



TRABAJO DE FIN DE GRADO

La política *antitrust* y la lucha contra los cárteles: los Programas de Clemencia en el Derecho de la Competencia

Antitrust policy and cartel enforcement: Leniency Programmes in Competition Law

Estudio de los programas de clemencia a la luz del Derecho de la Competencia: evolución hasta nuestros días. Desafíos actuales y referencia a los cárteles más relevantes sancionados por la autoridad nacional de competencia a través de esta política.

Leniency Programmes from a Competition Law perspective. Current challenges and special focus on the most important cartels prosecuted by antitrust authorities through this tool.

Autor: D. Alejandro Fluja López

Tutora: D^a. María del Mar Gómez Lozano

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Curso Académico: 2020/2021

Almería, mayo de 2021

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ANC	Autoridades Nacionales de Competencia.
Art./Arts.	Artículo/artículos.
CE	Comisión Europea.
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
DD	Directiva 2014/104/UE 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.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
RDC	Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
RDL	Real Decreto Ley.
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia.
TFG	Trabajo Fin de Grado.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	5
II. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LUCHA ANTITRUST.....	7
A. CONSIDERACIONES GENERALES: LA FIGURA DE LA DELACIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA. ..	7
B. ORIGEN Y EVOLUCIÓN: DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE JUEGOS HASTA LA PRIMERA EXPERIENCIA AMERICANA Y LA LLEGADA A EUROPA.	9
1. LA POLÍTICA DE CLEMENCIA EXPLICADA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE JUEGOS.	9
2. LA FIGURA DEL “ <i>PENTITO</i> ” EN ITALIA Y LOS PRIMEROS INTENTOS DE CLEMENCIA EN EE. UU. 10	
3. LA DIFUSIÓN DE LA POLÍTICA DE CLEMENCIA EN EUROPA.	11
C. BREVE COMPARATIVA SOBRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN OTROS PAÍSES:.....	13
1. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	13
2. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LATINOAMÉRICA.....	16
3. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA CANADIENSE Y AUSTRALIANO.	19
III. EL RÉGIMEN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL.	20
A. ANTECEDENTES: LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LAS COMUNICACIONES COMUNITARIAS.	20
1. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 1996	21
2. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 2002	21
3. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 2006	22
B. CONSIDERACIONES GENERALES DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA ESPAÑOL.....	23
C. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y DIFERENCIAS CON OTROS PROGRAMAS DE CLEMENCIA.....	24
D. LA SOLICITUD DE CLEMENCIA EN EL PROGRAMA ESPAÑOL.	26
IV. PRINCIPALES DESAFÍOS DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA ACTUALIDAD	26

A. LA PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES PRIVADAS DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS <i>ANTITRUST</i> . PLANTEAMIENTO.	26
B. LA DELICADA CUESTIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA COORDINAR LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS.	29
C. LA DIRECTIVA DE DAÑOS 2014/104 Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.	32
D. LA RECIENTE ACTUALIZACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR EL REAL DECRETO 7/2021, DE 27 DE ABRIL DE 2021. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA ECN +.	36
V. VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LA POLÍTICA DE CLEMENCIA	38
A. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA ESPAÑOL Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA. ESTUDIO DE LOS CASOS MÁS IMPORTANTES EN NUESTRO PAÍS.	38
1. EL CÁRTEL DE LOS CAMIONES.	38
2. EL CÁRTEL DE LOS FABRICANTES DE AUTOMÓVILES.	41
3. EL CÁRTEL DE LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA DE ADIF.	43
4. EL SINGULAR CASO DEL CÁRTEL DE LOS FABRICANTES DE GEL.	45
B. LA EFECTIVIDAD DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN CIFRAS. UN REPASO A LAS ESTADÍSTICAS.	46
VI. CONCLUSIONES	49
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	52
VIII. OTROS MATERIALES	54
A. TEXTOS LEGALES	54
B. JURISPRUDENCIA	55

I. INTRODUCCIÓN

“España es un país de cartelistas”. Estas palabras eran pronunciadas por Luis Berenguer, presidente de la Comisión Nacional de la Competencia entre 2005 y 2011, y la historia reciente de la economía de nuestro país así lo demuestra¹. Además, la mayoría de las jurisdicciones del mundo coinciden al considerar los cárteles como la práctica restrictiva de la competencia más dañina para los consumidores y el bienestar económico en general². Así, de acuerdo con su importancia en los mercados, la lucha contra los cárteles debería erigirse como la piedra angular de una política de defensa de la competencia verdaderamente efectiva, y es en el marco de esta política anticárteles o *antitrust* donde emerge la figura de los programas de clemencia.

En el desarrollo del presente Trabajo de Fin de Grado se pretende ofrecer, desde una perspectiva jurídica, una visión de los programas de clemencia en el Derecho de la Competencia español, abordando su evolución desde las teorías económicas que le sirvieron de inspiración, como la del “*dilema del prisionero*”, hasta las primeras experiencias en la práctica en los Estados Unidos. Del mismo modo, se analizarán de forma resumida algunos de los aspectos más llamativos de la clemencia en otros países. En segundo lugar, se detallará el régimen jurídico del programa español de clemencia, contenido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”) y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, “RDC”), sin olvidar hacer referencia al programa comunitario y su evolución a través de las Comunicaciones de la Comisión Europea, que han marcado la línea a seguir por las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante, “ANC”) de los distintos Estados miembro. En tercer lugar, se incluye un epígrafe dedicado a tratar los principales desafíos que la clemencia plantea en la actualidad, así como la reciente actualización de la normativa de defensa de la competencia a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, por el que se transponen a nuestro Ordenamiento diversas directivas, entre ellas la denominada “Directiva ECN+”, especialmente relevante por su conexión con la materia de este proyecto.

¹ SÁNCHEZ, R.M., “70 cárteles derribados”. *El Periódico*, 27 de septiembre de 2015. Fecha de última consulta: 13 de mayo de 2021.

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil*. Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2020.

Por último, a modo cierre del trabajo, se incluye un estudio de algunos de los cárteles más importantes desarticulados a raíz de una solicitud de clemencia, casos que, a día de hoy, protagonizan buena parte de la actualidad en materia de competencia, ya sea por la relevancia estratégica de los sectores implicados, por el elevado número de particulares y empresas afectados, o por la cuantía de las sanciones impuestas. Asimismo, se ofrece una valoración de la política de clemencia desde su implementación en nuestro país hace más de una década a la luz de las estadísticas de detección y sanción de cárteles.

En este punto, resulta conveniente ofrecer un breve marco teórico acerca de diferentes conceptos clave que son necesarios para una mejor comprensión del presente TFG. Así, cuando hablamos de conductas colusorias³ nos referimos a aquellos acuerdos colectivos o prácticas concertadas consistentes en: a) la fijación de precios u otras condiciones comerciales; b) la limitación o control de la producción, distribución, desarrollo técnico o inversiones; c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) la aplicación de condiciones desiguales que coloquen a algunos competidores en situación desventajosa frente a otros; y, e) la subordinación de la celebración de contratos a condiciones que no guarden relación con tales contratos (arts. 1 LDC y 101 TFUE). No obstante, estas conductas no estarán perseguidas cuando contribuyan a mejorar la producción, comercialización o distribución de los bienes y servicios (art. 1.3 LDC), cuando cumplan los Reglamentos comunitarios en los términos del art. 101.3 TFUE (art. 1.4 LDC) ni cuando revistan una escasa importancia (la regla de *minimis* de competencia⁴ del art. 5 LDC).

Por otra parte, es preciso matizar que por cártel se entiende todo acuerdo o práctica concertada, entre dos o más competidores, consistente en coordinar comportamientos mediante prácticas como la fijación de precios de compra, de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones

³ A lo largo del presente Trabajo se emplean como sinónimos y se utilizan indistintamente las expresiones “prácticas anticompetitivas”, “conductas colusorias”, “prácticas *antritrust*” o “prácticas prohibidas”, entre otras, pero todas ellas hacen referencia a aquellas actuaciones que infringen la normativa que rige en materia de Defensa de la Competencia.

⁴ ORTIZ BAQUERO, I. “La regla de *minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”. *Revista Mercatoria*, nº2, 2009, pg. 4.

de importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia (Disposición Adicional Cuarta LDC).

Del mismo modo, la actual LDC regula otras conductas prohibidas como el abuso de posición dominante (art. 2 LDC), los actos desleales (art. 3 LDC) o las conductas de menor importancia (art. 5 LDC). Sin embargo, el programa de clemencia se circunscribe únicamente a las prácticas colusorias (art. 1 LDC) y, en particular, a la lucha contra los cárteles.⁵ Así las cosas, se trata de una herramienta relativamente nueva de la que disponen nuestras autoridades de competencia⁶ y, por ello, está sometida a una constante evolución e intentos de perfeccionamiento. Algunas de las cuestiones que han planteado problemas en su aplicación y que son tratadas en el presente trabajo son la relación con la acción civil de resarcimiento de daños o la delicada cuestión de la confidencialidad de la información, que suscitan un conflicto entre la aplicación privada y pública del Derecho de la Competencia. Igualmente, se aborda el desafío de la coordinación entre las ANC de los Estados miembro, que se pretende superar con la reciente transposición de la Directiva ECN+, y se ofrecen algunas resoluciones judiciales de los cárteles que centran el foco de la actualidad jurídica *antitrust*.

II. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LUCHA ANTITRUST

A. Consideraciones generales: la figura de la delación como institución jurídica.

Como dice el viejo refrán: “*No hay honor entre ladrones*”⁷.

Este dicho bien podría resumir la esencia de los programas de clemencia, y es que a través de este instrumento es posible que empresas miembros de un cártel que incurran en conductas anticompetitivas puedan disfrutar de un tratamiento favorable si se deciden a facilitar información a las autoridades y colaborar en la nada desdeñable tarea de dismantelar estas prácticas. Sin

⁵ Así se establece en la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, en su apartado 1.2: Ámbito objetivo de aplicación del Programa de Clemencia.

⁶ En este sentido, conviene señalar las diferentes denominaciones que han adoptado los organismos de Defensa de la Competencia en nuestro país en sus diferentes etapas. Así, esta autoridad fue en un primer momento el TDC (Tribunal de Defensa de la Competencia, entre 1989 y 2007). Desde 2007 hasta 2013 fue la CNC (Comisión Nacional de la Competencia), y, desde 2013 hasta la actualidad es la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

⁷ “*There is no honor among thieves*”. AAVV, “The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels”. *International Journal of Industrial Organization*, 2005, pg. 1.

embargo, conviene poner de relieve, como veremos en el apartado siguiente, que la delación⁸ no es una institución que surja del Derecho de la Competencia, sino que ha sido objeto de anterior implementación en otras materias.

En cualquier caso, es preciso en primer lugar ofrecer una definición de delación. Con este término nos referimos, en sentido estricto, a “aquel acto mediante el cual un particular pone en conocimiento de los poderes públicos la comisión de una infracción del ordenamiento jurídico por una o varias personas”, o bien, en un sentido más amplio, se trata de aquel “acto por el que un individuo proporciona a dichos poderes información relevante sobre una violación del ordenamiento jurídico o sus culpables⁹”.

En este sentido, la delación se utilizó originariamente para desarticular organizaciones criminales relacionadas con el tráfico de drogas o con fraudes financieros, entre otros. Así, en esta lucha contra el crimen, lo que se trata es de articular un mecanismo por medio del cual los agentes que incurran en estas conductas cesen en las mismas y delaten a los demás coautores a cambio de un beneficio: una exención de la pena o un trato más clemente a través de reducciones de la pena.

Por lo que se refiere a las ventajas¹⁰ que esta política de clemencia supone para las autoridades y para la sociedad en general, cabe mencionar que: (1) reducen el coste de detectar estas prácticas, (2) acortan el tiempo que se ha de invertir para conseguir las pruebas necesarias para sostener acusaciones y (3) permite el acceso a una información que difícilmente se podría obtener si no es por parte de los directamente implicados en dichas conductas.

Por otra parte, apostar por la delación como institución jurídica también conlleva una serie de riesgos, a saber, la posibilidad de que se interpongan denuncias o acusaciones falsas con la finalidad de dañar los intereses de otro sujeto infundadamente o retrasar la actuación inspectora de

⁸ A lo largo del trabajo se emplearán indistintamente y como sinónimos los términos delación, amnistía o clemencia, ya que son las diferentes formas en que los ordenamientos jurídicos y los principales autores han traducido el término “*Leniency*”.

⁹ Ambas definiciones de delación son extraídas de PASCUAL, D., “La denuncia en el Derecho Público”. *Función Inspectora. Instituto Nacional de Administración Pública*. 2013, pg. 13.

¹⁰ Ventajas extraídas de la tesis de MOLINA GÓMEZ, J., *Hacia la implementación de un Programa de Clemencia en Colombia*. Tesis de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2009, pgs. 28-42.

las autoridades, así como la delicada cuestión de la confidencialidad de la información aportada a las investigaciones. Así, la delación es un juego al que hay que saber jugar.

B. Origen y evolución: de la aplicación de la Teoría de juegos hasta la primera experiencia americana y la llegada a Europa.

1. La política de clemencia explicada a la luz de la Teoría de juegos.

El origen del planteamiento de los programas de clemencia podemos enmarcarlo en la literatura sobre la “teoría de juegos”¹¹ y el conocido “dilema del prisionero”¹². Cabe afirmar que, a la luz de esta teoría, ante un número plural de participantes en el mercado y la interdependencia de sus decisiones, los agentes del mercado actuarán, además de con racionalidad, mediante suposiciones acerca de las elecciones que tomarán los demás¹³.

En este contexto, la introducción de un aliciente para la empresa que revele la existencia de un cártel representa la esencia de los programas de clemencia. Así, este nuevo elemento da lugar a un ambiente de tremenda zozobra e incertidumbre en el mercado, en cuanto cada agente cuenta con dos posibilidades: confesar y cooperar con las autoridades aceptando el incentivo ofrecido o no confesar y continuar en el cártel.

