. Actualmente, hay un recurso contencioso administrativo pendiente ante la Audiencia Nacional.

En el año 2013, el caso **“Sobres de papel”⁶³**: La Comisión Nacional de la Competencia impuso multas por valor de más de 44 millones de euros a 15 empresas por formar y mantener un cártel en el sector de sobres de papel durante más de 30 años. Madrid, 1 de abril de 2013.

Se determinó que las empresas mencionadas eran responsables de una conducta que infringe la Ley de Defensa de la Competencia, por haber acordado entre 1977 y 2010 la fijación de precios y reparto de las licitaciones de sobres pre-impresos para los procesos electorales y para los partidos políticos, el reparto de la fabricación de los sobres pre-impresos corporativos para grandes clientes, la fijación de precios del sobre blanco y el acuerdo de limitación tecnológica en el mercado del sobre de papel en todo el territorio nacional. Por todo ello, se impuso a las empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas: • 166.779 € a ANDALUZA DE PAPEL, S.A. • 7.826.650 € a ANTALIS ENVELOPES MANUFACTURING, S.L. y solidariamente a su matriz ANTALIS INTERNATIONAL, S.A.S. • 329.944 € a ARGANSOBRE, S.A. • 113.107 € a EMILIO DOMENECH MIRABET, S.A. • 655.107 € a ENVEL EUROPA, S.A., de los que su antigua HOLGHAM hasta septiembre de 2010 es responsable solidaria hasta un importe de 637.464€. • 11.262.752 € a GRUPO TOMPLA SOBRE EXPRÉS, S.L. (actualmente denominada TOMPLA SOBRE EXPRÉS, S.L.), y solidariamente a su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (actualmente denominada PRINTEOS, S.A.). • 788.380 € a HISPAPPEL, S.A. y solidariamente a su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (actualmente denominada PRINTEOS, S.A.). • 5.096 € a MAESPA MANIPULADOS, S.L. y solidariamente a su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (actualmente denominada PRINTEOS, S.A.). • 33.901 € a PACSA, PAPELERA DEL CARRION, S.L. y solidariamente a su matriz

⁶³ CNMC: Nota prensa «Caso “Sobres de papel”», 1 de abril de 2013. Expediente sancionador (S/0316/10).

MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (actualmente denominada PRINTEOS, S.A.). • 5.192 € a MAESPA MANIPULADOS, S.L. en calidad de empresa sucesora de RODON PORTA, S.L., y solidariamente a su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (actualmente denominada PRINTEOS, S.A.). • 2.392.580 € a SOCIEDAD ANÓNIMA DE TALLERES DE MANIPULACIÓN DE PAPEL (SAM) y solidariamente a su matriz MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. (actualmente denominada PRINTEOS, S.A.). • 356.342 € a MANIPULADOS PLANA, S.A. • 95.665 € a SOBRE INDUSTRIAL, S.L. • 51.818 € a SOBRES IZALBE, S.A. • 20.498.246 € a UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A. y solidariamente a su matriz UNIPAPEL, S.A., (actualmente denominada ADVEO GROUP INTERNATIONAL). Además de las anteriores empresas sancionadas, y de acuerdo con la información obrante en el expediente, quedó acreditada la participación en el cártel de otras 16 empresas y de la Asociación del sector, que no fueron incoadas puesto que su participación en este cártel habría quedado prescrita de acuerdo con el artículo 68 de la LDC. Por otro lado y en aplicación del programa de clemencia, se exime del pago de la multa que el Consejo de la CNC hubiera podido imponerle al grupo de ADVEO GROUP INTERNATIONAL, S.A. y a su filial UNIPAPEL TRANSFORMACIÓN Y DISTRIBUCIÓN, S.A., al haber presentado una solicitud de exención del pago de la multa que permitió ordenar a la CNC las inspecciones realizadas el 19 de octubre de 2010. Además, por haber aportado posteriormente información con valor añadido significativo, se aplica a las siguientes empresas una reducción en el importe de sus multas: • ANTALIS ENVELOPES MANUFACTURING, S.L. y a su matriz ANTALIS INTERNATIONAL, S.A.S., una reducción del 40%. • MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. y a sus filiales del Grupo TOMPLA una reducción del 30%.

En el año 2014, el caso **“Equipos contra incendios”⁶⁴**: La Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) impuso una multa de 2,13 millones de euros a 6 empresas que operan en el mercado de los equipos contra incendios, por establecer acuerdos de fijación de precios y de reparto del mercado entre 2010 y 2012.

El inicio de la investigación tuvo su origen en una **solicitud de clemencia** presentada por una de las empresas del cártel (TODOEXTINTOR SL.) el día 26 de julio

⁶⁴ CNMC: Nota prensa «Caso “Equipos contra incendios”», 8 de julio de 2014.

de 2012, en la que se ponía de manifiesto la existencia de posibles prácticas anticompetitivas en este mercado.

En su Resolución, el Consejo de la CNMC impuso una multa total de 2.136.975 euros a los participantes en la infracción, si bien exime del pago de la multa a la empresa solicitante de clemencia, ya que fue la primera en aportar elementos de prueba que permitieron ordenar el desarrollo de la inspección relativa al cártel. Por otro lado, se desestimó la solicitud de reducción de multa realizada por la empresa EXTINTORES FAEX S.L. en virtud de que no facilitó elementos de prueba que aportaran un valor añadido significativo a aquellos que la CNMC ya poseía para demostrar el cártel.

III. PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES PRIVADAS DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS ANTITRUST.

1. Introducción:

Como hemos mencionado a lo largo del presente trabajo, la creación de cárteles y, por consiguiente, el falseamiento de las condiciones competitivas, desemboca en graves perjuicios para la estructura general del mercado. Por ello, las autoridades de la competencia realizan amplios esfuerzos con el fin de restablecer esas condiciones óptimas de competencia tan necesarias para el adecuado desarrollo del mercado.

Sin embargo, estos no son los únicos efectos negativos que provoca el falseamiento de la competencia. Además de afectar a la estructura general del mercado, también ocasionan perjuicios concretos a personas físicas y jurídicas específicas (precios excesivos, exclusión del mercado, pérdida de clientes, etc.), las cuales tienen derecho a obtener una indemnización mediante una acción privada.

Desde 2001, el Tribunal de Justicia había señalado en repetidas ocasiones que, en el Derecho de la Unión, cualquier persona debía tener la posibilidad de reclamar el resarcimiento por tal perjuicio (*Courage*, C-453/99, y *Manfredi*, C-295-298/04), pero más de diez años después, la mayoría de las víctimas de una infracción de la normativa de competencia aún no disponían de los medios, ya sean individuales o colectivos, de ejercer de manera eficaz este derecho de la UE a indemnización. Ello se debía en gran medida a la falta de normas nacionales adecuadas por las que se rigieran las demandas por daños y perjuicios. Además, cuando dichas normas existen, difieren tanto entre los Estados miembros que el resultado es la desigualdad de condiciones tanto para los infractores como para las víctimas de la conducta ilegal. Debido a ello, según datos de la Comisión Europea, aún son pocos (un 25%) los casos en los que las víctimas de

ilícitos de competencia incoan acciones judiciales tendentes a una indemnización por los daños sufridos⁶⁵.

Uno de los principales problemas para que tanto de las acciones privadas de resarcimiento de daños derivadas de ilícitos *antitrust* como las políticas de clemencia prosperaran en la práctica, es que la proliferación de la primera puede producir efectos negativos en la segunda, ya que se produce un aprovechamiento de aquellas declaraciones autoinculpatorias realizadas en el marco de este tipo de políticas de clemencia por parte de las empresas que hubiesen participado en un cártel o acuerdo colusorio y que se hubiesen acogido a este tipo de programas⁶⁶.

En este sentido, uno de los inconvenientes principales que se ponen de manifiesto en relación con el acogimiento a programas de clemencia es que las empresas colaboran con las autoridades públicas, confesando la existencia de un cártel o bien aportando pruebas, a cambio de una serie de beneficios (exención o reducción del importe de la multa) respecto al expediente administrativo sancionador, pero no con respecto a la responsabilidad civil por daños y perjuicios que se puede derivar frente a los perjudicados singularmente considerados. De este modo, aquellas empresas colaboradoras que aportan documentos que prueben la existencia del cártel son más vulnerables ante estas acciones privadas por daños que ejercitan los particulares que aquellas empresas que no han colaborado, puesto que ya se tiene conocimiento de que han cometido un ilícito, incitando a acudir a la vía jurídico-privada para reclamar. Es aquí donde se encuentra el riesgo de desincentivar la colaboración de las empresas con las autoridades y, por tanto, el programa de clemencia.

⁶⁵ Parte de la información expuesta en este epígrafe ha sido encontrada en el trabajo de DÍEZ DE URÉ, A. y TRONCOSO FERRER, M.: «La Propuesta de Directiva relativa a las demandas por daños causados por ilícitos de competencia», Noticias breves Gómez-Acebo&Pombo, septiembre de 2013, pp.1-3.