En línea con lo expuesto en párrafos anteriores, la política de clemencia, además de generar desconfianza en el interior del cártel al convertir la confesión en una opción atractiva, genera unos grandes efectos disuasorios que pueden impedir la futura formación de nuevos cárteles. De esta manera, los agentes de mercado podrían abstenerse de participar en estas alianzas ante la

¹¹ La teoría de juegos resulta imprescindible para comprender la esencia de los programas de clemencia. Esta teoría parte de un problema de interacción estratégica en el cual se presentan intereses contrapuestos muy sensibles, de forma que los agentes del mercado se enfrentan a conflictos de intereses y, además, sus decisiones individuales son interdependientes. En tales casos, se entiende que cada agente actúa con racionalidad. SAMÀ, D., *Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program*, Tesis de la LUISS "Guido Carli" University of Rome, 2008, pgs. 1-2.

¹² El ejemplo clásico ilustrativo del dilema es el siguiente: dos prisioneros que han cometido un crimen son interrogados por las autoridades. Las autoridades cuentan con pruebas suficientes para condenarlos a ambos por un delito menor. Sin embargo, les gustaría condenarlos por un delito más grave pero no cuentan con las pruebas necesarias. Por ello, ofrecen a cada sospechoso una sanción inferior si confiesan en primer lugar. ZINGALES, N., “European and American leniency programme: Two models towards convergence?”, *Competition Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2008, pgs. 5-60, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803>

¹³ “La teoría de juegos implica un pensamiento estratégico riguroso. Es el arte de anticiparte al siguiente movimiento de tu oponente, conociendo a la perfección que tu rival va a tratar de hacer lo mismo que tú”. DIXIT, AVINASH K. y NALEBUFF, BARRY J, *Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*, Norton, 1991.

incertidumbre de un posible “chivatazo” de uno de sus socios en cualquier momento, de modo que se obliga a los operadores de los mercados a llevar a cabo un examen de racionalidad económica, un análisis coste-beneficio de incurrir en estas prácticas, forzándoles “a jugar” al referido “dilema del prisionero”.

2. La figura del “*pentito*” en Italia y los primeros intentos de clemencia en EE. UU.

Aunque las primeras experiencias en la política de clemencia surgen en 1973 en EE. UU¹⁴., con una serie de prácticas anticompetitivas basadas en la concesión de inmunidades a cambio de información privilegiada, lo cierto es que los primeros casos en los que se utilizó a un “chivato” o “*pentito*” para dismantelar organizaciones criminales tuvieron lugar en Italia. Sin embargo, en tales casos no estaríamos ante un programa de clemencia propiamente dicho, si bien su funcionamiento se corresponde con el mecanismo en que se inspira la política de clemencia entre los que podemos encontrar grandes similitudes.

Concretamente nos referimos a la conocida como “*legge sui pentiti*”, figura que nace en la década de los 70 y 80 en Italia en un intento por controlar las mafias. De esta manera, la sección 625 de la Ley Cossiga (1979), así como la sección 304 de la citada *Legge sui pentiti* (1982), incluían la posibilidad de una reducción considerable de la pena en el caso que los terroristas colaboraran con la policía y las autoridades judiciales. El nombre de esta institución es el de “*collaboratori di giustizia*” (colaborador de justicia)¹⁵ y con él se hace referencia a aquellas personas que, habiendo formado parte de las organizaciones criminales o terroristas, una vez arrestadas optan por arrepentirse y colaborar para ayudar en la investigación. Esta institución pasó a un primer plano con el conocido como “Maxi Processo” en el que la mayor parte de las pruebas importantes provenían de Tomasso Buscetta, uno de los grandes capos cuyo testimonio fue imprescindible para detener a los demás miembros de la organización criminal.

¹⁴ BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia”, *ICE*, 2014, pgs. 17-36.

¹⁵ BORRELL ARQUÉ, J.R., y JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L., “The Drivers of Antitrust Effectiveness”, *Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública*, nº 185 (2), 2008, pgs. 69-88.

Paralelamente a los programas de delación italianos para combatir a la Mafía siciliana en los años del plomo, en EE. UU. se comenzaron a poner en práctica los primeros programas de clemencia¹⁶. Sin embargo, esta primera experiencia no resultó del todo satisfactoria. Entre los motivos de este fracaso cabe señalar que únicamente eran admitidas las denuncias interpuestas con anterioridad al inicio de la investigación. Por otra parte, la concesión de las ventajas era una potestad de las autoridades concedidas en base a su discrecionalidad. De esta forma, las empresas se mostraron reacias a delatar conductas anticompetitivas sin tener de algún modo asegurada su inmunidad, pues era mínima la motivación para revelar información tan sensible.

Así, tras un primer intento en 1978 que no contó con el éxito esperado, en el año 1993 el Departamento de Justicia de EE. UU. introdujo una serie de reformas significativas en su programa de amnistía con la finalidad de actualizar esta institución y hacerla más atractiva para los agentes del mercado. Por ello se desarrolló el “US Corporate Leniency Program” que aún a día de hoy sigue vigente, y en el que se prevé una amnistía automática¹⁷ para el delator que informa a las autoridades de *Antitrust* sobre las actividades ilegales en que está inmerso. De esta manera, se corrige una de las críticas al anterior modelo y es que esta nueva versión sí distingue en función de si el acogimiento al programa tiene lugar con anterioridad o posterioridad a las investigaciones de las autoridades. En cualquier caso, los rasgos característicos más relevantes de este programa se pondrán de relieve en posteriores apartados.

3. La difusión de la política de clemencia en Europa.

En el continente europeo, las primeras referencias a la defensa de la competencia las encontramos en el Tratado de Roma de 1957, en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), cuyo artículo 3 consagra que “*la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: (...) f) el establecimiento de un régimen que garantice que no se falsea la competencia en el mercado común*”. Así, en este texto

¹⁶ Cabe destacar que los primeros pasos en materia de condonación de cargos se sitúan en Estados Unidos hacia 1978. BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia”, op. cit. pg. 11.

¹⁷ Sección A Corporate Leniency Notice (1993), Department of justice. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. EE.UU 1993

se establece por primera vez la protección del mercado único basado en los cuatro principios rectores de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

Sin embargo, no sería hasta 1996 cuando la Comisión Europea adoptó el programa de clemencia a través de la Comunicación 96/C 207/04¹⁸ (*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*). Esta Comunicación fue modificada en 2002¹⁹ (*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 2006²⁰ con el objetivo de contar con una mayor armonización de la normativa comunitaria, si bien siguen existiendo diferencias en la forma de aplicación en las distintas jurisdicciones.

Cabe destacar que la República Checa, Francia, Bélgica, Irlanda, Eslovaquia, Holanda y Suecia fueron pioneros en esta materia, no sólo dentro de la propia Unión, sino también en comparación con otros países alrededor del mundo, ya que introdujeron sus programas de clemencia entre 1999 y 2002²¹.

En cuanto a España, nuestro país es uno de los que más tardó en incorporar esta política de clemencia, cuestión que tuvo lugar mediante la Ley 5/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En la actualidad todos los países de la Unión Europea, a excepción de Malta, han implementado una política de clemencia. En el gráfico que figura a continuación es posible apreciar como en algo menos de dos décadas la mayoría de los países del mundo han introducido un programa de clemencia como parte de su política de competencia.

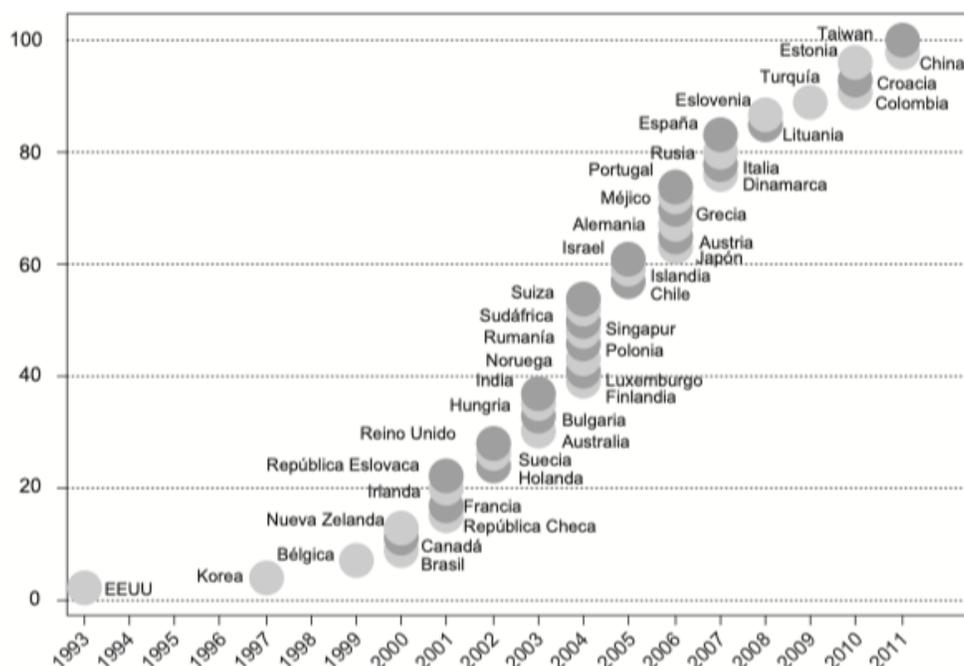
¹⁸ Comunicado de la Comisión (1996) sobre: non-imposition or reduction of fines in cartel cases Official Journal C 207, 18.07.1996 p. 4-6 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

¹⁹ Comunicación de la Comisión CE, de 19 de febrero de 2002 (DOUE 2002 C 45/3).

²⁰ Comunicación de la Comisión CE, de 8 de diciembre de 2006 (DOUE 2006 C 298/17).

²¹ Véase «FIGURA N°1: Difusión de los programas de clemencia». BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA, 2014.

Figura N°1: Difusión de los programas de clemencia en el mundo



Fuente: BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA (2014)

C. Breve comparativa sobre los programas de clemencia en otros países:

1. El programa de clemencia en los Estados Unidos.

En el país pionero en la materia, su *Leniency Program* destaca sobretodo por la amnistía total y automática para los agentes cuando se cumplen una serie de condiciones:

- “1. Al momento de informar la conducta, que la División Antitrust no haya recibido información sobre actividades ilegales allegada por otra fuente.
2. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.
3. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antitrust durante toda la investigación frente a los demás infractores.
4. Que confiese el comportamiento.
5. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.

6. Que la empresa no haya coaccionado a otros a participar en la práctica de la actividad ilícita, y que no haya sido el líder de ella²².”

Estas condiciones son las propias de la *Type A Leniency* o “Clemencia de Tipo A”, que se caracteriza por el hecho de que la denuncia por parte la empresa infractora tiene lugar con anterioridad al inicio de una investigación por las autoridades de competencia.

No obstante, esta no es la única vía para alcanzar la amnistía o reducción de multas, toda vez que pueden distinguirse otros requisitos en el contexto de una investigación ya iniciada. En este caso estaremos ante una *Type B Leniency* o “Clemencia de Tipo B”, la cual exige:

- “1. Que la empresa sea la primera en informar y en aspirar a buscar amnistía por esa actividad ilegal reportada, quedando las demás excluidas de la amnistía.*
- 2. Que la División Antitrust no tenga evidencia suficiente para establecer una posición convincente que los involucre.*
- 3. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.*
- 4. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación respecto de los demás infractores.*
- 5. Que confiese el comportamiento.*
- 6. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.*
- 7. Que la División Antitrust pueda determinar que al otorgar amnistía no resulta injusto para los demás, teniendo en cuenta la ilegalidad del comportamiento, la confesión hecha y el aviso de la empresa. (Aquí tendrán en cuenta cuándo apareció la empresa, si coaccionó a terceros a participar, si fue la líder o no de la actividad.)²³”*

²² Traducción tomada de: VELANDIA CASTRO, M.: “Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992”, artículo 52, n° 4, 2008, pg. 5.

²³ Traducción tomada de: VELANDIA CASTRO, M.: “Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992”, artículo 52, n° 4, 2008, pg. 6.

Otra nota característica del programa norteamericano reside en que no solamente se limita la inmunidad a la persona jurídica, sino que esta se extiende a directores y empleados relacionados con el cártel²⁴, cuya responsabilidad puede resultar atenuada. Asimismo, cabe destacar que el programa no se circunscribe únicamente al ámbito administrativo, sino también al penal, de modo que cualquier posible investigación penal queda cubierta por el programa de clemencia²⁵.

Por otro lado, puede resultar llamativo el amplio margen de discrecionalidad que posee el *Department of Justice* (DOJ) para conceder amnistía total o parcial o imponer multas, gracias a las guías de multas que establecen unos parámetros²⁶ pero al mismo tiempo conceden una gran libertad al DOJ a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea y en nuestro país, como veremos en apartados posteriores.

En esencia, las particularidades del programa estadounidense se encuentran en los siguientes aspectos: el momento en que se produce la confesión, puesto que en caso de tener lugar antes del desarrollo de la investigación la empresa podrá aspirar a una amnistía automática; el gran margen de discrecionalidad que posee el DOJ para las sanciones de aquellas corporaciones que acuden al programa en el marco de una investigación iniciada; y la figura del programa de “Amnistía Plus”²⁷, especialmente relevante en el caso de compañías multinacionales que venden diferentes productos, ya que a través de este instrumento una sola empresa es capaz de descubrir cárteles de múltiples mercados.

Por último, llegados a este punto resulta de interés poner de relieve el éxito de la política de clemencia estadounidense, algo que se refleja en el incremento exponencial de las sanciones

²⁴ En este sentido, el Programa de Clemencia se revisó en 1994 para incluir bajo su paraguas a personas físicas o *individuals*. Así, es posible consultar esta versión del año 1994 del “Programa de Amnistía para Personas individuales” en <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/leniency.htm>.

²⁵ LYNCH, E., “Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective”. *Latham & Watkins*, 2011, pg. 2.

²⁶En este sentido, Sección B de Corporate Leniency Notice. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

²⁷ El programa de Amnistía Plus (*Amnesty Plus*, 1999) ofrece a la empresa miembro de un cártel la posibilidad de confesar infracciones contra la competencia anteriores y que impliquen otros productos diferentes. A través de esta figura se pretenden destapar cárteles relacionados con la empresa infractora, pero que involucren a diferentes productos e industrias, de modo que se ofrecen estímulos e incentivos para que confiesen actuaciones contra la competencia que a menudo son de carácter trasnacional. En este sentido, BARNETT, T: “Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model”. Discurso público en Nueva York, 14 de septiembre de 2006.

impuestas, que han pasado de los 350 millones de dólares del año 2003 hasta los 1.140 millones del 2012. Del mismo modo, autores como Miller²⁸ presenta en su análisis que la introducción de este modelo ha reducido la tasa de formación de cárteles en un 59% y la tasa de detección en un 62%.

2. Los programas de clemencia en Latinoamérica.

Los programas de clemencia en los países de América Latina, al igual que los europeos, están en buena medida inspirados en el modelo norteamericano. Sin embargo, en este apartado pondremos de manifiesto las diferencias más significativas, así como los aspectos más relevantes de la política de clemencia en estos territorios.

En primer lugar, cabe hacer referencia al caso de Brasil. Se trata del país pionero en la región²⁹ y, además, es el que más similitudes guarda con respecto al programa estadounidense. En este sentido, en Brasil existe una sanción penal como consecuencia de conductas anticompetitivas³⁰, de modo que el denominado “Programa de Indulgencia” brasileño se extiende, además de al ámbito administrativo, al penal, protegiendo de un eventual proceso criminal a las empresas infractoras que cooperen con las autoridades de competencia.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que al programa pueden acogerse tanto personas físicas como jurídicas (corporaciones) y que el primer agente que denuncie ante las autoridades no va a obtener la exención de manera automática, sino que dependerá de si existía con anterioridad investigación abierta o no. En el supuesto de que se hubiera iniciado una investigación, las reducciones de las sanciones³¹ oscilan entre el 30 y el 100%.

²⁸ MILLER, N. H., "Strategic Leniency and Cartel Enforcement." *American Economic Review*, nº 99, 2009, pgs. 750-768.

²⁹ En el año 2000 se modificó el artículo 35 de la *Lei* 8, 884 de 1994 con la finalidad de introducir el programa de clemencia en su normativa de competencia. Este programa sería revisado en el año 2006. El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) junto con la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (SDE) son los encargados de su ejecución y administración.

³⁰ Así lo determina la Ley No. 8, 137/90

³¹ Extraído del trabajo KLOUB, J.: “Latinamerican Competition Forum: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”. *Latin American Competition Forum*, OCDE, 2009, pgs. 67-148.

Diferencias más significativas respecto al modelo norteamericano presenta, entre otros, el programa chileno³² de clemencia o, como es denominado, su “Programa de Delación Compensada”, en cuanto no distingue a la hora de sancionar si se ha iniciado o no la investigación. Igualmente, puede resultar curioso en el caso de Chile el hecho de que solo se contemplen beneficios para los dos primeros delatores. Por su parte, del programa de Perú llama la atención el hecho de que este se extienda sólo al ámbito administrativo, sin abarcar exenciones de responsabilidad civil o penal.

En el cuadro que figura a continuación es posible apreciar las características sustanciales de la política de clemencia de algunas de las principales jurisdicciones de Latinoamérica a las que hemos hecho referencia en párrafos anteriores.

³² Su programa de clemencia fue creado en el año 2009 y está regulado en el Texto Refundido del Decreto Ley 211 que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en su artículo 39 bis. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=>

FIGURA N°2: Cuadro comparativo de los programas de clemencia de Chile, Colombia, México y Perú

Características de los beneficios	CHILE Programa de Delación Compensada	COLOMBIA Programa de Beneficios por Colaboración	MÉXICO Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones	PERÚ Programa de Clemencia
Al PRIMERO que presenta la solicitud	Exime de sanción de disolución de la empresa, de la multa en 100% y de la responsabilidad penal por colusión	Antes del inicio de investigaciones o diligencias: Exoneración del 100% de la multa. Reducción de 40% de la multa a imponer en proceso penal. Después del inicio de investigaciones o diligencias: Reducción de la pena en 1/3, y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.	Antes del inicio de investigaciones o diligencias: Reducción máxima de la multa (solo pagaría un salario mínimo vigente). Después del inicio de investigaciones o diligencias: Se libera de inhabilitación y de responsabilidad penal.	Antes del inicio de investigaciones o diligencias: Exoneración total de sanción (100% de multa y no imposición de las medidas correctivas de restitución). Después del inicio de investigaciones o diligencias: Exoneración de entre el 50% y hasta el 100% de la multa. (no debe haberse iniciado proceso administrativo sancionador)
Al SEGUNDO que presenta la solicitud	Reducción del 50% de la multa y una rebaja de la pena que corresponde al delito de colusión	Antes del inicio de investigaciones o diligencias: Reducción entre el 30% y 50% de la multa a imponer.	Reducción de multa el 30% y 50% Se libera de inhabilitación y de responsabilidad penal.	Después del inicio de investigaciones o diligencias: Reducción entre un 30% hasta un 50% de la multa (luego de iniciado el proceso).
Al TERCERO que presenta la solicitud	No se regula este supuesto.	Reducción hasta el 25% de la multa a imponer	Reducción de multa entre el 20% y 30% Se libera de inhabilitación y de responsabilidad penal.	Después del inicio de investigaciones o diligencias: Reducción de entre un 20% y 30% (luego de iniciado el proceso)
Siguientes delatores	No se regula este supuesto.	Reducción hasta el 25% de la multa a imponer.	Reducción hasta del 20% de la multa.	Reducción de hasta el 20% de la multa.
Abarca exención de RESPONSABILIDAD PENAL	Sí. Solo para el primer delator. Al segundo se le aplica reducción de pena.	Sí, parcialmente. Se puede reducir la pena en ½ solo para el que se benefició de la exención total de la multa.	Sí. Para todos los delatores.	No. Es posible interponer acción penal. Aunque varias acciones que antes eran consideradas delitos, ya no lo son.
Abarca exención de RESPONSABILIDAD CIVIL	No. Es posible interponer acción en la vía civil.	No. Es posible interponer acción en la vía civil.	No. Es posible interponer acción por daños y perjuicios.	No. Quien considere que ha sido perjudicado podrá demandar en la vía civil.

Fuente: DURAND VÁSQUEZ (2018)³³

³³ DURAND VÁSQUEZ, P., “Los Beneficios de los Programas de Clemencia en Chile, Colombia, España, México y Perú”. *Informe de investigación del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria de Perú*, n°21, 2018, pg. 15.

3. Los programas de clemencia canadiense³⁴ y australiano.

Los tres principios básicos sobre los que se asienta la normativa canadiense, muy influenciada por la estadounidense, son: automaticidad, transparencia y confidencialidad. En este sentido, es preciso señalar que, a pesar de que en la práctica la política de clemencia venía implementándose desde 1991, no fue hasta el año 2000 cuando su Oficina de Competencia publicó el denominado “Boletín del 2000” en el que se establecían las características fundamentales de su programa de inmunidad. Tras varias modificaciones, en la actualidad se rige por el “Boletín de 2007”.

El modelo de clemencia de Australia resulta interesante en la medida en que difiere del programa de EE. UU. Su principal nota característica es la existencia de dos programas: uno dirigido a empresas y otro para administradores, directivos y empleados. Además de lo anterior, este programa destaca por otros dos motivos que llaman la atención con respecto a las jurisdicciones analizadas hasta el momento. En primer lugar, los programas australianos no cuentan con requisitos, sino con directrices. Así, la clemencia es totalmente discrecional por parte de las autoridades y no automática, existiendo una mayor flexibilidad por parte de las autoridades. En segundo lugar, cabe destacar que, aunque se tiene en consideración el momento en que acude la empresa, no se establece como requisito para la inmunidad el que la empresa sea la primera en acudir a las autoridades de competencia.

En cuanto a las formas de clemencia en Australia, estas van desde posibles reducciones en la cuantía de las multas hasta la inmunidad frente a estas multas y delitos, si bien es el Fiscal General quien concede la clemencia en este último supuesto.

³⁴ Las notas características de los programas de Canadá y Australia han sido recogidas de ILUNDÁIN FANTOVA, S., “Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia”, *Universidad San Pablo CEU*, nº 2, 2002, pgs. 1-6, disponible en <http://dspace.ceu.es/handle/10637/3075>

III. EL RÉGIMEN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL.

A. Antecedentes: los programas de clemencia en el Derecho de la Unión Europea. Evolución a través de las Comunicaciones comunitarias.

A grandes rasgos, es preciso señalar que los programas de clemencia europeos están enormemente inspirados por el modelo norteamericano, del cual heredan buena parte de su esencia³⁵. A nivel comunitario, estos programas constituyen una de las herramientas más importantes y eficaces para la detección y el desmantelamiento de cárteles, y su desarrollo ha tenido lugar a través de una serie de Comunicaciones realizadas por la Comisión que podemos situar en tres momentos diferentes del tiempo, las cuales serán objeto de análisis y explicación a continuación.

En primer lugar, resulta conveniente hacer referencia a la norma que, en términos generales, prohíbe a nivel comunitario “*las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio (...)*”, que no es otra que el art. 101³⁶ TFUE. A pesar de que el precepto no se refiere de manera expresa a los cárteles, pues no contiene de forma explícita el término “cártel”, sí se puede deducir de su contenido la ilicitud y nulidad de aquellos acuerdos entre empresas que resulten contrarios a la competencia, dentro de los que sin duda se subsumen los cárteles.

Así las cosas, cabe destacar que en relación con estos preceptos existen dos Reglamentos básicos. Por un lado, el Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea³⁷ (en adelante, “Reglamento 1/2003”) y el Reglamento 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, “Reglamento 773/2004”), siendo este último modificado por el Reglamento (UE) 2015/1348, de especial relevancia para nuestros intereses, pues se trata de la primera regulación expresa en un

³⁵ Las principales características de los programas europeos de clemencia han sido extraídas de AAVV, “Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia”, op. Cit. pg. 11.

³⁶ Antiguo artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, “TCE”).

³⁷ Se corresponden con los actuales artículos 101 y 102 del TFUE.

acto jurídico típico del Programa de Clemencia³⁸. Hasta ese momento, únicamente existían las tres Comunicaciones que brevemente abordaremos en los próximos párrafos.

1. Comunicación de la Comisión de 1996³⁹

La Comunicación del año 1996 constituyó la primera manifestación de los Programas de Clemencia a nivel comunitario. En ella se establecían las bases de la política de clemencia europea, señalando algunas de sus directrices: el deber de la infractora que confiesa de cesar en las prácticas anticompetitivas como parte del cártel, así como el deber de colaboración permanente y completo con la Comisión, entre otros.

Por lo que se refiere a las exenciones y reducciones, estas dependerían del momento en que se facilitaran las pruebas. Así, en caso de que se aporten antes del inicio de la investigación por parte de la Comisión, se garantizaba la dispensa de la multa. El resto de empresas, gozarían de reducciones de entre el 20 y 50% en caso de cooperar con la Comisión⁴⁰. No obstante, esta Comunicación fue objeto de numerosas críticas debido a la falta de concreción de algunos de los aspectos más importantes del proceso, como el tipo de información a aportar, lo que generó incertidumbre para quienes se plantearon la decisión de acogerse al programa.

2. Comunicación de la Comisión de 2002⁴¹

La Comunicación de 2002 venía a solucionar la incertidumbre suscitada a raíz de la Comunicación anterior y a introducir algunas novedades significativas. Entre los nuevos aspectos, destacaba la

³⁸ El Reglamento 2015/1348 sustituye el Reglamento 773/2004. Además, supone la primera regulación expresa del Programa de Clemencia en un acto jurídico típico, al incluir el art. 4 bis con el título “Programas de Clemencia de la Comisión”.

Las Comunicaciones no son actos jurídicos típicos, sino que son atípicos, en cuanto no se encuadran en las categorías de acto jurídico, sino que se enmarcan en el art. 352 TFUE. MILLÁN MORO, L., “El Ordenamiento jurídico Comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº36, 2010, pg. 404.

³⁹ 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. Comunicación 96/C 207/04.

⁴⁰ Apartado 19 de la Comunicación de 1996: “...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 %”.

⁴¹ 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. Comunicación 2002/C 45/03.

inmunidad provisional del apartado 15⁴² o la nueva escala de reducciones de la sanción en función del orden de llegada de las empresas. Así, por primera vez se señalaban diferentes rangos en atención al momento en que se acudiera a la Comisión: reducción de entre el 30 y 50% para la primera empresa en acogerse a la clemencia, de entre el 20 y 30% para la segunda, y de entre el 0 y 20% para las siguientes. Sin embargo, seguía existiendo cierta incertidumbre en cuanto al importe de las multas en cuanto sigue tratándose de escalas y no de porcentajes fijos.

El primer cártel en que se aplicó esta nueva Comunicación de 2002 fue el asunto *Tabaco crudo Italia*⁴³, en el que varios operadores del mercado italiano del tabaco fueron sancionados por coludir en los precios pagados a productores e intermediarios.

3. Comunicación de la Comisión de 2006⁴⁴

La Comunicación del 2006, además de ofrecer una mayor claridad y transparencia, abordaba extremos que las empresas consideraban fundamentales tras una década de experiencia de política de clemencia en nuestro continente. Entre otras novedades, el apartado 14 regulaba el *marker*, o, en otras palabras, el “indicador” para reservar su puesto. Así, las empresas podrían 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*”.

Más polémica resultó la determinación de la Comisión Europea de hacer públicas las declaraciones y pruebas practicadas en el marco de un programa de clemencia, pues ello colocaría a las empresas en desventaja de cara a un eventual procedimiento civil en que se ejercitase una acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Todo esto provocó que muchas empresas dudaran sobre si colaborar o no. De este modo, surgían las primeras grietas entre el interés público (programas de clemencia) y el privado (acciones de resarcimiento de daños y perjuicio) en la aplicación del Derecho de la Competencia.