⁶⁶ La presente información ha sido extraída del trabajo de PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* N° 1, 2013, pp. 1-23, disponible en <http://www.indret.com/pdf/951.pdf>. Además, en el propio texto se cita textualmente lo siguiente: “Véase, entre otros, HODGES (2006, p. 1390). El citado autor señala incluso que “es prácticamente imposible reconciliar enfoques tan radicalmente distintos”. El autor considera que las políticas de clemencia son instrumentos muy importantes para que la autoridad administrativa competente pueda descubrir la existencia de los cárteles y que se trata de un instrumento que es difícil que se pueda integrar en un sistema de aplicación privatizada en el que la aplicación de la normativa anticompetitiva pasa a ser competencia de los órganos jurisdiccionales competentes en su caso”.

Por tanto, identificamos el gran problema de la relación entre la aplicación de los programas de clemencia y el ejercicio de acciones privadas por daños derivados de conductas *antitrust* en que se produce una contradicción entre “aplicación pública” y “aplicación privada” del Derecho. Los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), como hemos repetido en innumerables ocasiones, prohíben los acuerdos y los abusos de posición dominante contrarios a la competencia. Debido a ello, la Comisión Europea, junto con las autoridades nacionales de competencia, es la responsable de la aplicación de dichas prohibiciones, en este caso, a través del programa de clemencia (**aplicación pública**). Asimismo, las disposiciones del Tratado generan derechos y obligaciones para las personas, que deben ser aplicados por los órganos jurisdiccionales nacionales (**aplicación privada**), y entre ellos se encuentra el derecho a exigir el resarcimiento por cualquier perjuicio sufrido como consecuencia de una infracción de las normas de competencia de la UE.

La jurisprudencia reciente, tanto a nivel nacional como de la UE, también había constatado que el derecho de la UE a recibir una indemnización por daños y perjuicios podría entrar en contradicción con la eficacia de la aplicación pública de las normas de competencia de la UE por parte de la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia. Uno de estos supuestos se daba cuando la víctima de una infracción de la normativa de competencia trataba de acceder a información que una autoridad de competencia había obtenido en el marco de un programa de clemencia. Al no existir normas de la UE sobre esta cuestión, los posibles solicitantes de clemencia no sabían si la información que facilitaban a una autoridad de competencia acabaría siendo objeto de exhibición a una víctima de la infracción de la normativa de competencia.

Esa cuestión los colocaba en una posición más débil o en una posición de desventaja por lo que se refiere a posibles demandas por daños y perjuicios en comparación con otras empresas que no cooperaran con la autoridad. Por tanto, la inseguridad jurídica podía causar graves perjuicios a la eficacia de los programas de clemencia, tanto a nivel nacional como en la UE y, en consecuencia, de las medidas de aplicación pública destinadas a luchar contra los cárteles secretos.

2. Soluciones que se plantearon:

La Comisión Europea decidió abordar este problema para garantizar el ejercicio eficaz y uniforme en toda la Unión del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento, al tiempo que aseguraba que este ejercicio no interfiriera con la efectividad de la aplicación del Derecho de la competencia por las autoridades reguladoras y, en concreto, de los programas de clemencia. Esto lo hizo a través de la Propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia⁶⁷. Además de la Propuesta (publicada el 11 de junio de 2013) también contribuyeron para lograr el citado fin la Comunicación sobre cuantificación de daños y la Guía Práctica que la acompaña⁶⁸.

La Propuesta establecía una serie de normas sustantivas y de procedimiento comunes para todos los Estados miembros de aplicación a las demandas por daños y perjuicios causados por infracciones de las normas de competencia europeas, pero también de las disposiciones nacionales de competencia, cuando estas últimas fueran aplicadas por las autoridades nacionales en el mismo asunto y de forma paralela a las de la Unión. De este modo, una vez la Directiva traspuesta, las normas de responsabilidad civil en materia de competencia de todos los Estados miembros serían similares, evitando con ello la inseguridad jurídica y previniendo resultados contradictorios.

Respecto a las diferentes medidas que se proponían destacamos las siguientes: en primer lugar, sobre los medios de prueba se consideraba que, frente al poder de investigación de las autoridades de competencia, algunos tribunales nacionales se veían limitados por una estricta aplicación del principio dispositivo en los procesos civiles, que sólo les permitía examinar las pruebas aportadas por las partes. El problema venía

⁶⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. COM (2013) 404 final, 2013/0185 (COD).