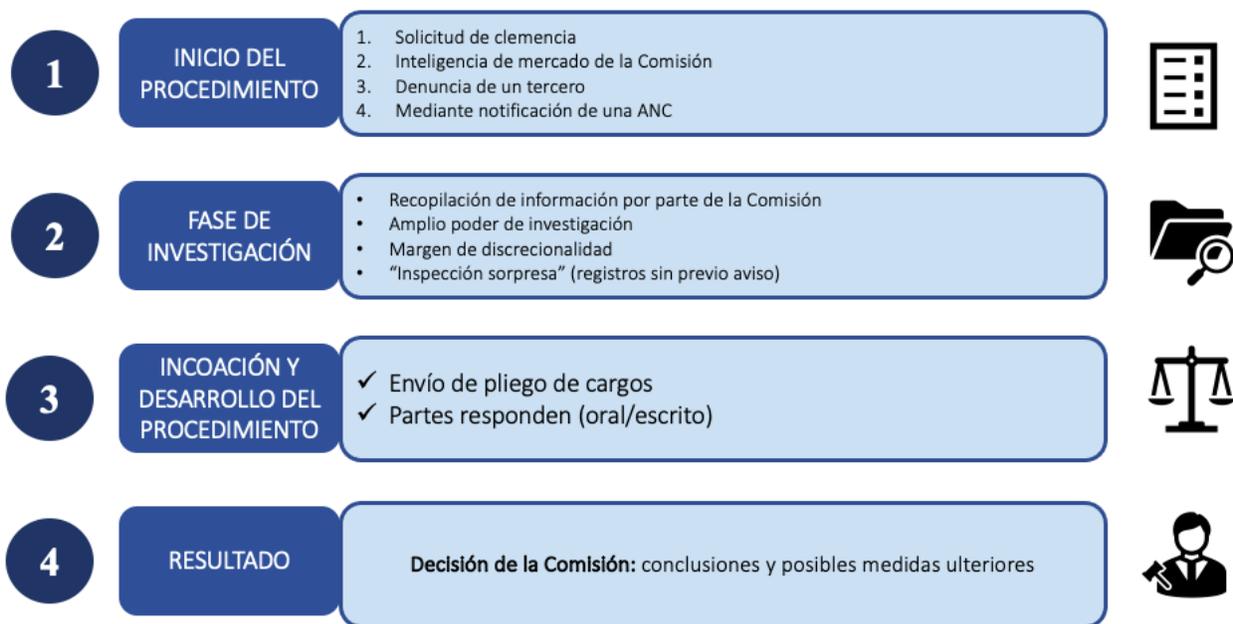
⁴² Esta inmunidad provisional plantea la posibilidad de que se conceda la dispensa de la multa, sin perjuicio de que “*al término del procedimiento administrativo, si la empresa ha cumplido los requisitos que establece el punto 11, la Comisión la dispensará del pago de la multa en la decisión correspondiente*” (apartado 19 de la Comunicación).

⁴³ Asunto COMP/C.38.281/B.2 - *Tabaco crudo Italia*.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 8 de diciembre de 2006. Comunicación 2006/C 298/11.

En cuanto al procedimiento administrativo llevado a cabo por la Comisión, cabe destacar que en el siguiente esquema, elaborado a partir del Reglamento (UE) 2015/1348, se muestran las diferentes fases que podemos distinguir: una etapa inicial (la empresa se desvincula de las conductas prohibidas y aporta la información a la Comisión), una fase de investigación (a partir de las pruebas aportadas se llevan a cabo actuaciones inspectoras), una etapa de desarrollo del procedimiento en sentido estricto (con el envío del pliego de cargos y citación a las partes) y una última fase en la que, si la actuación es culpable, se impone la multa (con la aplicación de la dispensa de pago o reducción, en caso de que proceda).

FIGURA N°3: Esquema resumen del procedimiento de clemencia comunitario



Fuente: elaboración propia a partir del Reglamento (UE) 2015/1348

B. Consideraciones generales del programa de clemencia español.

La llegada a España del programa de clemencia tuvo lugar en el año 2007, al incluir los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC") una referencia expresa al mismo. Sin embargo, no fue hasta el 28 de febrero de 2008 con la entrada en vigor del Real Decreto 261/2008 por el que se aprobaba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, "RDC"), cuando resultó posible su aplicación efectiva, toda vez que este RDC permitía desarrollar el contenido de los artículos 46 a 53 LDC.

En comparación con otros países de nuestro entorno más cercano, puede considerarse que el programa de clemencia español es algo tardío⁴⁵, si bien este retraso permitió a las autoridades de competencia españolas beneficiarse de la experiencia de otras jurisdicciones. En cualquier caso, conviene recordar que los resultados obtenidos desde su implementación hasta el día de hoy dan buena prueba de su efectividad en la lucha contra los cárteles, aunque esta cuestión será objeto de un análisis con mayor detenimiento en el último de los epígrafes del proyecto.

C. Características principales y diferencias con otros programas de clemencia.

Aunque encuentra su inspiración en el sistema comunitario, el modelo español presenta una serie de características propias. Por lo que se refiere a su ámbito objetivo, el concepto de cártel de la Disposición Adicional Cuarta LDC expuesto en la introducción se refiere únicamente a ciertos acuerdos secretos contemplados en el art. 1 LDC⁴⁶, resultando más restrictivo que el programa europeo⁴⁷.

Por otra parte, en el ámbito subjetivo existen diferencias más sustanciales. El sistema español de clemencia considera sujetos infractores tanto a las personas jurídicas como a determinadas personas físicas que intervienen en la conducta prohibida (art. 61 LDC). Además, estas podrán ser sancionadas con hasta 60.000 euros de multa (art. 63.2 LDC⁴⁸). Del mismo modo, tanto en la LDC (arts. 65 y 66) como en el RDC (arts. 46 y ss.) se establece la posibilidad de que sea una persona física quien presente la solicitud de clemencia. Asimismo, cabe destacar que, del mismo modo que pueden ser sancionados, la exención o reducción de la multa también podrá beneficiar a las personas físicas que hubieran sido sancionadas como consecuencia del procedimiento (art. 65.3 LDC). En este sentido, abrir a ciertos directivos, representantes legales o participantes en las

⁴⁵ En este sentido, nos remitimos a la FIGURA N°1: “Difusión de los programas de clemencia en el mundo”, en la pág. 11 del presente trabajo.

⁴⁶ “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”.

⁴⁷ 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, pgs. 323-356.

⁴⁸ Art. 63.2 LDC: “Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta”.

conductas colusorias (personas físicas), la posibilidad de iniciar el procedimiento de clemencia se plantea como una opción bastante atractiva, en cuanto, ante la existencia del riesgo de ser sancionados, acudir a las autoridades de competencia y “confesar” supone para la CNMC otra fuente de detección de cárteles.

Una cuestión interesante en el marco del programa español son las competencias asumidas por las autoridades autonómicas de competencia, en la medida en que también pueden aplicar el programa de clemencia. Así se establece en 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.

En cuanto a las reducciones del importe de la multa en el Programa español (art. 66.2 LDC), se articulan tres niveles de la misma forma que sucede en el modelo comunitario:

- a) Reducción de entre el 30 y el 50 por ciento para la primera empresa o persona física que acuda y cumpla los requisitos del art. 66.1 LDC.
- b) Reducción de entre el 20 y el 30 por ciento para la segunda empresa o persona física.
- c) Reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa para la tercera o sucesivas empresas o personas físicas.

Los requisitos a que nos referimos en el párrafo anterior son los siguientes (art. 66.1 LDC):

- a) Que faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquellos de los que ya dispongan la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y
- b) Que cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior⁴⁹.

⁴⁹ Estos son (art. 65.2 LDC): a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación. b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección. c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

D. La solicitud de clemencia en el programa español.

Por lo que se refiere al procedimiento, el órgano encargado de recibir la solicitud es la Dirección de Investigación de la CNMC (apartado 18 de la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la CNMC). En cuanto a la modalidad de la solicitud, esta podrá ser de forma escrita o verbalmente, mediante una declaración ante los funcionarios de la CNMC (art. 46.3 RDC), si bien deberá ir acompañada de los elementos de prueba del cártel señalados en ese precepto.

Con independencia de la modalidad escogida, la solicitud deberá contener la siguiente información (Anexo I de la Comunicación de la CNMC): identificación del solicitante; información relativa a los demás partícipes del 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 cártel. En cualquier caso, es posible que la CNMC, previa petición motivada del solicitante, conceda un plazo para la presentación de esta información.

Por último, cabe destacar la existencia de un Registro Electrónico de la CNMC en el cual es posible registrar la solicitud. En caso de optar por esta alternativa, se genera un resguardo de la solicitud en que constan la fecha y hora de la presentación⁵⁰, cuestión de vital importancia para los interesados en cuanto de su orden depende la reducción o exención de la sanción.

IV. PRINCIPALES DESAFÍOS DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA ACTUALIDAD

A. La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*. Planteamiento.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo, los cárteles y sus inherentes conductas anticompetitivas suponen enormes perjuicios para el normal desarrollo de los mercados,

⁵⁰ Este resguardo es válido a efectos del art. 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.

razón por la cual las autoridades de competencia centran sus esfuerzos en poner fin a estas prácticas y restablecer las condiciones óptimas para la libre competencia.

Sin embargo, además de su indudable impacto negativo en el desarrollo normal de los mercados, estas prácticas generan perjuicios concretos e individualizables que afectan a personas físicas y jurídicas que tienen derecho a obtener la correspondiente indemnización mediante el ejercicio de una acción privada como consecuencia de estos ilícitos anticompetitivos o *antitrust*.

Así, frente a una misma actuación anticompetitiva nos encontramos con una dualidad de mecanismos que actúan a diferentes niveles. Por un lado, las autoridades nacionales de competencia, en el marco de los programas de clemencia, que persiguen la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia (aplicación pública o *public enforcement*). Por otro lado, las víctimas de los cárteles, que pueden ejercer su derecho a ser indemnizadas por los infractores a través de una acción de resarcimiento de daños (aplicación privada).

En principio, ambos instrumentos persiguen el mismo objetivo, esto es, incrementar el cumplimiento de la normativa de Defensa de la Competencia⁵¹. No obstante, estos entran en contradicción cuando los particulares, víctimas de los cárteles, pretenden hacer uso de la información obtenida en el marco de un programa de clemencia o decidan esperar a la conclusión de un expediente sancionador para tener conocimiento de las empresas infractoras, apoyarse en la decisión de la autoridad y así probar más fácilmente la existencia del ilícito⁵². En estos supuestos la acción civil de resarcimiento de daños recibe el nombre de demanda o acción “sucesiva” o “de seguimiento” (*follow-on claim*)⁵³, en la medida en que la acción se proyecta de forma sucesiva a la pública.

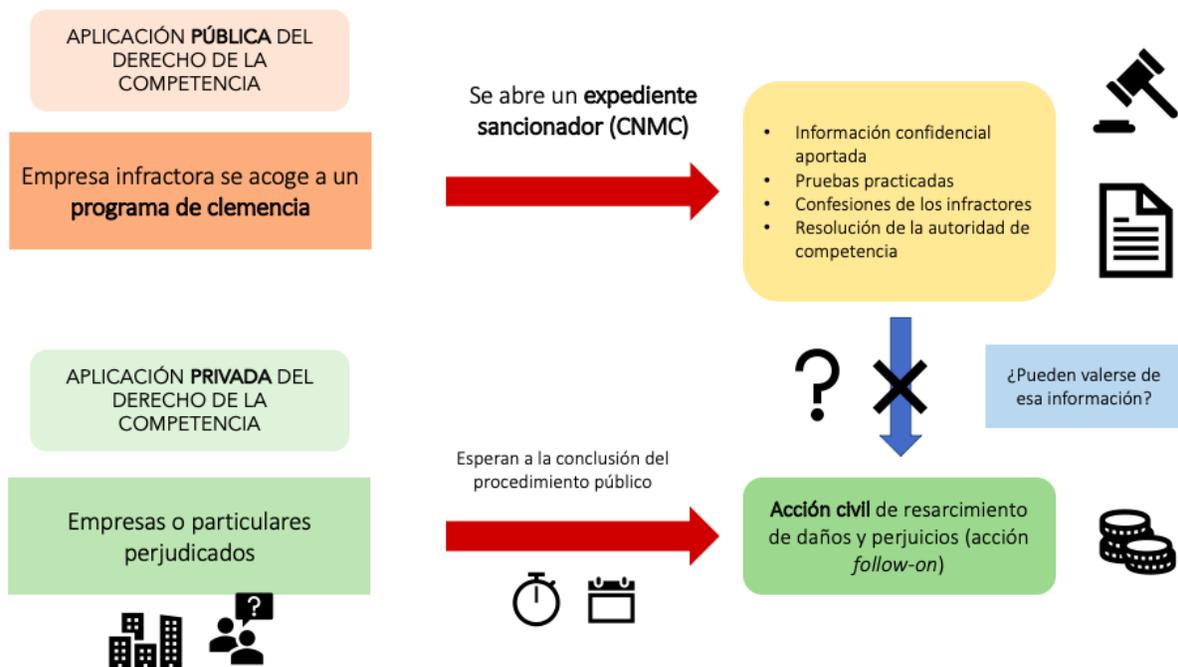
⁵¹ PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”. *Revista para el Análisis del Derecho: Indret*, nº1, 2013, pg. 4.

⁵² Un ejemplo claro en el que las empresas que hicieron uso del programa de clemencia quedaron expuestas a que los perjudicados interpusieran acciones de resarcimiento de daños fue el caso inglés *Emerson Electric Company and others vs. Morgan Crucible Plc (2007)*. El procedimiento completo hasta llegar a la Sentencia del *Competition Appeal Tribunal* de 16.11.2007 está disponible en <http://www.catribunal.org.uk/237-639/1077-5-7-07-Emerson-Electric-Co-and-others.html>

⁵³ FERNÁNDEZ TORRES, I., “Los programas de clemencia y la interacción con las demandas de indemnización por daños y perjuicios. A propósito de la Resolución de la CNC, de 21 de enero de 2010 (Expte. 5/0084/08 Fabricantes del Gel)”, *RCD*, 8, 2011, pgs. 241-258.

En cualquier caso, conviene aclarar que el problema se plantea respecto de las acciones de daños en su modalidad de “acciones de seguimiento”. Así, en contraposición con las “acciones independientes” (*stand-alone claims*), las de seguimiento pretenden una tutela privada de tipo indemnizatorio añadida o complementaria a la represión previa del ilícito –del mismo ilícito– por parte de una autoridad de la competencia⁵⁴. Su ejercicio plantea una mayor complejidad en cuanto implica que el ordenamiento reaccione en dos momentos sucesivos frente a un mismo ilícito, activando de este modo dos sistemas de aplicación, el público y el privado, que deben coordinarse. Se trata, por lo tanto, de un problema de coordinación.

FIGURA N°4: Esquema explicativo de la relación entre la clemencia y reparación de daños



Fuente: elaboración propia

⁵⁴ YANES YANES, P., “Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: Una aproximación”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pgs. 1140-1162.

En este sentido, es preciso destacar que la jurisprudencia comunitaria puso de relieve la necesidad de abordar este asunto como una cuestión de coordinación en dos ocasiones⁵⁵, primero en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001, en el caso *Courage*⁵⁶, y más tarde en la Sentencia de 13 de julio de 2006, en el caso *Manfredi*⁵⁷.

Cabe recordar que este problema mereció la elaboración de un Libro Verde en un primer momento (*Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁵⁸), y de un Libro Blanco posteriormente (*Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁵⁹) en el que se establece que, si bien el mayor atractivo de los programas de clemencia es la exoneración o reducción de la multa administrativa, resulta igualmente importante a modo de incentivo las condiciones que se ofrecen a los infractores, esto es, confianza y confidencialidad.

B. La delicada cuestión de la confidencialidad de la información y las propuestas de solución para coordinar los programas de clemencia y las acciones de resarcimiento de daños.

Bajo las premisas expuestas en el apartado anterior, cabe preguntarnos si es posible una coexistencia eficaz entre clemencia y reparación⁶⁰. Es preciso recordar que la referida eficacia

⁵⁵ En estos dos casos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que cualquier persona o empresa tiene derecho a interponer una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios frente a la empresa o empresas que le hubiesen causado ese daño como consecuencia de una vulneración de la normativa comunitaria de defensa de la competencia.

⁵⁶ Asunto C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan y Bernard Crehan c. Courage Ltd* y otros.

⁵⁷ Asunto C-295/04 (y acumulados C-296/04, C-297/04 y C-298/04), *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*.

⁵⁸ COM(2005) 672 final, 19.12.2005. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>.

⁵⁹ COM(2008) 165 final, 2.4.2008. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>.

⁶⁰ Un caso en el que el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse aclarando las relaciones entre la aplicación pública y privada del Derecho en esta materia fue en la Sentencia de 14.6.2011, caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*. Sin embargo, en esta resolución, el TJUE concluyó que las condiciones de la posible autorización o denegación de acceso a la documentación aportada en el marco de una solicitud de clemencia han de ser establecidas por los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro, de acuerdo con su normativa interna y ponderando en todo caso los intereses protegidos por el Derecho comunitario. MARTI MOYA (2012, pp. 229-237).

El origen de esta resolución se encuentra en la imposición de una multa de 72 millones de euros a los tres fabricantes de papel decorativo más importantes de Europa como consecuencia de diferentes acuerdos de fijación de precios y limitación de sus capacidades de producción, prácticas contrarias a lo dispuesto en el art. 101 TFUE. Al tener conocimiento de este cártel, *Pfleiderer*, cliente habitual de las empresas que constituían el cártel y empresa afectada por estos acuerdos colusorios en una cantidad cercana a setenta millones de euros, solicitó al *Bundeskartellamt*, la

queda en entredicho como consecuencia de la pérdida de atractivo de los programas de clemencia. De esta manera, lo que se pretende en cierto modo es que los miembros de un cártel sean protegidos, en la medida posible, con respecto a los potenciales demandantes de un resarcimiento de los daños causados por el cártel, en cuanto a la divulgación de sus declaraciones en el marco de un programa de clemencia. De lo contrario, las empresas no estarían predispuestas a cooperar con las autoridades competentes, si después de cooperar se pueden ver expuestas a demandas cuantiosas por resarcimiento de los daños, cuando precisamente la razón por la que deciden cooperar es para evitar las altas multas.

Así, tanto las empresas que acuden a los programas de clemencia como las autoridades públicas de competencia comparten el interés común del tratamiento confidencial de la información que resulta como consecuencia de su cooperación⁶¹. Del mismo modo, se persigue evitar que un creciente número⁶² de demandas *follow-on* incidan negativamente sobre las políticas de clemencia.

Esta cuestión fue en gran medida resuelta por la *Directiva 2014/104/UE 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*⁶³ (en adelante, “**Directiva de daños**” o “**DD**”), pero hasta la llegada de esa regulación la Comisión Europea, a través de una Comunicación⁶⁴, planteó una serie de soluciones en forma de Propuesta de Directiva.

autoridad alemana competente a nivel federal para la defensa de la competencia, acceso al expediente sancionador y a las pruebas aportadas para elaborar su demanda civil de resarcimiento por daños y perjuicios (acción *follow-on*). En este contexto, la autoridad alemana de competencia respondió aportando tres resoluciones y alguna de la documentación aportado, a lo que la empresa volvió a responder solicitando el acceso a la totalidad de los documentos del procedimiento. Así las cosas, el *Bundeskartellamt* denegó esta solicitud y *Pfleiderer* recurrió esta decisión al Juzgado de Bonn, que acabó por interponer una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) en la que planteaba si se puede considerar como una vulneración de la normativa europea de competencia el hecho de obviar la confidencialidad de las solicitudes de clemencia en procedimientos civiles de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de los ilícitos *antitrust*.

⁶¹ En este sentido, conviene precisar que los programas de clemencia no pueden conllevar una inmunidad en el ámbito de las demandas privadas de resarcimiento, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE referida (caso *Courage* y caso *Manfredi*).

⁶² Véase MARCOS, F.: “¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española”, 2012 pgs. 1-10, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025887

⁶³ DOUE L 349/1, 5.12.2014

⁶⁴ 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.

El principal objetivo no era otro que garantizar un ejercicio uniforme en toda la Unión del derecho de las víctimas a su pleno resarcimiento, al tiempo que este ejercicio no interfiriera en la actividad de las autoridades reguladoras en su aplicación efectiva del Derecho de la competencia. A través de esta Comunicación⁶⁵ y Propuesta de Directiva⁶⁶ lo que se pretendía era armonizar las normas relativas a la responsabilidad civil en materia de competencia, tratando de que todos los Estados miembros contengan, una vez traspuesta la Directiva a su ordenamiento, disposiciones similares que prevengan sentencias contradictorias y la inseguridad jurídica que ello acarrea.

En este contexto, las principales medidas que formaban parte de la Propuesta, en cuanto antesala de la Directiva de daños, fueron las siguientes. En primer lugar, en relación con los medios de prueba, la principal dificultad para ejercer la acción civil radicaba en que, por aplicación del principio dispositivo de los procesos civiles, algunos tribunales nacionales sólo podían examinar las pruebas aportadas por las partes. De este modo, los medios de prueba requeridos para fundamentar su demanda, en muchas ocasiones no se encontraban al alcance de los demandantes, sino de los demandados o de terceros (autoridades nacionales de competencia). Así, en la Propuesta se contemplaba que el Juez nacional pudiera ordenar la aportación de esta información cuando resultara necesaria, si bien sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad. Del mismo modo, se establecía que las decisiones de las autoridades nacionales de competencia tuvieran eficacia probatoria en posteriores reclamaciones de daños y perjuicios. Por último, se incluía una presunción refutable de que los cárteles provocan daños.

En cuanto a la prescripción de las acciones, se establecía un plazo de 5 años a contar desde el conocimiento de la infracción, el perjuicio y la identidad del infractor. En aquellos supuestos de infracciones repetidas, el cómputo se iniciaría tras el cese de estas. La finalidad de esta propuesta no parecía otra que la de ofrecer a las víctimas una oportunidad y un periodo de tiempo razonable para interponer sus demandas.

⁶⁵ La Comunicación fue acompañada por una Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE.

⁶⁶ 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).

Por lo que se refiere a la cuantificación del perjuicio, esta tendría lugar de acuerdo con las normas nacionales, si bien rigiéndose por los principios de equivalencia y eficacia. Por otra parte, se contempla el resarcimiento tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

Asimismo, cabe señalar el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre todas las empresas que formaban parte del cártel. No obstante, se contemplaba la excepción de aquellas que se hubieran acogido a un programa de clemencia, en la medida en que estas únicamente responderían por los perjuicios causados a sus propios compradores o proveedores.

Por último, es preciso destacar, como novedad a lo anterior, que una de las medidas propuestas incluía la denominada como “defensa *passing-on*”. Esta propuesta consiste en que la infractora podría argumentar la repercusión del sobreprecio al siguiente nivel de la cadena de comercialización del producto como una excepción frente a la reclamación de daños. En cualquier caso, se trataría de una medida contemplada de forma restrictiva, de forma que la carga de la prueba recaiga sobre la empresa demandada que sostenga este argumento.

C. La Directiva de daños 2014/104 y su trasposición al Ordenamiento español.

La referida Directiva 2014/104/UE (“Directiva de daños”)⁶⁷ se pronuncia, en sus previsiones, acerca de este delicado pero necesario equilibrio entre el *private enforcement*⁶⁸ y los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles. En ella se plasman todas las medidas mencionadas en el epígrafe anterior y contenidas en la Propuesta de Directiva.

Así las cosas, en sus artículos 5 y 6 se establece el régimen de acceso de los perjudicados a los medios de prueba. En primer lugar, el artículo 5 formula una regla general de acceso a las fuentes de prueba en favor de los demandantes de daños, en virtud de la cual “*los órganos jurisdiccionales nacionales [pueden] ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes*

⁶⁷ Directiva 2014/104/UE 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.

⁶⁸ Se trata de otra expresión para referirnos a la aplicación privada del Derecho, en este caso, la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios.

que tenga en su poder” (apartado 1), siempre “bajo su estricta supervisión”⁶⁹. No obstante, los apartados 2 y 3 de este artículo 5 se encargan de precisar una serie de requisitos a tener en consideración, a saber:

“2. [...] lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada.

3. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas 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. En particular, tendrán en cuenta:

a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas;

b) el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento;

c) si las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial.”

Por su parte, el artículo 6 DD se encarga de establecer unas reglas especiales de acceso a los expedientes *antitrust*. Este precepto regula el acceso a las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de competencia, teniendo en cuenta tanto las normas generales de exhibición (las señaladas en el artículo 5 DD) como las normas en materia de acceso público a los documentos⁷⁰.

En este contexto, la DD establece varios niveles de protección del expediente *antitrust*:

A) Un primer nivel, de protección máxima, que blinda los elementos clave del procedimiento (*black list*). Se consideran como tales: a) las declaraciones en el marco de un programa de

⁶⁹ Considerando 16 de la Directiva 2014/104

⁷⁰ Normas contenidas en el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

clemencia⁷¹, y b) las solicitudes de transacción⁷². En cuanto a ellos, la DD establece a los Estados miembro la obligación de velar por que “*los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero*” su exhibición.

- B) Un segundo nivel, de protección media (*greek list*), del que forman parte aquellas pruebas que solo podrían recabarse tras la conclusión del procedimiento *antitrust*. La DD autoriza su exhibición “*únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo*”.
- C) Un tercer y último nivel, de protección mínima (*white list*), en el que se integran aquellos elementos que no tengan cabida en las categorías anteriores. Por lo que se refiere a ellos, la DD permite en cualquier momento su libre acceso en la medida en que no compromete la eficacia del programa de clemencia (*black list*) ni el éxito del mismo (*greek list*).

Por su parte, los artículos 12 y siguientes DD se encargan de regular la repercusión de sobrecostes y la defensa “*passing-on*” (defensa basada en la repercusión de sobrecostes⁷³).

⁷¹ En el cuadro de definiciones de la DD, se entiende por declaraciones: toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente” (artículo 2.16 DD).

⁷² Por solicitud de transacción ha de entenderse “toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado” (artículo 2.18 DD).

⁷³ La defensa “*passing-on*” o “defensa basada en la repercusión de sobrecostes” implica que quien soportó un perjuicio derivado de un ilícito anticompetitivo, tiene derecho a ser indemnizado por el daño sufrido, excepto si posteriormente lo repercutió a terceros. Se encuentra prevista tanto en el art. 13 de la Directiva 2014/104, como en el art. 79 de la Ley de Defensa de la Competencia, y resulta de especial interés en nuestro país la Sentencia del Tribunal Supremo 651/2013, de 7 noviembre de 2013.

En esta resolución, anterior a la referida Directiva y a su trasposición, nuestro Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la repercusión del sobrecoste en el denominado “cártel del Azúcar”, asunto en el cual diversas empresas fabricantes de dulces (galletas y pasteles), caramelos, chicles, chocolate, turrónes y mazapanes interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia del sobreprecio que tuvieron que pagar por el azúcar comprado entre febrero de 1995 y septiembre de 1996 (uno de los principales insumos en su proceso productivo) frente a Ebro Puleva SA, la cooperativa vallisoletana Acor y Azucareras Reunidas de Jaén (ARJ).

Pues bien, las demandadas sostuvieron como uno de sus argumentos de defensa que las demandantes habían trasladado ese sobreprecio a sus clientes, de forma que si se les compensara se les estaría enriqueciendo injustificadamente (esta es la esencia de la defensa *passing-on*). En tales casos, señaló el Alto Tribunal, corresponde al demandado probar que se ha producido ese traslado o repercusión del daño a terceros (FJ 5º de la STS del 07.11.2013 y FJ 16º de la STS del 08.06.2012). Además, “*no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel*”. (FJ 5º de la STS de 7 de noviembre de 2013).

En cuanto a la responsabilidad solidaria y conjunta, es el artículo 11 DD el dedicado a contemplar este extremo, estableciendo que “*los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia*”, si bien con la excepción de su apartado segundo en el que se contempla el pleno resarcimiento cuando una pequeña o mediana empresa (PYME) sea responsable ante sus propios compradores.

Asimismo, se establece una regulación acerca de los plazos para ejercitar estas acciones de resarcimiento (artículo 10 DD⁷⁴), la cuantificación del perjuicio⁷⁵, estableciéndose la presunción *iuris tantum* de que los cárteles causan daños y perjuicios (artículo 17 DD), y se destina un capítulo a la solución extrajudicial de controversias (artículos 18 y 19 DD), lo que pone de manifiesto el interés comunitario de que las partes alcancen acuerdos consensuales⁷⁶.

Finalmente, la analizada Directiva de daños se acabaría trasponiendo al Ordenamiento español por medio del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que introduciría novedades (i) de carácter procesal, como se reflejó en los nuevos artículos 283 bis a) a 283 bis k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁷; y (ii) de carácter sustantivo, al introducirse un nuevo Título VI en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁷⁸. Al mismo tiempo, se incluyeron algunas modificaciones

⁷⁴ Artículo 10 DD: “2. Los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento (...). 3. Los Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años”.

⁷⁵ Artículo 16 DD: “La Comisión formulará orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la estimación de la cuota de los sobrecostes repercutidos al comprador indirecto”.