⁶⁸ Los documentos mencionados son: Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. C (2013/C 167/07) 13.6.2013. / Guía Práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea.

porque los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos denunciados no solían estar al alcance del demandante, sino en poder del denunciado o de terceros. Para solucionar el citado problema, se proponía que las partes del procedimiento pudieran solicitar al juez que ordenara la producción de información en poder de la parte contraria o de terceros cuando ello fuera necesario para acreditar su reclamación o su defensa. Sin embargo, esta posibilidad estaría sometida a una tutela judicial estricta en cuanto a su necesidad, alcance y proporcionalidad, así como a ciertos límites, sobre todo con respecto a documentos obtenidos mediante los programas de clemencia. En este sentido, además, se establece que las decisiones de las autoridades nacionales de competencia y las de los órganos competentes en sede de recurso relativas a infracciones de Derecho europeo de la competencia tendrán eficacia probatoria en los asuntos posteriores en los que se reclame una indemnización por daños y perjuicios. Finalmente, se establecía una presunción refutable de que los cárteles provocan daños.

Por otro lado, también se proponían novedades respecto a la prescripción de las acciones y así dar a las víctimas una oportunidad razonable para llevar a cabo sus demandas de indemnización. En este sentido, se establecía que el plazo fuera de 5 años a contar desde el conocimiento de la infracción, el perjuicio causado y la identidad del infractor. Este plazo, en casos de infracciones repetidas, no empezaría a contar hasta el cese de las mismas, suspendiéndose dicho plazo durante al menos un año en el caso de que una autoridad incoe un procedimiento en relación con dicha infracción.

Otra de las medidas que se proponían era lo que se denomina “*Passing-on defence*”. Consiste en que la empresa infractora tendría la posibilidad de repercutir el sobreprecio o sobre coste resultado de un cártel al siguiente nivel de la cadena de comercialización del producto o servicio como excepción frente a la reclamación por daños. Si bien esto se admitiría de forma restrictiva, recayendo la carga de la prueba sobre la empresa infractora.

Respecto a la cuantificación del perjuicio, se llevaría a cabo conforme a las normas nacionales, respetando los principios de equivalencia y eficacia. Además, se establecía que las víctimas deberían ser compensadas tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

Finalmente, se establecía la responsabilidad solidaria entre aquellas empresas que infringieran de manera conjunta la normativa en materia de Competencia, es decir, aquellas que formaran parte de un cártel. Sin embargo, como excepción, esto no se aplicaría a aquellas empresas dispensadas de pagar la multa en virtud de haberse acogido al programa de clemencia, que únicamente responderán por los perjuicios causados, tanto de forma directa como indirecta, a sus propios compradores o proveedores.

Todas estas medidas deben llevarse a cabo con cautela ya que es especialmente importante mantener la protección absoluta de los documentos aportados por las partes en virtud del programa de clemencia para mantener la propia eficacia de dicho programa. La razón de dicha protección de los documentos se debe a que, con el fin de ayudar a particulares afectados en una demanda de indemnización por daños y perjuicios, podrían verse perjudicadas las empresas cooperantes en comparación con aquellos coinfractores que no hayan colaborado con las autoridades de la competencia y, por tanto, menoscabando la efectividad del programa de clemencia.

3. Situación actual:

Actualmente, ya contamos con una regulación acerca del problema en cuestión. Con la publicación de la *Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, se han plasmado todas aquellas medidas, anteriormente mencionadas, que proponía la Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013.

En este sentido, se han establecido definitivamente las propuestas sobre exhibición de medios de prueba. En el **artículo 5, apartados 2 y 3**, de la directiva se establecen como requisitos y cuestiones a tener en cuenta para la exhibición de documentos las siguientes:

2. “...cuando la parte que solicite la exhibición haya (a) acreditado que los medios de prueba que obren en poder de la otra parte son pertinentes para fundar su pretensión o defensa; y (b) especificado bien elementos de estos medios de prueba bien categorías definidas con tanta precisión y exactitud como le haya resultado posible sobre la base de los hechos razonablemente disponibles”.

3. “Los Estados miembros velarán porque los órganos jurisdiccionales limiten la exhibición de los medios de prueba a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados. Tendrán en cuenta, entre otras cosas: (c) la probabilidad de que se produzca la presunta infracción de la normativa de competencia; (d) el alcance y el coste de la exhibición, especialmente para cualquier tercero afectado; (e) si los medios de prueba que se han de exhibir incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las modalidades para proteger dicha información confidencial; y (f) en los casos en que se esté investigando la infracción o esta haya sido investigada por una autoridad de competencia, si la solicitud se ha formulado específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de tales documentos en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados por una autoridad de competencia o que se encuentren en un expediente de la misma”.

Por otro lado, en el **artículo 6**, se establecen los límites a la exhibición de medios de prueba incluidos en el expediente de una autoridad de la competencia:

1. “Los Estados miembros velarán porque, a efectos de las demandas por daños y perjuicios, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de medios de prueba: (g) las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia”.

2. “... los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de las siguientes categorías de pruebas únicamente después de que una autoridad de

competencia haya dado por concluido el procedimiento o adoptado una decisión contemplada en el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1/2003 o en el capítulo III del Reglamento (CE) n° 1/2003: (i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de competencia; y (j) la información que fue elaborada por una autoridad de competencia en el curso de su procedimiento.

Además, respecto a la Defensa “passing-on”, encontramos la regulación en los **artículos 12 y siguientes** de la directiva. A estos efectos el **artículo 13.2** establece cuándo se considera que un comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el coste excesivo:

“...si demuestra que: (o) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; (p) la infracción tuvo como consecuencia un coste excesivo para el comprador directo del demandado; y (q) él adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción, o adquirió bienes o servicios derivados de los bienes o servicios objeto de la infracción o que los contuvieran.[...] El presente apartado se entenderá sin perjuicio del derecho del infractor a demostrar que el coste excesivo no se repercutió al comprador indirecto, o al menos no por completo”.

Igualmente, se plasman las medidas relativas a responsabilidad solidaria y conjunta de aquellas empresas que, de manera conjunta, vulneren las normas del Derecho de la Competencia, a excepción de lo dispuesto en el **artículo 11.2**:

“Los Estados miembros garantizarán que las empresas a las que una autoridad de competencia haya concedido la dispensa del pago de multas en el marco de un programa de clemencia solo sean responsables frente a las partes perjudicadas distintas de sus propios compradores o proveedores directos o indirectos cuando dichas partes perjudicadas muestren su incapacidad para obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción de la normativa de competencia”.

También se recogen las medidas sobre cuantificación de los daños (**artículo 16**) y respecto a la prescripción (**artículo 10**), de la misma manera que en la Propuesta de Directiva. Sin embargo, algo que se ha potenciado especialmente por la Directiva ha sido que las partes lleguen a soluciones extrajudiciales respecto de los daños sufridos, estableciendo determinadas normas para que las soluciones extrajudiciales puedan combinarse con soluciones judiciales respecto de los daños causados por una misma infracción. En este sentido, el **artículo 17** establece el efecto suspensivo de la resolución consensual de litigios:

1. *“...el plazo de prescripción para interponer una demanda por daños y perjuicios se suspenda hasta tanto no concluya el proceso de la resolución consensual de litigios...”*
2. *“Los Estados miembros velarán porque los órganos jurisdiccionales nacionales que conocieren de una demanda por daños y perjuicios puedan suspender el procedimiento en caso de que las partes en este procedimiento estén inmersas en un proceso de resolución consensual en relación con la reclamación abarcada por dicha demanda por daños y perjuicios”.*

Por otro lado, el **artículo 18** establece el efecto de los acuerdos consensuales sobre las posteriores demandas por daños y perjuicios. En este sentido se dice que, tras un acuerdo consensual, la reclamación de la parte perjudicada que haya participado en el proceso de resolución consensual se reducirá en la parte proporcional del perjuicio que el coinfractor que participase en un proceso de resolución consensual ocasionó a la parte perjudicada. Los coinfractores no consensuales no podrán recuperar del coinfractor consensual la contribución correspondiente al resto de la reclamación. Solo cuando los coinfractores no consensuales no estén en condiciones de resarcir los daños y perjuicios que corresponden al resto de la reclamación, se podrá considerar que el coinfractor consensual abona daños y perjuicios a la parte perjudicada consensual.

En definitiva, con la publicación de la presente Directiva (Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho*

nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea) y su posterior transposición (según el **artículo 20**, en el plazo de dos años desde su publicación) lo que se pretende es solucionar los conflictos que aparecían entre las acciones privadas para el resarcimiento de daños derivados de conductas *antitrust* y la protección de los documentos aportados por las empresas en virtud del programa de clemencia. El fin no es otro que conseguir una protección adecuada para las víctimas de tales conductas sin crear inseguridad ni menoscabar, a consecuencia, la efectividad del programa de clemencia, ya que se trate del instrumento más importante y eficaz en la lucha contra los cárteles.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos ido viendo a lo largo del presente trabajo, los programas de clemencia constituyen un eficaz instrumento para la defensa competencia, en concreto, para la lucha contra los cárteles. Se trata de un instrumento relativamente nuevo que, iniciado en EE.UU. en el año 1978, ha sido incorporado progresivamente por las naciones avanzadas hasta que, en la actualidad, la mayoría de ellas tiene implantado el sistema de clemencia como herramienta en la lucha contra las prácticas colusorias.

En todos los estados, el programa de clemencia consiste fundamentalmente en conceder a las empresas de un cártel una serie de beneficios (exención o reducción de la multa) cuando las mismas acudan a las autoridades de la competencia y aporten información que sea apta para probar la existencia del propio cártel o para facilitar el proceso en caso de que ya se conociera dicha existencia. Sin embargo, la gran mayoría de los estados difiere, en comparación con los demás, con respecto a los requisitos, procedimiento, ámbito de aplicación, sanciones y porcentaje de reducciones, entre otras cuestiones.

A pesar de ello, los programas de clemencia de todas las naciones que lo tienen implantado tiene en común una característica que no es otra que su efectividad en la detección y lucha contra los cárteles, convirtiéndose en el principal instrumento para tal fin.

Tanto la estructura como las características de la política de clemencia se han ido perfeccionando en gran medida a lo largo de los años, y continúan por esta línea. Quizás la clave de su éxito se encuentre en la desconfianza que se induce dentro del propio cártel. Como ya hemos mencionado, consiste en someter a las empresas que infringen la normativa de Defensa de la Competencia al Dilema del Prisionero de tal manera que, al no saber si los otros miembros del cártel acudirán a las autoridades delatando al resto, cada una de las empresas se ve tentada a acudir ella misma y obtener el beneficio que conlleva acogerse al programa de clemencia (evitar las sanciones u obtener una reducción de las mismas), en detrimento del resto de empresas que forman el cártel.

En conclusión, en vista de los resultados que están obteniendo la mayor parte de las naciones, consideramos que se debe seguir fomentando la política de clemencia, dotando de mayores medios a las autoridades de la competencia y así, evitar la formación de cárteles y las consecuencias perjudiciales que suponen para la estructura del mercado, afectando no solo a las propias empresas sino también a los consumidores finales.

V. BIBLIOGRAFÍA

ILUNDAÍN FANTOVA, S./ PEÑA CASTELLOT, M.A.: «Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia», Universidad San Pablo CEU, nº 2, 2002, pp. 1-6, disponible en <http://dspace.ceu.es/handle/10637/3075>.

BORRELL ARQUÉ, J. R./ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L./ ORDÓÑEZ DE HARO, J.M.: «Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia», ICE, 876, 2014, pp. 17-36.

VARELA GONZÁLEZ, J.A.: «Características y situación actual de la política de clemencia», Cuadernos europeos de Deusto, ISSN 1130-8354, Nº 38, 2008, pp. 203-247.

SÁNCHEZ NAVARRO, DENNIS: «Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con los Estados Unidos», No. 14, ID48699, 2013. Grupo de Estudios Económicos Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pp. 14-18.

KLOUB, J.: «Latinamerican Competition Forum: session 1: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels», en AA.VV., 2009 *Latin American Competition Forum* OECD, 9-10 September 2009, Santiago, Chile, pp. 67-148.

GUZMÁN ZAPATER, CLARA: «El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica», *Working Paper IE Law School*, AJ-8 188, 31 de julio de 2012, pp. 3-24.

GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A. y GUERRA FERNÁNDEZ, A.: «Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, Nº. Extra 1, 2011 págs. 135-141.

VIDAL MARTÍNEZ, P. (Uría y Menéndez): «Programas español y comunitario de clemencia», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN. A.,(dir) *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 323-356.

DÍEZ DE URÉ, A. y TRONCOSO FERRER, M.: «La Propuesta de Directiva relativa a las demandas por daños causados por ilícitos de competencia», *Noticias breves Gómez-Acebo&Pombo*, septiembre de 2013, pp.1-3.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* Nº. 1, 2013, pp. 1-23, disponible en <http://www.indret.com/pdf/951.pdf>.

CORTI VARELA, J.: «Tipología de cárteles duros: Un estudio de los casos resueltos por la CNC.» *CEU Ediciones nº 33. Serie Política de la Competencia (2013)*, pp. 1-43.