⁷⁶ Artículo 19 DD: “1. Los Estados miembros velarán por que, tras un acuerdo extrajudicial, la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se reduzca en la parte proporcional que el coinfractor con quien se ha alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia ocasionó a la parte perjudicada. 2. Cualquier reclamación restante de la parte perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial solo podrá ejercitarse contra coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo. Los coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo no podrán exigir del infractor que participó en el acuerdo una contribución en la reclamación restante”.

⁷⁷ Se añade a la LEC la Sección 1ª bis del Capítulo V bajo el título “Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”, incorporando una serie de preceptos en los que se regula este asunto ya analizado al tratar la Directiva de daños.

⁷⁸ Se añade un nuevo Título VI con el nombre “De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia” en el que se incluyen disposiciones relativas a aspectos como el Derecho al pleno resarcimiento (art. 72 LDC), la responsabilidad conjunta y solidaria (art. 73 LDC), el plazo para el ejercicio de las acciones de daños (art. 74 LDC), la cuantificación de los daños y perjuicios (art. 76 LDC) o la defensa basada en la repercusión de

accesorias, tales como la letra c) del apartado 3 del artículo 64, sobre las circunstancias atenuantes al graduar las sanciones de competencia, o la de la Disposición Adicional Cuarta, relativa al concepto de cártel.

D. La reciente actualización de la normativa española de defensa de la competencia por el Real Decreto 7/2021, de 27 de abril de 2021. La transposición de la Directiva ECN

±.

El pasado 27 de abril el Consejo de Ministros aprobaba el Real Decreto Ley 7/2021⁷⁹ por el que se transponen a nuestro ordenamiento jurídico varias directivas de la Unión Europea, entre las que destaca la denominada “Directiva ECN+⁸⁰”. A través de ella se pretende dotar a las autoridades nacionales de competencia, en el caso español a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “la CNMC”) y a las autoridades autonómicas, de medios para aplicar más eficazmente la normativa de defensa de la competencia.

En este sentido, resulta conveniente destacar que esta transposición llega fuera de plazo, toda vez que este venció el pasado 4 de febrero de 2021 y existe un procedimiento de infracción en curso contra España⁸¹.

Por lo que se refiere a su contenido, es preciso señalar que las modificaciones afectan a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“la LDC”), a la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“la LCCNMC”) y al Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (“el RDC”).

sobrecostos o defensa *passing-on* (arts. 78 y ss LDC). La regulación de todos estos temas ya ha sido tratada en el presente trabajo al analizar la Directiva de daños.

⁷⁹Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE n. 101 de 28 de abril de 2021).

⁸⁰ Se conoce como Directiva ECN+ a la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

⁸¹ Preámbulo del Real Decreto 7/2021 en el que se alude al compromiso del Gobierno español de cumplir de manera consistente con los objetivos de transposición, pero se apunta a la repetición electoral del 2019, al Gobierno en funciones durante un periodo de tiempo prolongado y a la pandemia ocasionada por la COVID-19 como razones justificativas del retraso en la incorporación de esta normativa a nuestro ordenamiento.

En cuanto a los ajustes más significativos que se introducen en relación con el programa de clemencia, cabe destacar que se modifica el artículo 18 LDC dedicado a regular la colaboración de la CNMC con las ANC de otros Estados miembros y con la Comisión Europea. Así, se establece expresamente en el precepto la posibilidad de intercambiar declaraciones de clemencia y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida información confidencial, en los términos dispuestos por la normativa comunitaria en la Directiva.

Por otra parte, la nueva redacción artículo 42 LDC relativo a la información confidencial introduce limitaciones a la utilización de las informaciones de las solicitudes de clemencia. Así, se establece que solo se podrán utilizar en el expediente sancionador para contestar a la imputación que se formula o en recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Asimismo, el artículo 65 LDC incluye expresamente que la colaboración en el marco del programa de clemencia abarca la exención de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas⁸².

Del mismo modo, se modifica el artículo 52 LDC, que se refiere a los deberes de cooperación de los solicitantes de clemencia, introduciendo sus apartados d) y e) la prohibición de destruir o falsificar pruebas, así como de divulgar su intención de acogerse al programa. Estas prohibiciones rigen desde el mismo momento en que se contemple la presentación de la solicitud de clemencia a la CNMC.

Por último, resulta interesante hacer referencia al nuevo art. 65.5 LDC, que contempla la posibilidad de iniciar la solicitud de clemencia pidiendo un indicador que reserve el puesto, un *marker*, pudiéndose aportar los elementos de prueba necesarios para acreditar la infracción más adelante. De la misma forma, se añaden dos nuevos preceptos a la LDC: el art. 39 bis LDC que regula la facultad de la CNMC de realizar entrevistas en el marco de la defensa de la competencia

⁸² La nueva redacción del art. 65.4 LDC establece: “La exención prevista en el apartado 1 comprenderá también la de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

En este sentido, resulta relevante destacar que en el cártel de los concursos públicos de la infraestructura ferroviaria de ADIF, una de las sanciones que impuso la CNMC a sus participantes fue esta prohibición de contratar con la Administración, tal y como trataremos en el epígrafe V.A del presente trabajo. Sin embargo, a la luz de la nueva redacción de la LDC esta sanción no sería posible para aquellas empresas que se acogieron al programa de clemencia.

y el art. 45 bis LDC relativo a la adecuación de los procedimientos a los derechos fundamentales garantizados por la normativa europea.

V. VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LA POLÍTICA DE CLEMENCIA

A. El programa de clemencia español y su aplicación práctica. Estudio de los casos más importantes en nuestro país.

Transcurridos ya más de diez años desde la entrada en vigor del programa de clemencia en el Derecho español de la Competencia, y habiendo tenido ocasión la CNMC de resolver numerosos expedientes en los que se han aplicado las reglas expuestas a lo largo del presente trabajo, estamos en posición de ofrecer un repaso a algunas de las decisiones más relevantes en esta materia en nuestro país.

1. El cártel de los camiones.

El cártel de los camiones ha copado titulares y ha centrado el foco del panorama judicial español y europeo en materia de Competencia y clemencia por las cuantiosas cifras que se manejan. En este sentido, cabe destacar que se trata de la mayor sanción impuesta en un solo caso en la historia de la Comisión Europea, elevándose la cifra hasta los 2.930 millones de euros⁸³.

Fue la confesión de uno de los miembros del cártel, el fabricante de camiones MAN⁸⁴, en el marco del programa de clemencia comunitario, lo que provocó el comienzo de la investigación y el eventual desmantelamiento de estos acuerdos anticompetitivos. Estas prácticas, de las que hablaremos a continuación, se desarrollaron durante catorce años, entre 1997 y 2011, y en ellas estuvieron implicadas las siete principales empresas dedicadas a la fabricación y distribución de vehículos industriales (MAN, AB Volvo, Renault Trucks, Daimler, Iveco, DAF y Scania)⁸⁵. Seis de los fabricantes, entre ellos la denunciante MAN, admitieron a la Comisión haber llevado a cabo

⁸³ Comunicado de prensa de la Comisión Europea: “*Antitrust: Commission fines truck producers € 2.93 billion for participating in a cartel*”, 19 de julio de 2016.

⁸⁴ El 20 de septiembre de 2010, la Comisión Europea recibió una solicitud de dispensa de pago de multas por parte de MAN, lo que dio lugar a las primeras inspecciones que concluyeron con la Decisión adoptada en julio de 2016.

⁸⁵ Según la Comisión Europea el impacto de sus prácticas es mayúsculo, toda vez que 9 de cada 10 camiones vendidos en Europa proceden de alguno de estos fabricantes.

estas infracciones, beneficiándose de las reducciones de sanciones contempladas por el programa de clemencia y el procedimiento de transacción. Sin embargo, Scania, perteneciente al grupo Volkswagen⁸⁶, se declaró en todo momento inocente y no logró alcanzar ningún acuerdo con la Comisión. Así, a la empresa se le aplicó el procedimiento estándar para casos de cárteles y no aprovechó ninguno de los beneficios de los que sí gozaron sus competidores.

En cuanto a las conductas anticompetitivas que se llevaron a cabo, nos remitimos en este aspecto a lo dispuesto en la Decisión de la Comisión⁸⁷, en la que se establece que estas fueron:

- a) Acuerdos colusorios sobre la fijación del listado de precios brutos de los camiones medios y pesados en el Espacio Económico Europeo (EEE). Los productos afectados por la infracción son los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas («camiones medios») y los camiones de más de 16 toneladas («camiones pesados»). De manera genérica, cabe afirmar que los precios brutos de los fabricantes son particularmente importantes. Constituyen la base para la industria, en cuanto el precio final pagado por los consumidores resulta de diversos ajustes a nivel nacional y local sobre estos precios brutos fijados por los fabricantes.
- b) Acuerdos para la introducción de las tecnologías de emisión.
- c) Acuerdos para la repercusión a los clientes del coste de las innovaciones en materia de emisiones.

Estas dos últimas infracciones están relacionadas entre sí por las exigencias de las normas EURO III a EURO VI⁸⁸, en cuanto se alcanzan acuerdos para coordinar los plazos de implantación de estas tecnologías y su repercusión en los costes. De este modo, además de privar a sus consumidores de estas tecnologías, infringieron sus compromisos en materia medioambiental con su consecuente impacto.

⁸⁶ Resulta curioso poner de relieve este dato en cuanto MAN, la encargada de comunicar a la Comisión las prácticas anticompetitivas y dismantelar el cártel, pertenece al mismo grupo empresarial Volkswagen. La postura adoptada por Scania se puede deber, según la Comisión, a que fue uno de los participantes más activos del cártel y se sintió traicionada por una empresa de su mismo grupo.

⁸⁷ Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 — Camiones) [notificada con el número C(2016) 4673].

⁸⁸ Euro III y Euro IV (Directiva 98/69/CE); Euro V y Euro VI (Reglamento 715/2007).

Según afirmó en 2016 Margrethe Vestager, Comisaria europea de Competencia, “*en total, hay 30 millones de camiones [afectados] en las carreteras europeas, que suponen alrededor de tres cuartos del transporte interno de bienes en Europa*”, de forma que las sanciones impuestas fueron proporcionales a la enorme magnitud del caso.

FIGURA N°5: sanciones impuestas en el cártel de los fabricantes de camiones

Empresa	Duración de la infracción del art. 101 TFUE	Reducción conforme al programa de clemencia	Reducción según el procedimiento de transacción	Multa (€)
MAN	17 de enero de 1997 — 20 de septiembre de 2010	100%	10%	0
Volvo/Renault	17 de enero de 1997 — 18 de enero de 2011	40%	10%	670.448.000
Daimler-Benz AG	17 de enero de 1997 — 18 de enero de 2011	30%	10%	1.008.766.000
Iveco	17 de enero de 1997 — 18 de enero de 2011	10%	10%	494.606.000
DAF	17 de enero de 1997 — 18 de enero de 2011	0%	10%	752.679.000
Total				2.926.499.000

Fuente: elaboración propia a partir de la Decisión de la Comisión Europea (2016)

Al fijar la cuantía de las sanciones se tuvieron en cuenta las directrices de la Comunicación de la Comisión europea del año 2006 sobre la aplicación del programa de clemencia. Así, MAN, al ser la primera en comunicar la existencia del cártel, evitó la imposición de una multa que seguramente hubiera superado los mil millones de euros. En línea con lo anterior, y en atención al momento en que se contactó a la Comisión, la calidad y la utilidad de la información aportada, AB Volvo, Renault, Daimler e IVECO obtuvieron unas reducciones que oscilaron entre el 40% y el 10% de la cuantía de la multa, para cuya determinación la Comisión tuvo en consideración aspectos como las ventas de los fabricantes, su cuota de mercado, el alcance geográfico y duración de las prácticas anticompetitivas descritas.

Por lo que se refiere a la reducción adicional del 10%, esta responde a la solicitud de transacción por parte de los participantes en el pliego de cargos. El procedimiento de transacción, regulado en

el Reglamento 622/2008⁸⁹, compatible con el programa de clemencia, tiene lugar cuando las empresas presentan un escrito de transacción en el que reconocen la infracción, su responsabilidad, asumen las multas y renuncian a algunos de los derechos procesales que les asisten. De esta manera, se favorece la eficacia del proceso, pues se evita el elevado coste de las investigaciones que habría de desarrollar la Comisión para obtener la información y se produce un entendimiento en un periodo de tiempo razonable.

En este contexto, el pasado 30 de diciembre de 2019 el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia dictaba la primera sentencia contra el cártel de los fabricantes de camiones, estimando íntegramente la demanda⁹⁰ de la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM). Desde entonces, comenzó en nuestro país un enorme goteo de procedimientos judiciales que se ha traducido en cerca de 1.000 sentencias dictadas en instancia y 250 en apelación sobre reclamaciones de daños por este cártel⁹¹. Solo en este mes de abril de 2021, las Audiencias Provinciales en España dictaron 57 resoluciones acerca de recursos sobre esta controversia, ascendiendo el importe de las indemnizaciones a 4.613.959,56€. Estos son algunos de los datos que contribuyen a poner de manifiesto la relevancia de este cártel en materia mercantil y de competencia.

2. El cártel de los fabricantes de automóviles.

Otro importante cártel destapado a raíz de una solicitud de clemencia es el de los fabricantes de automóviles en España que concluyó con el expediente sancionador S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES de la CNMC.

Este cártel estaba constituido por 23 operadores del mercado de los automóviles, veintiún fabricantes y dos empresas consultoras, que llevaron a cabo una infracción única y continuada del

⁸⁹ Reglamento (CE) 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel

⁹⁰ En esta demanda, la prueba pericial cuantifica la media del daño causado por el cártel en un 16,35% del coste (sin impuestos) de cada camión afectado.

⁹¹ Francisco Marcos es un jurista experto en Derecho de la Competencia y profesor de Derecho Mercantil en IE Law School. Desde el inicio de las primeras investigaciones, realiza un seguimiento detallado de todas las resoluciones judiciales del cártel de camiones. En este sentido, emplazamos al lector a su perfil en la red social Twitter en la que con asiduidad aborda esta cuestión con gráficos y estadísticas. MARCOS, F. [@pacomarcos] *Tweets* [Perfil de Twitter]. Recuperado el 13 de mayo de 2021 de <https://twitter.com/pacomarcos?lang=es>

artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como consecuencia del intercambio de información confidencial comercialmente sensible y estratégica que afectaba a tres áreas diferenciadas: la gestión empresarial, el servicio de postventa y marketing de las empresas participantes⁹².

En relación con las conductas anticompetitivas, es preciso señalar que resultaba clave dentro del entramado la participación de las dos empresas de consultoría: Urban Science y Snap-On. Mediante los referidos intercambios de información, llevados a cabo entre 2006 y 2013, se provocó una artificial disminución de la incertidumbre del mercado. Así, esta caída de la competencia se tradujo para los consumidores en menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas y, en definitiva, menores intentos por diferenciarse unas de otras ofreciendo como resultado unos servicios de menor calidad.

La solicitud de clemencia de SEAT, S.A., Volkswagen Audi España, S.A. y Porsche Ibérica, S.A., pertenecientes al mismo grupo empresarial, y su aportación de elementos de prueba suficientes para las inspecciones efectuadas resultó clave. Así, en el marco de la clemencia, estas entidades colaboraron durante la instrucción del expediente, posibilitando la acreditación del cártel. De este modo, se beneficiaron de una exención total de la sanción que para ellas ascendía a 39,443 millones de euros.

En el cuadro que figura a continuación es posible apreciar las sanciones impuestas en el marco de este expediente, todo ello sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica afectada por estas prácticas ejerza una acción de resarcimiento de daños y perjuicios en los términos estudiados a lo largo del presente trabajo. En este sentido, cabe destacar las recientes resoluciones del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, 91/2021 y 100/2021, de 5 de abril de 2021, en las que se condena a un concesionario oficial Audi/Volkswagen a abonar en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios con 1.404,93 €⁹³ a una mercantil y 2.000 € a un particular.

⁹² En el expediente sancionador se señala que la cuota de mercado de las empresas participantes alcanza casi el 91% de la distribución de automóviles de España, de modo que están presentes en el cártel casi todas las marcas denominadas generalistas y algunas de las conocidas como Premium.

⁹³ La cuantificación de los daños y perjuicios por parte de la Magistrada parece seguir los criterios expresados por parte de la CNMC en su expediente sancionador, en cuanto se cifra el perjuicio en el 10% del precio pagado por el

FIGURA N°6: Resoluciones de la Audiencia Nacional que confirman las multas de la CNMC en el cártel de los fabricantes de automóviles⁹⁴

Fecha de la Sentencia	Empresa	Nº de Rec. CA	Fallo	Cuantía multa
19/12/2019	BMW IBERICA, S.A.U.	627/2015	Desestimatorio	8,03 M €
19/12/2019	B&M AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A	617/2015	Desestimatorio	776.012 €
19/12/2019	FORD ESPAÑA SL	656/2015	Desestimatorio	20,23 M €
19/12/2019	HONDA MOTOR EUROPE LIMITED SUCURSAL ESPAÑA	666/2015	Desestimatorio	609.325 €
19/12/2019	HYUNDAI MOTOR ESPAÑA SLU (HMES)	570/2015	Desestimatorio	4,41 M €
19/12/2019	SNAP-ON BUSINESS SOLUTIONS, S.L.	631/2015	Desestimatorio	52.785 €
19/12/2019	AUTOMOVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. y PEUGEOT ESPAÑA, S.A.,	697/2015	Desestimatorio	14,76 M € 15,72 M €
19/12/2019	KIA MOTORS IBERIA, S.L.	699/2015	Desestimatorio	2,07 M €
19/12/2019	URBAN SCIENCE ESPAÑA S.L.U.	700/2015	Desestimatorio	70.039 €
19/12/2019	VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U.	701/2015	Desestimatorio	1,70 M €
19/12/2019	GENERAL MOTORS ESPAÑA, S.L.U.	707/2015	Desestimatorio	22,82 M €
19/12/2019	CHEVROLET, S.A.	708/2015	Desestimatorio	138.580 €
19/12/2019	FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES SPAIN, S.A Y DE CHRYSLER ESPAÑA, S.L.	713/2015	Desestimatorio	6,9 M € 265,50 €
19/12/2019	MERCEDES-BENZ ESPAÑA, S.A.	718/2015	Desestimatorio	2,37 M €
23/12/2019	MAZDA AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.	663/2015	Estimatorio	656.390 €
23/12/2019	TOYOTA ESPAÑA, S.L.U	689/2015	Desestimatorio	8,65 M €
27/12/2019	NISSAN IBERIA S.A.	624/2015	Desestimatorio	3,15 M €
27/12/2019	RENAULT COMERCIAL S.A.	682/2015	Desestimatorio	18,20 M €

Fuente: Blog de la CNMC

3. El cártel de los concursos públicos de la infraestructura ferroviaria de ADIF.

Un importante procedimiento sancionador iniciado a partir de información aportada en el ámbito del Programa de Clemencia español es el S/DC/0598/2016 de la CNMC. En este expediente, 15 empresas⁹⁵ son declaradas responsables de repartirse de manera ilícita los concursos públicos convocados por ADIF en relación con las infraestructuras ferroviarias de las líneas de tren convencional y de alta velocidad. En este sentido, cabe destacar que fueron tres los cárteles que habían articulado para infringir la competencia en los concursos públicos durante catorce años:

- a) Un cártel para manipular los concursos dirigidos a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

vehículo. Así se desprende de los fundamentos jurídicos de las dos resoluciones, la 91/2021 y 100/2021, de 5 de abril de 2021, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz, especializado en materia de competencia desleal.

⁹⁴ Conviene recordar que estas resoluciones de la Audiencia Nacional son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

⁹⁵ Las empresas declaradas responsables son Cobra, Elecnor, Siemens, Semi, Inabensa, Alstom, Cymi, Isolux, Electren, Comsa, Indra, Neopul, Telice, Eym y Citracc.

- b) Un cártel relacionado con los concursos para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- c) Un cártel para repartirse los concursos públicos y privados para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en las líneas de alta velocidad.

La solicitud de clemencia y las pruebas facilitadas por Alstom Transporte resultaron cruciales para desarticular este entramado, razón por la cual pudo acogerse a la exención total del pago de la multa que le correspondía (cuyo montante total ascendía a 8,9 millones de euros). En el marco del programa de clemencia y su colaboración con las autoridades de competencia, Siemens también disfrutó de una reducción del 45% de la multa con la que fue sancionada.

Por otra parte, conviene destacar que por primera vez la CNMC activó el procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración, de modo que, a estos efectos, se remitió la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁹⁶.

⁹⁶ Nota de prensa de la CNMC de 27 de marzo de 2019: *“La CNMC sanciona a 15 empresas por formar varios cárteles para el reparto de concursos públicos de infraestructura ferroviaria de ADIF”*.

No obstante, la reciente actualización de la normativa de defensa de la competencia por medio del Real Decreto 7/2021, de 27 de abril, ha supuesto la modificación del art. 65.4 LDC, de modo que la clemencia ahora abarca también la exención de la prohibición de contratar con las Administraciones. Así, a la luz de la nueva normativa la CNMC no hubiera podido imponer esta sanción a aquellas participantes en el cártel que se hubieran acogido al programa de clemencia.

En este sentido, cabe hacer referencia al cártel destapado el pasado 11 de mayo de 2021, por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), del que formaban parte 22 empresas de servicios de consultoría, las más importantes de nuestro país y del mundo. Estas grandes firmas se servían de las conocidas como “ofertas de cobertura” para evitar la competencia entre ellas y que alguna de las empresas de la red de colaboración fuera la adjudicataria, elevando así los precios que pagaba la Administración por sus servicios al eliminar prácticamente todos los competidores ajenos a su cártel. Cabe destacar la existencia de dos diferentes redes de colaboración dentro de este entramado (red norte y red nacional), y que más de 200 contratos públicos han resultado afectados, según la instrucción del caso llevada a cabo por la CNMC.

PA Consulting Services y uno de sus directivos se han beneficiado de un 40% de reducción en el importe de sus multas al acogerse al programa de clemencia (art. 66 LDC), al igual que la empresa Indra, a la que se le ha aplicado un 10% de reducción de su sanción por su colaboración. Estas dos empresas que prestan servicios de consultoría, al haberse acogido al programa de clemencia, no resultan afectadas por la prohibición de contratación de las AAPP, algo que sí ocurre con el resto de firmas del cártel, al haber remitido la CNMC la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Toda esta información ha sido extraída de la Resolución S/DC/0627/18, CONSULTORAS, publicada el pasado martes 11 de mayo de 2021.

4. El singular caso del cártel de los fabricantes de gel.

El caso del cártel de los fabricantes de gel es bastante peculiar en cuanto se trató de la primera solicitud de clemencia presentada en España, concretamente el día de entrada en vigor del programa. La misma mañana del 28 de febrero de 2008, a las 9 de la mañana, se abrió la veda para efectuar estos trámites, y solo cuatro minutos después acudieron a la entonces CNC⁹⁷ los representantes legales de Henkel (propietaria de las marcas Magno, La Toja y Fa). Sin embargo, más sorprendente aún resultó que diez minutos después, a las 9:14h, los representantes de Sara Lee (hoy Douwe Egberts Finance, fabricante de los geles Sanex) llegaban a la sede la CNC⁹⁸ a denunciar el cártel del que ambos formaban parte, el cártel de los fabricantes de geles de baño y ducha, a través del cual acordaron, junto con Colgate y Puig, reducir de forma concertada los tamaños de los envases de gel manteniendo el precio, infringiendo las normas que rigen los mercados en materia de competencia.

Llegar diez minutos antes supuso para Henkel la exención del pago de la multa (que ascendía para ellos a 4,3 millones de euros) y le “costó” a Sara Lee 3,72 millones de euros, en cuanto solo pudieron optar a la reducción del 40% para el segundo delator. “*Se está dando la exención al que más madrugó y no puede ser creíble que ese sea el espíritu de la norma*”. Esas fueron algunas de las declaraciones de los representantes de Sara Lee que constan en el expediente, y como resultado de la situación de gran tensión vivida esa mañana, los elementos de pruebas aportados a lo largo del procedimiento fueron algo singulares: tickets de restaurantes que un día fueron lugares de encuentro, notas manuscritas de los miembros del cártel, cuadernos y agendas con fechas clave, registros telefónicos, etc.

De este modo, el expediente S/0084/08 resulta llamativo no solo por ser el primero incoado en el marco de un programa de clemencia, sino por poner de manifiesto la esencia del mismo, erigiéndose como un elemento disruptivo en los mercados y haciendo coincidir en la misma cola de la CNC a quienes un día fueron socios de prácticas anticompetitivas.

⁹⁷ La autoridad de la competencia de nuestro país correspondió en un inicio al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, en 1964), posteriormente este pasó a ser la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, en 2007) y desde el año 2013 es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Estas son las diferentes denominaciones que ha adoptado el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y empresas en España.

⁹⁸ Información extraída del Expediente S/0084/08.

B. La efectividad de los programas de clemencia en cifras. Un repaso a las estadísticas.

Más de una década de política de clemencia en nuestro país parece un periodo de tiempo suficiente para valorar la efectividad de esta experiencia. Así, autores como BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ DE HARO⁹⁹ elaboran anualmente estudios estadísticos en los que se analiza el impacto del programa de clemencia. Entre ellos, destaca el “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España”¹⁰⁰ en el que se estudian los cárteles sancionados por las autoridades de la competencia españolas en los últimos 25 años, desde la primera resolución sancionadora de un cártel en España que data de 1995¹⁰¹.

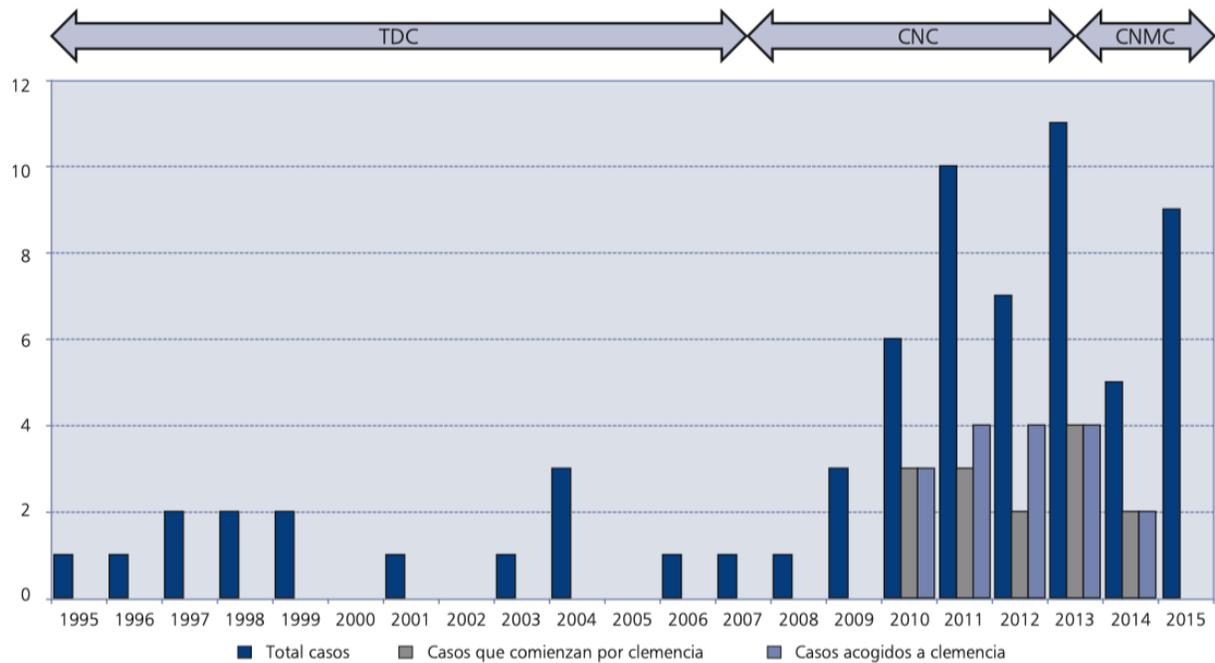
En el estudio es posible apreciar el denominado por los autores como “efecto mayor detección”, en virtud del cual los años siguientes a la entrada en vigor del programa de clemencia implicaron un aumento de los cárteles sancionados. Así, en la figura que se acompaña a continuación se puede comprobar como desde el año 2010 en que se resuelven los primeros expedientes incoados a raíz de una solicitud de clemencia, el número de casos aumenta en los años posteriores.

⁹⁹ JOAN RAMON BORRELL ARQUÉ (Departamento de Política Econòmica. Universitat de Barcelona. Institut d’Economia Aplicada - Grup de Govern i Mercats y Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center), JUAN LUIS JIMÉNEZ GONZÁLEZ (Departamento de Análisis Económico Aplicado. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) y JOSÉ MANUEL ORDÓÑEZ DE HARO (Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia. Universidad de Málaga).

¹⁰⁰ BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España”, *Papeles de Economía Española*, nº145, 2015, pgs. 82-103.

¹⁰¹ Resolución TDC 354/94, Electrodomésticos Alicante.

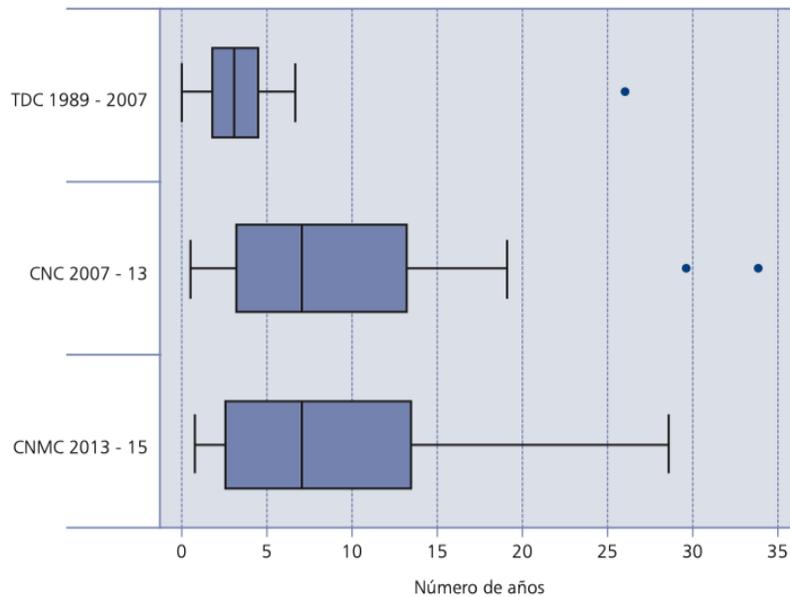
FIGURA N°7: Número de cárteles sancionados por año



Fuente: BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España” (2015)

Otra aportación tremendamente interesante que nos ofrece este artículo está relacionada con la duración de los cárteles. El estudio concluye destacando que, no sólo son más los cárteles detectados a la luz del programa de clemencia, sino que estos se caracterizan por ser más estables y persistentes en el tiempo, de forma que este nuevo instrumento ha permitido desarticular prácticas anticompetitivas todavía más dañinas si cabe para los consumidores. En el gráfico es posible contemplar como la duración media de los cárteles detectados a partir de la segunda etapa (CNC, 2007-2013), en la que se introduce el programa de clemencia, es mayor que en la etapa anterior (TDC, 1989-2007).

FIGURA N°8: Duración (en años) de los cárteles descubiertos en España

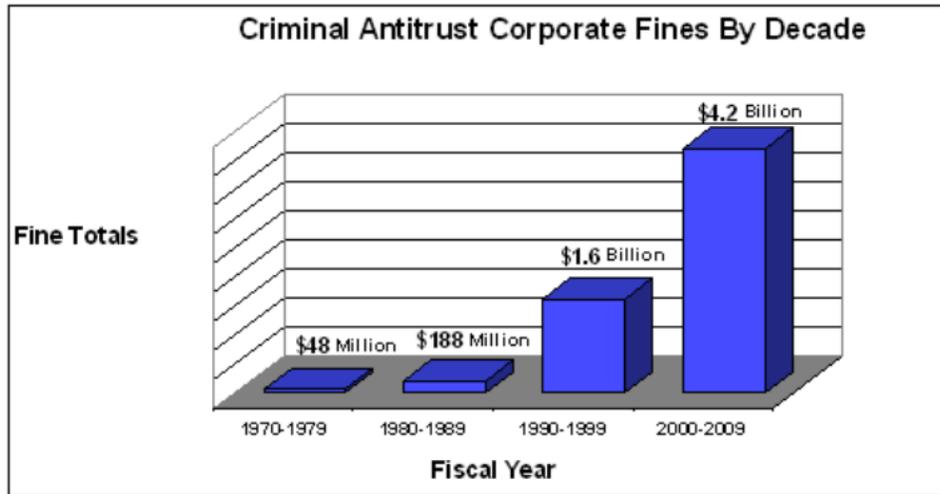


Fuente: BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España” (2015)

Sin embargo, no solo la literatura económica española ha analizado este impacto. Autores americanos como LYNCH, en un artículo para el despacho estadounidense Latham & Watkins, compara el incremento espectacular de las sanciones por conductas *antitrust* en EE.UU. a raíz de la implementación del *Leniency Program* en 1993. El ejemplo norteamericano destaca porque el 90 por ciento de estas sanciones¹⁰² desde el año 1996 responden a investigaciones iniciadas por informaciones aportadas en una solicitud de clemencia. En el gráfico se puede contemplar como la evolución es exponencial, con una recaudación que supera los 5 billones de dólares desde la introducción de la clemencia (1993), por los poco más de 200 millones recaudados en el periodo anterior (desde 1970 hasta 1989).

¹⁰² HAMMOND, S., “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”. *24th Annual National Institute on White Collar Crime*, 2010. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/255515.htm>

FIGURA N°9: Sanciones (en USD) a los cárteles en EE. UU.



Fuente: LYNCH, E., “Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective” (2011)

VI. CONCLUSIONES

“El interés de los empresarios es siempre ensanchar el mercado y estrechar la competencia”. Estas palabras, por extraño que pueda parecer, corresponden al padre del liberalismo económico, Adam Smith, y forman parte de su obra más importante, “La riqueza de las naciones”, en la que advertía del riesgo de reunir a varios empresarios de un mismo sector, ya fuera en un restaurante o en un hotel, pues, al cabo de un rato, acabarían estrechando sus manos en un pacto para incrementar sus ganancias.

Sin embargo, del mismo modo que Adam Smith anticipaba que el dinero une a los empresarios, el dinero los separa. Quienes un día fueron socios de prácticas anticompetitivas, pueden llegar hasta a encontrarse en la cola de la sede nacional de competencia para denunciarse unos a otros, como ocurrió en el cártel de los fabricantes de gel en España. Porque el programa de clemencia, que aterrizaba en nuestro país en 2007 pero no se introdujo efectivamente hasta 2008, es ese “ojo invisible que todo lo ve”. Es un elemento desestabilizador en cualquier mercado en el que existan conductas colusorias. Genera un estrés incalculable. Los miembros del cártel están en constante tensión, ya que la clemencia ha sembrado en los mercados el germen de la desconfianza.

Todo cártel deja un rastro. Y por pequeña que sea, la aportación del “chivato” o “delator” puede ser fundamental para iniciar una investigación, o para justificar una inspección en la sede de alguna empresa sospechosa. Además, en cuanto uno rompe las reglas del acuerdo, la práctica nos dice que se acabó el pacto. El resto trata de beneficiarse de los atractivos del programa de clemencia, de optar a alguna de las reducciones, de no ser el último en confesar y así evitar sanciones millonarias. Y el ahorro en tiempo que ello implica para las autoridades de competencia es sustancial. Documentos que de otro modo serían inaccesibles acaban en manos de los organismos reguladores en cuestión de días desde el registro de una solicitud de clemencia. En este sentido, se ha intentado hacer uso de todo tipo de pruebas, desde registros telefónicos hasta servilletas manuscritas (Expediente S/0084/08 FABRICANTES DE GEL) para no ser el último en aportar información.

Desde las autoridades de competencia de la mayoría de los países del mundo se coincide, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente TFG, al señalar que los cárteles constituyen la conducta más dañina de todas aquellas que infringen la normativa de Defensa de la Competencia. A todo ello se suma la complejidad de su desarticulación, por la clandestinidad de los acuerdos alcanzados y las cantidades en juego. En este contexto, los programas de clemencia, que obligan a los infractores a jugar al “*dilema del prisionero*” ofreciendo exenciones y jugosas reducciones, parecen un gran aliado. No sólo se sanciona más desde su implementación, sino que se destapan prácticas más duraderas en el tiempo y, por lo tanto, más nocivas para los mercados.

Se trata de un instrumento reciente y, por ello, sometido a una constante evolución y perfeccionamiento. En el desarrollo de este trabajo se han abordado algunas de esas cuestiones, al tratar los desafíos actuales, e incluso se ha incorporado la reciente actualización que afecta al programa de clemencia español con motivo del Real Decreto 7/2021, de 27 de abril. Sin embargo, a pesar de haber superado algunos obstáculos, consideramos que queda un gran camino aún por recorrer en materia de clemencia. Un aspecto interesante, procedente del programa americano, referencia desde los orígenes en la década de los noventa, es la “Amnistía Plus” que ofrece exenciones a segundos cárteles o acuerdos anticompetitivos relacionados con el principal. Este extremo podría resultar de interesante aplicación para España en determinadas industrias.

Del mismo modo, otro aspecto susceptible de mejora en nuestro ordenamiento es la duración de determinados procedimientos. Estos pueden resultar interminables cuando las sanciones a los infractores son revisadas una y otra vez en distintos tribunales en diferentes instancias, o cuando atañen a particulares o empresas perjudicados. En este último supuesto, cabe advertir que avalanchas de acciones de resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia de la desarticulación de cárteles, las estudiadas acciones *follow-on*, pueden poner en apuros la capacidad de los Juzgados de lo Mercantil de nuestro país. Así, un mayor blindaje de las resoluciones de la CNMC o una mayor dotación de medios para la Administración de Justicia se plantean como las posibles soluciones a este problema.

Por último, cabe concluir este trabajo haciendo referencia no solo a los efectos en lo que a la detección se refiere, sino a las implicaciones disuasorias de cara a la formación de cárteles en el futuro. La clemencia, poco a poco, se está posicionando en la mente de las grandes empresas como esas “orejas que todo lo escuchan” cuando traten de alcanzar acuerdos anticompetitivos y, sin duda alguna, contribuirán, además de a desmantelar, a prevenir las prácticas *antitrust*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, “The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels”. *International Journal of Industrial Organization*, 2005, pg. 1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil*. Cizur Menor, Thomson Aranzadi Ed. Online, 2020.
- BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España”, *Papeles de Economía Española*, nº145, 2015, pgs. 82-103.
- BORRELL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., “Redefiniendo los incentivos a la colusión: El Programa de Clemencia”, *ICE*, 2014, pgs. 17-36.
- BORRELL ARQUÉ, J.R., y JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L., “The Drivers of Antitrust Effectiveness”, *Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública*, nº 185 (2), 2008, pgs. 69-88.
- DIXIT, AVINASH K. y NALEBUFF, BARRY J., *Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*, Norton, 1991.
- DURAND VÁSQUEZ, P., “Los Beneficios de los Programas de Clemencia en Chile, Colombia, España, México y Perú”. *Informe de investigación del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria de Perú*, nº21, 2018, pg. 15.
- HAMMOND, S., “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”. *24th Annual National Institute on White Collar Crime*, 2010
- ILUNDÁIN FANTOVA, S., “Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia”, *Universidad San Pablo CEU*, nº 2, 2002, pgs. 1-6
- LYNCH, E., “Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective”. *Latham & Watkins*, 2011, pg. 2.
- MARCOS, F. [@pacomarcos] *Tweets* [Perfil de Twitter]. Recuperado el 13 de mayo de 2021 de <https://twitter.com/pacomarcos?lang=es>
- MARCOS, F.: “¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española”, 2012 pgs. 1-10
- MILLÁN MORO, L., “El Ordenamiento jurídico Comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº36, 2010, pg. 404.

- MILLER, N. H., "Strategic Leniency and Cartel Enforcement." *American Economic Review*, n° 99, 2009, pgs. 750-768.
- MOLINA GÓMEZ, J., *Hacia la implementación de un Programa de Clemencia en Colombia*. Tesis de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2009, pgs. 28-42.
- ORTIZ BAQUERO, I. "La regla de *minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia". *Revista Mercatoria*, n°2, 2009, pg. 4.
- PASCUAL, D., "La denuncia en el Derecho Público". *Función Inspectora. Instituto Nacional de Administración Pública*. 2013, pg. 13.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust". *Revista para el Análisis del Derecho: Indret*, n°1, 2013, pg. 4.
- SAMÀ, D., *Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program*, Tesis de la LUISS "Guido Carli" University of Rome, 2008, pgs. 1-2.
- SÁNCHEZ, R.M., "70 cárteles derribados". *El Periódico*, 27 de septiembre de 2015. Fecha de última consulta: 13 de mayo de 2021.
- VELANDIA CASTRO, M.: "Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992", artículo 52, n° 4, 2008, pg. 5.
- 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, pgs. 323-356.
- YANES YANES, P., "Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: Una aproximación". En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pgs. 1140-1162.

VIII. OTROS MATERIALES

A. Textos legales

- Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia.
- 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. Comunicación 2002/C 45/03.
- Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 8 de diciembre de 2006. Comunicación 2006/C 298/11.
- 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. Comunicación 96/C 207/04.
- 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.
- Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.
- Directiva 2014/104/UE 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.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- 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).
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

- 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.
- Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE n. 101 de 28 de abril de 2021).
- Reglamento (CE) 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008 , por el que se modifica el Reglamento (CE) 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel.
- Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

B. Jurisprudencia

• Jurisprudencia comunitaria

- Asunto AT.39824 — Camiones.
- Asunto C-295/04 (y acumulados C-296/04, C-297/04 y C-298/04), *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*.
- Asunto C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan y Bernard Crehan c. Courage Ltd y otros*.
- Asunto COMP/C.38.281/B.2 - *Tabaco crudo Italia*.
- Sentencia TJUE de 14.6.2011, caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*.

• Resoluciones de la CNC/CNMC

- Expediente S/0084/08 FABRICANTES DE GEL.
- Expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES.
- Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS.
- Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS

- Resolución TDC 354/94, ELECTRODOMÉSTICOS ALICANTE.

- **Resoluciones judiciales nacionales**
 - Sentencia 317/2019, de 30 de diciembre de 2019, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia.
 - Sentencia 100/2021, de 5 de abril de 2021, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz.
 - Sentencia 91/2021, de 5 de abril de 2021, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz.