

PROGRAMA DE CLEMENCIA Y EL CONCEPTO DE CÁRTEL

ISABEL LÓPEZ GÁLVEZ*

Subdirectora de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

El programa de clemencia se ha introducido en el sistema español de defensa de la competencia con la Ley 3/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), cuyos artículos 65 y 66 regulan, respectivamente, la exención del pago de la multa o su reducción respecto de aquella empresa o persona física que habiendo participado en un cártel denuncie su existencia y aporte pruebas para su investigación a la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), siempre y cuando cesen en su conducta infractora y cumplan determinados requisitos.

El programa de clemencia instaurado por la LDC se inspira en el modelo comunitario de inmunidad y/o reducción, adoptado inicialmente en 1996 por la comunicación de la Comisión Europea y que se inspiraba, a su vez, en el sistema de clemencia de los Estados Unidos, y que ha demostrado ser de gran utilidad y tener un impacto significativo. Esta comunicación de 1996 fue sustituida posteriormente en 2002, mejorando el sistema comunitario dotando de mayor transparencia y certidumbre a dicho programa, regulándose actualmente por la comunicación de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11).

A este respecto, aunque en esos momentos el sistema español de defensa de la competencia no disponía de un programa de clemencia, la autoridad española de competencia había firmado junto con las demás Autoridades Nacionales

* Las opiniones manifestadas en este artículo son personales de la autora y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Nacional de la Competencia.

de Competencia (en adelante, ANC) el 29 de septiembre de 2006 en el ámbito de la Red Europea de Competencia el Modelo de Programa de Clemencia. Ello era coherente con la adopción, el 20 de enero de 2005, del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, que ya señalaba entre las debilidades de la entonces vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la carencia de instrumentos adecuados para la lucha eficaz contra las prácticas restrictivas de la competencia, planteándose la introducción de nuevos instrumentos para la detección e investigación de las conductas prohibidas, en particular, el programa de clemencia para la persecución de cárteles.²

Así, en el citado Libro Blanco se señalaba el consenso generalizado con respecto a que los cárteles, en particular los denominados «*hard core cartels*» o cárteles de núcleo duro —acuerdos horizontales destinados a fijar precios o reparto del mercado—, están entre las conductas más lesivas de la competencia y del bienestar general y, al mismo tiempo, son muy difíciles de identificar y de probar en ausencia de colaboración por parte de los propios partícipes en los acuerdos, pues el objetivo de la constitución de un cártel es el de mantener las posiciones respectivas de sus miembros en el mercado y alcanzar estabilidad en los precios o incrementos de los mismos.

Ante esta situación, progresivamente se han ido introduciendo programas de clemencia o «*leniency*», que consisten en la eliminación o reducción de las sanciones para las empresas que denuncien la existencia de cárteles o aporten pruebas sustantivas para su persecución. Estos programas responden a la idea de que, desde la perspectiva de los consumidores y usuarios, el interés por que se descubran y prohíban cárteles prima sobre el interés de que se multe a empresas cuya colaboración permite descubrirlos.

Si bien el ordenamiento español no contaba con una tradición jurídica en esta materia, existían figuras de fundamento similar que permiten reducir o exonerar a los sujetos de las sanciones que correspondería imponerles por la comisión de infracciones penales o administrativas.³ Es por ello que ya en el Libro Blanco se abogaba por introducir en el sistema español de defensa de la competencia el programa de clemencia, teniendo en cuenta el grado de madurez de nuestro sistema y la conveniencia de alinearse con otras jurisdicciones con programas de clemencia, especialmente, la comunitaria y la de la mayoría de los países europeos.

En cuanto a la valoración respecto a la introducción del programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia en los comentarios reci-

2. Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, disponible en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx>.
3. Por ejemplo, se citaba en el Libro Blanco en el ámbito penal, en materia de narcotráfico, rebelión y terrorismo, en lo relativo a consumo de drogas en lugares públicos o tenencia ilícita, en tráfico ilícito de seres humanos o inmigración ilegal y en materia de delitos fiscales.

bidos al Libro Blanco,⁴ fueron escasos los comentarios recibidos en contra de dicho programa, señalándose en algún supuesto que en España todavía no se daban las condiciones necesarias para que un sistema de dichas características pudiera ser realmente efectivo en la lucha contra los cárteles, o que el principio en que descansa este programa es reprobable desde un punto de vista moral, puesto que puede suponer la elevación de la delación a la categoría de valor social y con el fin de lograr una mejor administración de justicia se pueden estar deformando las escalas de valores de las personas y, en ese sentido, hubo alguna propuesta indicando que las personas físicas no deberían poder ampararse en este programa para eximirse de las sanciones por las infracciones que ellas mismas han promovido.

No obstante, lo cierto es que la mayoría de los comentarios recibidos coincidían, en términos generales, en la oportunidad de introducir dicho programa, en línea con el modelo comunitario y con los países de nuestro entorno e incidiéndose en que dicho programa permitiría a las empresas españolas cooperar en las investigaciones en igualdad de condiciones que sus competidores de otros países, además de contribuir a facilitar la labor de la CNC. En todo caso, se consideraba necesario que el programa de clemencia se articulara con un elevado grado de transparencia y precisión en cuanto a las condiciones para la concesión de exención o reducción de las multas, dando certeza a los posibles clementes en relación con los requisitos que deben cumplirse para acogerse al programa de clemencia y de los beneficios de tal colaboración y que no afectara a las consecuencias civiles que pudieran derivarse de la existencia de una práctica prohibida. También se incidía que, junto con el programa de clemencia, era necesario incrementar los poderes de investigación de la CNC y, en línea con la Comisión Europea, aumentar el importe de las sanciones en materia de acuerdos restrictivos, especialmente los considerados muy graves, tales como los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados.

Ante esta acogida tan favorable a la introducción del programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia, en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia se reguló este en sus artículos 67 y 68,⁵ sin apenas recibir observaciones sobre su contenido tanto en su fase de consulta pública⁶

4. Estos comentarios al Libro Blanco están disponibles en la página web de la CNC, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx>. En concreto, en relación al programa de clemencia, se recibieron comentarios conjuntos de los despachos de abogados Cuatrecasas, Garrigues, Gómez-Acebo & Pombo, Martínez Lage & Asociados y Uría & Menéndez, de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, de DLA Piper Rudnik Gray Cary, de Jones Day, de Garrigues Abogados y Asesores Tributarios, de Ashurst, de ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) y de Telefónica.
5. El Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia está disponible en la página web de la CNC, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx>.
6. Los comentarios recibidos en la fase de consulta pública al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia están disponibles en la página web de la CNC, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ObservalAnteproyectodeLeydeDefendelaComp/tabid/190/Default.aspx>.

como en el informe emitido al efecto por el Consejo de Estado,⁷ incidiéndose únicamente en aquellos aspectos que podrían afectar a la plena efectividad práctica de dicho programa, como una posible indemnización por daños y perjuicios derivados de la conducta sancionada por la CNC.

De hecho, los citados artículos 67 y 68 del Anteproyecto de Ley apenas se modificaron en la redacción que derivó en el Proyecto de Ley y en los actuales artículos 65 y 66 de la LDC. En aplicación del programa de clemencia, como dispone el artículo 65 de la LDC, la CNC podrá eximir a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando sea la primera en aportar elementos que prueba que, a juicio de la CNC, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar dicha inspección o permitan a la CNC comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la CNC no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido la exención condicional.

Aunque durante la tramitación de la vigente LDC algunas voces señalaron que el programa de clemencia era una figura ajena a nuestro ordenamiento jurídico, premiando a infractores al eximirles de la multa o reducirla a cambio de información sobre cárteles, hubo un consenso generalizado en valorar muy positivamente la inestabilidad que podría introducir en el cártel la posibilidad de acogerse al programa de clemencia por parte de un participante en dicho cártel, al crear desconfianza entre los socios del cártel y dada la dificultad de detectar y probar cárteles si no se disponía de información interna sobre su funcionamiento. Igualmente, se estimó la necesidad de incorporarnos a la red de Autoridades europeas con un programa de clemencia, no solo para fortalecer y potenciar la eficacia de la actuación de la autoridad española de competencia, al colocar a esta en una posición equiparable a la que ocupa la Comisión Europea y otras jurisdicciones europeas en la lucha contra los cárteles, sino también para evitar asimetrías y asegurar a empresas radicadas en nuestro país la posibilidad de acogerse a dicho programa y no situarlas en un plano de desigualdad respecto de otras jurisdicciones.⁸

Tras la aprobación de la LDC, el programa de clemencia no fue inmediatamente aplicable, pues el apartado 2 de la Disposición final tercera de la LDC estableció

7. Dictamen del Consejo de Estado relativo al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-1080.

8. La solicitud de clemencia dirigida a una Autoridad de Competencia no se considera presentada ante todas las ANC (Punto 38 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03)). Por ello, si el solicitante de clemencia quiere proteger su posición ante posibles procedimientos por parte de la Comisión Europea u otras ANC en aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe presentar su solicitud de clemencia ante todas las ANC en el territorio afectado por la infracción y que puedan considerarse bien situadas para actuar contra la infracción, puesto que pueden tramitarse diferentes procedimientos por distintas ANC.

que los artículos 65 y 66 de la LDC entrarían en vigor en el mismo momento que su reglamento de desarrollo. Así, los mencionados artículos 65 y 66 de la LDC han sido objeto de desarrollo en los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), que entró en vigor el 28 de febrero de 2008. Conforme a la política de transparencia de la CNC, en la tramitación de las solicitudes de clemencia –ya sean escritas o verbales– el RDC establece el procedimiento a seguir, tanto en lo referente a las condiciones y requisitos para la presentación de estas solicitudes como a la valoración y análisis de las mismas, que por una parte garantiza la seguridad, confidencialidad y previsibilidad en cuanto al resultado al propio solicitante de clemencia y, por otra, respeta los derechos de defensa de los demás interesados.

En relación con la regulación dada en dicho Reglamento al procedimiento de clemencia, destaca lo indicado por el Consejo de Estado en su dictamen,⁹ señalando que el entonces proyecto contribuía a reforzar la seguridad jurídica, no solo en beneficio de los operadores llamados a aplicarla en el tráfico jurídico y empresarial, sino también en el de la propia Administración. A este efecto positivo añade el Consejo de Estado el hecho de que el deber de colaboración que debe tener el solicitante de clemencia redundará en una capacidad y operatividad mayor, tanto en la detección y persecución de prácticas anticompetitivas, como en el fomento de políticas de promoción de la competencia.

2. Características del programa español de clemencia

El artículo 62.4.a) de la LDC establece como infracción muy grave el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan, entre otras, en cárteles, sancionando el artículo 63.1.c) de la LDC dicha infracción con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

No obstante, en aplicación del programa de clemencia introducido por la LDC, en concreto, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 65 de la LDC, la CNC podrá eximir a una empresa o a una persona física del pago de la multa cuando sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan:

- a) ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel, en los términos previstos en el artículo 40 de la LDC, siempre y cuando, en el

9. Dictamen núm. 12/2008, de 7 de febrero de 2008, al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, disponible en la Doctrina Legal 2008 del Consejo de Estado publicada en <http://www.consejo-estado.es/pdf/2008.pdf>.

momento de aportarse tales elementos de prueba, no se disponga de elementos suficientes para ordenar la mencionada inspección, o

- b) comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos de prueba, la CNC no disponga de elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención en virtud de lo dispuesto en el punto anterior.

En la práctica, hasta el momento, todos los supuestos de exención condicional acordados en aplicación del programa de clemencia español se han concedido al solicitante de exención por aportar información y elementos de prueba que han permitido a la CNC ordenar inspecciones, siendo esta también la práctica generalizada en otras jurisdicciones con programas de clemencia.

La determinación de qué información y elementos de prueba debe aportar el solicitante de exención del pago de la multa viene regulada en el artículo 46.3 del RDC, que establece lo siguiente:

- a) El nombre o razón social y la dirección del solicitante.
- b) El nombre o razón social, la dirección de las empresas y los datos profesionales de todas las personas físicas que participen o hayan participado en el cártel.
- c) Una descripción detallada del cártel que incluya: su objetivos, actividades y funcionamiento; los productos, servicios y el territorio afectados; la duración estimada y la naturaleza del cártel.
- d) Pruebas del cártel que estén en posesión del solicitante o de las que este pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, en particular, pruebas contemporáneas del mismo, que permitan verificar su existencia.
- e) Relación de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa que el solicitante, en su caso, haya presentado o vaya a presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel.

El apartado 2 del artículo 65 de la LDC establece los requisitos que la empresa o la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud de exención del pago de la multa debe cumplir para que la CNC le conceda la exención. Estos requisitos, a excepción del relativo al papel que haya desempeñado el solicitante de exención del pago de la multa en relación con los demás miembros del cártel, han de ser cumplidos, asimismo, por los solicitantes de reducción del importe de la multa, guardando todos ellos relación con la cooperación plena y leal del solicitante de clemencia con la CNC.

El primero de los requisitos que ha de cumplir el solicitante de clemencia, tanto para la exención del pago de la multa como para la reducción del importe de la multa, es el relativo al deber de cooperación. A efectos de lo establecido en los artículos 65 y 66 de la LDC y como desarrolla el artículo 52 del RDC, desde el

momento en que presente su solicitud de clemencia, el solicitante de clemencia deberá cooperar plena, continua y diligentemente durante todo el procedimiento administrativo de investigación con la CNC, debiendo cumplir el solicitante de clemencia, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) facilitar inmediatamente a la Dirección de Investigación toda la información y elementos de prueba pertinentes en relación con el cártel que estén en su poder o a su disposición;
- b) quedar a disposición de la Dirección de Investigación para responder con prontitud a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos;
- c) facilitar que los empleados y directivos actuales (y, en la medida de lo posible, los directivos anteriores) estén disponibles para entrevistarse con personal de la Dirección de Investigación;
- d) abstenerse de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba pertinentes relativos al cártel, y
- e) abstenerse de divulgar, directa o indirectamente, el hecho de la presentación de la solicitud de clemencia o el contenido de esta a terceros distintos de la Comisión Europea u otras Autoridades de Competencia, antes de la notificación del pliego de concreción o hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación.

En segundo lugar, el solicitante de clemencia ha de poner fin a su implicación en el cártel inmediatamente después de presentar su solicitud de clemencia, excepto en aquellos supuestos en los que la Dirección de Investigación estime necesario que dicha participación en el cártel continúe con el fin de preservar, en su caso, la eficacia de una futura inspección. Ello no quiere decir que la Dirección de Investigación anime o promueva la participación en el cártel del solicitante de clemencia una vez presentada por este su solicitud ante la CNC, sino que de su conducta ante los demás miembros del cártel no se pueda presumir la presentación de dicha solicitud. Es decir, en la práctica lo que esta medida supone es la permanencia en el cártel de dicha empresa manteniendo un papel pasivo que no suponga la revelación de la presentación de una solicitud de clemencia por dicha empresa o persona física antes de la realización de las inspecciones por la CNC.

En el supuesto de presentación de una solicitud de exención del pago de la multa se establece además la obligación al solicitante de no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción, sin que dicho requisito sea exigible para el solicitante de reducción del importe de la multa.

Los citados requisitos se deberán mantener durante todo el procedimiento, tanto en la fase de información reservada como una vez incoado expediente sancionador, para que finalmente el Consejo de la CNC pueda conceder la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa al solicitante de clemencia. Si se incumplieran los requisitos indicados, el Consejo de la CNC podría

no conceder la exención del pago de la multa, aunque la Dirección de Investigación haya concedido al solicitante de exención la exención condicional o no reducir el importe de la multa al solicitante de reducción, aunque se haya propuesto dicha reducción del importe de la multa por la Dirección de Investigación en su propuesta de resolución dirigida al Consejo de la CNC.

Si bien el programa español de clemencia, como ya se ha indicado, se inspira en el modelo comunitario, las peculiaridades propias de nuestro procedimiento sancionador basado en los principios de publicidad, transparencia y contradicción, así como el derecho de defensa, caracterizan el programa español de clemencia, contribuyendo, en gran parte, a la efectiva presentación de solicitudes de clemencia. Es un hecho público que el primer día de la entrada en vigor del programa de clemencia en España se presentaron seis solicitudes de clemencia, así como que posteriormente se han seguido presentando solicitudes de exención del pago de la multa y/o de reducción del importe de esta, que han puesto en conocimiento de la CNC la existencia de cárteles hasta ese momento no detectados por la autoridad de competencia o han aportado pruebas con un valor añadido significativo respecto de dichos cárteles, en la mayoría de los supuestos en este último caso, tras la realización de inspecciones por la CNC.

Entre otros incentivos en el programa de clemencia español, destaca la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia tanto por una empresa como por una persona física participante en un cártel; la posibilidad de presentar solicitudes de exención hasta la notificación del pliego de concreción de hechos e, incluso, respecto de las solicitudes de reducción, tras dicha notificación cuando, teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la naturaleza o el contenido de los elementos de prueba aportados por el solicitante así los justifiquen, incentivando de esta manera el aporte de información y pruebas que permitan corroborar los hechos hasta prácticamente el final del procedimiento y, sobre todo, las garantías procedimentales ofrecidas en el programa español de clemencia, que garantizan el anonimato al solicitante de clemencia, así como una total transparencia en cuanto a las condiciones que ha de cumplir para obtener la exención o, en su caso, la reducción del importe de la multa.

De acuerdo con la experiencia española, cuyo programa de clemencia es relativamente nuevo y, por lo tanto, se ha beneficiado en su diseño de la experiencia adquirida por otras autoridades de competencia, los elementos que lo caracterizan y que han contribuido a la efectiva presentación de solicitudes de clemencia son los siguientes:

- a) Transparencia: clara regulación del programa de clemencia, tanto en la LDC como en el RDC, incidiéndose especialmente en los aspectos más prácticos relativos a cómo presentar una solicitud de clemencia con carácter previo a la entrada en vigor del programa de clemencia, publicándose en la página web de la CNC unas indicaciones provisionales para la tramitación de las solicitudes de clemencia, que han sido posteriormente actualizadas en

marzo de 2009, de acuerdo con la experiencia adquirida tras el primer año de aplicación del programa.

- b) Seguridad y rigurosidad en determinar el orden de recepción de las solicitudes de clemencia presentadas: el orden de recepción de las solicitudes presentadas es determinante para el examen de las diversas solicitudes de exención que se hayan podido presentar respecto de un mismo cártel (lo que fue especialmente significativo en nuestro caso, dado que el primer día tras la puesta en marcha de este programa se presentaron dos solicitudes de clemencia relativas a un mismo cártel), así como a la hora de conceder un plazo para presentar los elementos probatorios del cártel, en todo caso, previa petición motivada del solicitante de exención y en supuestos muy excepcionales. Este orden de recepción también es determinante para la valoración de solicitudes presentadas posteriormente, pues las solicitudes de reducción no se examinarán sin antes haber pronunciado sobre la exención condicional relativa a solicitudes previas de exención relacionadas con el mismo cártel. Por tanto, el trato favorable a las empresas o personas físicas partícipes en un cártel que quieran ponerlo en conocimiento de la CNC dependerá del orden en que se facilite la información, el momento en que se aporte y la relevancia de la información para la resolución del expediente sancionador.
- c) Flexibilidad: ello no obsta a que se facilite al solicitante de clemencia los medios que estime más oportunos para presentar su solicitud, ya sea escrita o verbal, así como la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia en línea a través de la oficina virtual de la CNC (<https://oficinavirtual.cncompetencia.es>), todos los días del año, durante las 24 horas del día.¹⁰
- d) Previsibilidad: si una vez examinada la información y los elementos de prueba presentados por el solicitante de clemencia la Dirección de Investigación concede la exención condicional, dicho acuerdo no supone el reconocimiento al solicitante de clemencia de la exención de la multa, pues esta será otorgada al finalizar el procedimiento por el Consejo de la CNC, siguiendo la propuesta de la Dirección de Investigación, si el solicitante de clemencia ha cumplido los deberes de cooperación. La exención del pago de la multa concedida a la empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales o a las personas integrantes de los órganos directivos que

10. Resolución de 13 de febrero de 2008, de la Presidencia de la CNC, por la que se crea el Registro Electrónico de la CNC, para la recepción, remisión y tramitación de escritos, solicitudes y comunicaciones que se presenten por vía electrónica ante la CNC.

hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la CNC.

- e) Mecanismos de coordinación con otros órganos de competencia, tanto con los órganos autonómicos de defensa de la competencia, como con la Comisión Europea y otras Autoridades Nacionales de Competencia.
- f) Confidencialidad: es fundamental garantizar al solicitante de clemencia la máxima confidencialidad durante todo el proceso, tanto al presentar su solicitud como una vez incoado el expediente sancionador. Por ello, el artículo 51 del RDC establece que la CNC tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de clemencia, formando pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud y los documentos que la acompañen, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante.

Esta confidencialidad se asegura incluso respecto del órgano de resolución de la CNC, el Consejo, para mantener la estricta separación entre el órgano de instrucción de la CNC, la Dirección de Investigación, y el citado Consejo. No obstante, una vez que se remita el pliego de concreción de hechos y para no vulnerar los derechos de defensa de los demás interesados, se permite el acceso de aquellos datos o documentos de las solicitudes de clemencia presentadas que sean necesarios para contestar el pliego, aunque en relación con las declaraciones efectuadas por el solicitante de clemencia de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud, ya sean escritas o verbales, los interesados no pueden obtener copias de estas, aunque sí serán accesibles y se podrán tomar las notas que se estimen oportunas. Con ello se protege la condición del solicitante de clemencia y se evita que la información aportada por este pueda ser utilizada posteriormente para otros fines diferentes a los previstos en el programa de clemencia, como por ejemplo en demandas de indemnización por daños y perjuicios. A este respecto, en el ámbito de la consulta del Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de la Comisión Europea, la CNC señaló la necesidad de asegurar que la interacción entre las demandas de indemnización por daños y los programas de clemencia no ponga en peligro la viabilidad de estos programas, que se han revelado como un instrumento fundamental para la aplicación pública de las normas de competencia, indicándose que debería darse una protección adecuada a las declaraciones corporativas de los solicitantes de clemencia.¹¹

11. Estos comentarios de la CNC al citado Libro Blanco están disponibles en la página web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/comi_es.pdf.

En relación con la confidencialidad, sobre dicha cuestión se ha planteado el único recurso administrativo interpuesto hasta el momento por un solicitante de clemencia y que el Consejo de la CNC resolvió estando aún el expediente en fase de instrucción. El objeto del recurso era la confidencialidad solicitada por el clemente respecto de la identidad de los directivos de la empresa que habían realizado declaraciones en el ámbito de la solicitud de reducción presentada, señalando el clemente su confidencialidad de cara a la notificación del pliego. En su resolución, el Consejo de la CNC, sin entrar a valorar el contenido de dicha solicitud de clemencia que, por otra parte, desconocía, confirmó que la confidencialidad de dicha información no se podía mantener tras la notificación del pliego.¹²

En todo caso, la eficacia del programa de clemencia depende, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de exención y/o reducción de la posible multa, lo que está directamente vinculado a la amenaza real de sanción a los miembros del cártel, en lo que incide tanto la cuantía de las sanciones –como se ha reafirmado en la comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones– como la eficacia de la actuación de la CNC.

En aplicación del programa de clemencia, procede el rechazo de la solicitud de exención presentada si se da alguno de los siguientes supuestos:

1. Por falta de competencia, cuando la CNC no es la autoridad competente para conocer la solicitud presentada y dicha competencia sea de la Comisión Europea, de una ANC o de un órgano autonómico de defensa de la competencia. En el RDC se han desarrollado los mecanismos de coordinación con los órganos autonómicos, que complementan lo previsto 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 y en el supuesto de aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), se podrán presentar ante la Dirección de Investigación solicitudes abreviadas de exención en los casos en los que la empresa presente una solicitud de clemencia ante la Comisión Europea.
2. Por presentación extemporánea, cuando la solicitud de exención del pago de la multa se presente con posterioridad a la notificación del pliego.
3. Por la condición del solicitante de clemencia, cuando la solicitud de clemencia se presente conjuntamente por una pluralidad de solicitantes o el solicitante no aporta elementos de prueba de su participación en un cártel, bien porque no presente pruebas de dicho cártel o de su participación o bien porque se trate de un denunciante.

12. Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, Expte. R/0020/09, Vinos de Jerez.

4. En cuanto al contenido de la solicitud de exención del pago de la multa, que esta no contenga la información y elementos de prueba indicados en el ya citado artículo 46.3 del RDC. En el supuesto de que el solicitante de clemencia haya pedido y se le haya concedido un plazo para la presentación de los elementos de prueba en un momento posterior y finalmente los elementos de prueba no se presenten, se rechazará igualmente la solicitud de exención presentada.
5. En cuanto al análisis de la solicitud de exención del pago de la multa, que esta sea incompleta, pues los elementos de prueba presentados, a juicio de la Dirección de Investigación, no le permitan ordenar el desarrollo de una inspección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LDC o no le permitan comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65.1.b) de la LDC.
6. En cuanto a su prescripción, cuando el cártel descrito en la solicitud de exención presentada haya prescrito, de acuerdo con lo indicado en el artículo 68.1 de la LDC, en el que se indica que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, computándose el término de la prescripción desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado.
7. En cuanto a la disponibilidad de la exención condicional, que esta no esté disponible, bien porque se disponga ya de elementos suficientes para ordenar una inspección o para establecer la existencia de la infracción por parte de la CNC y, por tanto, no se cumplen los requisitos del artículo 65.1 de la LDC, o ya se haya concedido la exención condicional por la Dirección de Investigación a un anterior solicitante de exención.

Al rechazar la solicitud de clemencia presentada, se hace constar expresamente que el solicitante de clemencia podrá retirar la información y los elementos de prueba presentados o, en su caso, si la exención no está disponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la LDC, solicitar a la Dirección de Investigación que sean examinados como una solicitud de reducción del importe de la multa, siempre que la empresa o persona física facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNC, siempre que cumplan lo previsto en el artículo 65.2 de la LDC.

Se entiende que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que por su naturaleza o nivel de detalle permitan a la CNC aumentar su capacidad de probar los hechos de que se trate (artículo 49.2 del RDC). En todo caso, la solicitud de reducción del importe de la multa deberá contener la información y los elementos de prueba indicados en el artículo 46.3 del RDC.

En su caso, la Dirección de Investigación comunicará en el momento de notificar el pliego de concreción de hechos su propuesta al Consejo de la CNC

sobre la reducción del importe de la multa, dentro de los intervalos que corresponda según lo dispuesto en el artículo 66.2 de la LDC, o bien informará de que no procede dicha propuesta de reducción del importe de la multa por no cumplirse los requisitos para obtener la reducción.

En la práctica, los solicitantes de clemencia están presentando a la CNC solicitudes de exención del pago de la multa en aplicación del artículo 65 y, subsidiariamente, de reducción en aplicación del artículo 66 de la LDC.

3. Concepto de cártel

La investigación de los cárteles, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales de estos sobre los consumidores al eliminar los incentivos de las empresas participantes en los mismos para mejorar la calidad de sus productos o servicios y reducir sus costes, al tiempo que dificultan la actividad de otras empresas en el mercado, es una de las prioridades de la actuación de la CNC, como se puso de manifiesto con la nueva Ley de Defensa de la Competencia, introduciendo en España el programa de clemencia, que se ha revelado como un instrumento realmente eficaz de lucha contra los cárteles.

Tanto la doctrina como las autoridades de defensa de la competencia habían coincidido en definir el cártel como acuerdos entre competidores para dividirse los mercados o aumentar los precios, constituyendo este tipo de acuerdos una infracción muy grave de defensa de la competencia.

Si bien en las normas comunitarias no se definía el cártel, este quedaba contemplado en la regulación dada en el artículo 101 del TFUE, que declara incompatibles con el mercado común y prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

En ese mismo sentido se ha regulado en la LDC, prohibiéndose en su artículo 1 todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La doctrina y jurisprudencia consolidada señala que basta el consentimiento, incluso tácito, para valorar la participación de una empresa en un cártel y considerarla autora de una infracción de competencia. Incluso si se considerara una empresa ajena al negocio afectado por la conducta, debería declararse su responsabilidad, pues el hecho de que una empresa no opere en el mercado en el que se materializa la restricción de la competencia no excluye su responsabilidad por haber participado en el concurso de voluntades y su puesta en práctica (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia –hoy Tribunal General– de 8 de julio de 2008, T-99/04, AC-Treuhand AG/Comisión). Constatada la participación de la empresa en un cártel recae en ella la carga de la prueba de que su intención no era participar en dicha coordinación de estrategias competitivas (sentencia del 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P).

Reiterada jurisprudencia comunitaria ha indicado que el concepto de acuerdo ha de ser interpretado en un sentido amplio y que, en todo caso, debe haber una concordancia, expresa o tácita, de voluntades de los participantes de dicho acuerdo, lo que debe entenderse en el sentido de que todo operador debe definir de manera autónoma su política comercial, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto influir en la conducta de un competidor real o potencial o desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado. De hecho, de acuerdo con la práctica decisoria de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un cártel puede ser al mismo tiempo un acuerdo y una práctica concertada, pues el artículo 101 del TFUE no prevé una categoría específica para el supuesto de cártel, indicando la jurisprudencia comunitaria que no es necesario tipificar la conducta exclusivamente como una u otra de estas formas de comportamiento ilegal –acuerdo o práctica concertada–, pues los conceptos de acuerdo y práctica concertada son fluidos y pueden solaparse e, incluso, puede no ser posible hacer tal distinción, pues una infrac-

ción puede presentar simultáneamente características de cada forma de conducta prohibida¹³.

En el ordenamiento español, el artículo 1 de la LDC también se opone a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto influir en la conducta de un competidor real o potencial o desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado.

Por lo tanto, a efectos del artículo 1 de la LDC, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, no siendo necesario que dicho acuerdo entre competidores conste por escrito, ni se requiere que este acuerdo sea formal, ni que se hayan establecido sanciones contractuales o medidas para asegurar el cumplimiento de lo acordado, pudiendo ser dicho acuerdo explícito o estar implícito en el comportamiento de las partes, tanto una vez adoptado el acuerdo o en el proceso de negociación que conduzca al acuerdo definitivo entre los partícipes en dicho acuerdo.

Las anteriores leyes de Defensa de la Competencia –tanto la Ley 110/1963 como la Ley 16/1989– no incluían en su articulado ni definían «cártl», aunque se entendía incluido en la prohibición establecida en los artículos 1 de las citadas Leyes –de similar contenido al vigente artículo 1 de la LDC– y, por lo tanto, los cárteles también han sido sancionados por resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y del vigente Consejo de la CNC en aplicación de la Ley 16/1989 utilizando, por cierto, en ocasiones explícitamente el término cártl,¹⁴ remitiéndose a jurisprudencia comunitaria¹⁵.

Es por ello que la definición de cártl en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la LDC, a efectos de lo dispuesto en dicha ley, como todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidos las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones,

13. Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión; asunto T-7/89, Hércules/Comisión; asunto C-49/92, Comisión/Anic Partecipazioni; asunto C-199/92, P: Hüls/Comisión; asuntos acumulados T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. y otros/Comisión (PVC II) y asuntos T-147/89, T-148/89 y T-151/89, respectivamente Société Métallurgique de Normandie/Comisión, Treflunion/Comisión y Société des treillis et panneaux soudés/Comisión.

14. Por ejemplo, resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de enero de 2002, Expte. 510/01 Fujifilm y de 13 de junio de 2003, Expte. 543/02 TRASMEDITERRÁNEA/EUROFERRYS/ BUQUEBÚS y resoluciones del Consejo de la CNC de 18 de octubre de 2007, Expte. 617/06 CAJAS VASCAS Y NAVARRA; de 1 de abril de 2008, Expte. 623/07 Transportes de Barcelona; de 22 de julio de 2009, Expte. 648/08 HORMIGONES CÁNTABROS y de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal.

15. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 1990, C-277/87, asunto Sandoz; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de octubre de 2000, T-41/96, asunto Bayer y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01P.

se remitía a lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia entendía que era un cártel.¹⁶

La aplicación del programa de clemencia o, más bien, la imposibilidad de acogerse a este programa si no se trata de un cártel otorgan a día de hoy más importancia si cabe a esta cuestión.

El hecho de que existan características típicas o elementos que facilitan la comprobación de la existencia de un cártel no implica que deban apreciarse todas ellas como condición necesaria para afirmar la existencia de un cártel y que puedan producirse con otras características y, en ese sentido, debe operar la definición de cártel dada en la Disposición Adicional 4ª de la LDC, en cuanto que en dicha definición se relaciona el objeto ilícito por el que se ha constituido el cártel (fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o exportaciones), pero no así los distintos medios o instrumentos que habilitan las empresas participantes en un cártel para conseguir dicho objeto ilícito.

Así, por ejemplo, la fijación de precios puede acometerse de muy distintas formas y una normativa eficaz de defensa de la competencia ha de abarcar no solo las modalidades de fijación de precios más palmarias (como una simple y llana fijación de precios de venta), sino todos aquellos acuerdos y prácticas más o menos sutiles que tengan por objeto limitar la competencia en los precios, como, por ejemplo, los intercambios de información entre competidores relativos a sus intenciones en materia de precios futuros. Para la determinación de una práctica que tiene por objeto la fijación de precios no es ni siquiera preciso que los precios hayan sido efectivamente fijados, basta con que las partes del acuerdo hayan podido confiar en que el resto de participantes van a seguir una estrategia de colaboración en común para aumentar o mantener los precios en un determinado nivel, en un clima de certidumbre.

También conforme a la jurisprudencia comunitaria el hecho de que los precios futuros intercambiados no sean aplicados en algunas ocasiones tampoco resta virtualidad a la calificación de la práctica como un cártel.

A raíz de algunas resoluciones de autoridades de competencia¹⁷ y tras la publicación de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artícu-

16. De hecho, esta definición viene a recoger lo indicado en la Recomendación de la OCDE de 25 de marzo de 1998, que considera cárteles duros «an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce» (Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, OCDE, C (98) 35/FINAL). En igual sentido se ha manifestado el documento «Fighting Hard core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes» y el «Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws», ambos de 2002 de la OCDE.

17. Como la resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional y la Decisión de la Autoridad italiana de Competencia de 15 de diciembre de 2010, por cárteles similares, o recientemente la Decisión de 17 de marzo de 2011 de la Autoridad alemana de Competencia.

lo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal,¹⁸ se ha evidenciado esta cuestión en relación con los intercambios de información entre competidores, que pueden constituir *per se* un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades, al intercambiarse los competidores sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades y, en ese supuesto, por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles.

Así, el intercambio de información entre competidores sobre las intenciones de la conducta futura relativa a precios o cantidades (que puede incluir, por ejemplo, las ventas futuras, las cuotas de mercado, los territorios o las listas de clientes) se considera una restricción de la competencia por el objeto, dada su condición de cártel.

Como ha señalado la jurisprudencia comunitaria,¹⁹ los criterios de coordinación aceptados en la jurisprudencia en materia de prácticas colusorias deben entenderse a la luz de la concepción inherente a la competencia, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado, sustituyendo los riesgos de la competencia por la cooperación, abandonando de forma voluntaria su independencia de conducta en el mercado, lo que reduce el juego de la competencia.

4. Aplicación del programa de clemencia por la Comisión Nacional de la Competencia: primeras resoluciones

Hasta la fecha de redacción del presente artículo se han resuelto seis expedientes sancionadores cuyo origen se encuentra en la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa que ha puesto en conocimiento de la CNC la existencia de cárteles hasta ese momento no detectados por la autoridad de competencia, habiéndose presentado en la mayoría de los supuestos solicitudes de reducción tras la realización de inspecciones por la CNC:

18. En concreto, los apartados 59, 62 y 74 de las Directrices de la Comisión Europea sobre aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (D.O.U.E. nº C 011 de 14/01/2011).

19. Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión y C-8/08, T-Mobile Netherlands y Sentencias del TPI de 24 de octubre de 1991, asunto Rhône-Poluenc/Comisión (T-1/189) y de 12 de julio de 2001, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Tate & Lyle/Comisión.

APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA (ordenado por cuantía de las multas)

Expediente	Clemencia	Total (€)
S/0086/08 Peluquería Profesional (Resolución de 2/03/2011)	Exención + reducción (1)	51.017.000 (+9.890.000 por exención)
S/0185/09 Bombas Fluidos (Resolución de 24/06/2011)	Exención	17.343.581(+962.500 por exención)
S/0120/08 Transitarios (Resolución de 31/07/2010)	Exención + reducción (2)	14.127.000 (+5.914.000 por exención + 1 reducción)
S/0084/08 Fabricantes de Gel (Resolución de 21/01/2010)	Exención + reducción (1)	8.328.812 (+6.754.229 por exención + reducción)
S/0091/08 Vinos Finos de Jerez (Resolución de 28/07/2010)	Exención + reducción (1)	6.173.000 (+ 670.000 por exención)
S/0085/08 Dentífricos (Resolución de 20/12/2009)	Exención	Prescripción/no acreditación

La primera resolución dictada por el Consejo de la CNC aplicando el programa de clemencia, de 20 de diciembre de 2009, en el ámbito del Expte. S/0085/08 Dentífricos, no se sancionó con multa, pues se declararon prescritos los acuerdos de incrementos de precios en los períodos 1995 a 1998 y 2000 a 2001 y no acreditado el acuerdo de 2004. Es de destacar que en esta primera resolución, como se ha confirmado en las resoluciones posteriores del Consejo de la CNC, se establece el especial valor probatorio de las declaraciones realizadas por el solicitante de clemencia, indicándose expresamente que *«la declaración de un directivo, acompañada de pruebas que la corroboren o de la declaración de otras partes puede ser prueba suficiente para acreditar la existencia de una infracción, en particular cuando se trate de un acuerdo de los previstos por el artículo 1 de la LDC»*.

En relación con el primer expediente cuyo origen fue una solicitud de clemencia, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel, dos de las empresas participantes en el cártel –Henkel y Sara Lee– presentaron una solicitud de clemencia el mismo día en que entró en vigor el programa de clemencia en relación con su participación en el mismo cártel, creado a finales de 2005, junto con otras empresas fabricantes de gel de baño y ducha, en concreto, Puig, Colgate y Colomer. El cartel consistía en un incremento encubierto de los precios del gel de baño y ducha en más de un 15 % a través de la reducción de los formatos, manteniendo el precio de dichos formatos a los nuevos de menor capacidad, enmascarando así a los consumidores el incremento de los precios de dichos productos y dificultando la identificación de la subida de precios que la reducción de los formatos implicaba. En aplicación del programa de clemencia, se procedió a la realización de inspecciones en las sedes de todas las empresas implicadas en el cártel y a la concesión de la exención condicional a Henkel, puesto que dicha empresa fue la primera en aportar a la CNC

elementos de prueba que permitieron ordenar el desarrollo de dichas inspecciones en relación con el citado cártel, confirmada posteriormente la exención en la resolución de 21 de enero de 2010 por el Consejo de la CNC, así como una reducción del 40% de la multa impuesta a Sara Lee, al aportar dicha empresa elementos de prueba del cártel a la CNC.

La siguiente resolución del Consejo de la CNC dictada en un expediente sancionador con origen en la presentación de una solicitud de clemencia fue la dictada el 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez, que sancionó un acuerdo global propio de un cártel organizado por las principales bodegas del Marco de Jerez, así como por la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (Fedejerez) y su Consejo Regulador, para controlar la producción e incrementar los precios de los vinos de Jerez destinados a la exportación bajo las marcas comerciales de los comercializadores en destino, el denominado mercado BOB (Buyer Owns Brand), consistente en (i) limitaciones en la producción mediante restricciones acordadas de oferta que limitaban el volumen de ventas, asignando un cupo a las empresas integrantes del cártel y un sistema de compensaciones; (ii) reparto del mercado mediante reparto de clientes, y (iii) fijación de precios mínimos, que se tradujo en mayores precios y menor oferta.

De acuerdo con la doctrina comunitaria y siguiendo la sentencia citada de 8 de julio de 2008 (asunto T-99/04, AC-Treuhand AG/Comisión), que precisamente sanciona como autor a quien, con pleno conocimiento, participa en un cártel como facilitador, el Consejo de la CNC sancionó la participación en el cártel de Fedejerez y del Consejo Regulador.

El solicitante de clemencia, Grupo Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos, fue eximido del pago de la multa que le habría correspondido por su participación en este cártel y aunque tras la inspección realizada en su sede Bodegas González Byass presentó también una solicitud de clemencia, si bien en un principio se propuso la reducción del importe de la sanción, tras incumplir el deber de colaboración que le impone la LDC en cuanto solicitante de clemencia, finalmente no se le redujo el importe de la multa.

En relación al Expte. S/0120/08 Transitarios, cuyo origen fue la presentación de una solicitud verbal de clemencia por ABX Logistics España, S.A., el mismo día en que entró en vigor el programa de clemencia, el Consejo de la CNC sancionó a ABX Logistics España, Blue Water Shipping España, DHL Express Barcelona Spain, Rhenus Logistics, Salvat Logística, Spain-Tir Transportes Internacionales, Transnatur y Transportes Internacionales Inter-Tir, por su participación en un cártel desde el año 2000 para coordinar sus estrategias comerciales y fijar incrementos de las tarifas de los servicios de actividades transitarias por carretera, es decir, de servicios de organización y planificación del transporte internacional de mercancías de terceros o de expedición de carga, afectando fundamentalmente a las pequeñas y medianas empresas. En aplicación del programa de clemencia, ABX quedó eximida del pago de la multa. Tras las inspecciones realizadas por la CNC, presentaron también una solicitud de clemencia DHL y Spain-Tir. Tras valorar los

elementos de prueba presentados por DHL, la CNC consideró que no aportaban un valor añadido significativo respecto a los que ya disponía la CNC en el momento de la presentación de dicha solicitud de clemencia, por lo que no obtuvo reducción. No obstante, dado que DHL colaboró de manera activa y efectiva con la CNC se minoró en un 5 % el importe de la multa como atenuante. En cuanto a Spain-Tir, la CNC valoró los elementos de prueba presentados en su solicitud de clemencia, que aportaron un valor añadido significativo para el establecimiento de la infracción, adelantando el inicio del cártel. Por todo ello, la CNC consideró a Spain-Tir merecedora del primer tramo de la reducción prevista en el programa de clemencia y en atención al valor añadido de los elementos de prueba aportados, a la eficacia y diligencia con que cooperó y a su voluntad decidida de contribuir al establecimiento de la infracción, le otorgó una reducción del 40 % del importe de la sanción. Además, dado que Spain-Tir permitió la acreditación del cártel en un período adicional de 2000 a 2003, de acuerdo con el programa de clemencia, se le ha eximido del importe de la multa correspondiente a dicho período.

En el Expte. S/0084/08 Peluquería Profesional, incoado tras la presentación de una nueva solicitud de clemencia por Henkel, la CNC ha sancionado un cártel creado en 1989 por las ocho principales empresas del sector de productos para peluquería profesional, el denominado G8 (L'Oreal, Wella, Colomer, Eugene Perma, Montibello, Lendan, Henkel, DSP Haircare Products), junto con la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (Stanpa), que intercambiaban información de precios actuales y futuros y la fecha prevista para su incremento, incrementos y tendencias de ventas, descuentos del canal mayorista, incentivos del personal de ventas, plazos y formas de pago y de financiación, etc., de forma sistemática, permitiéndoles coordinar sus estrategias comerciales, los precios y las entradas de nuevos operadores, anulando la incertidumbre estratégica, la independencia en las políticas comerciales y el incentivo para competir entre sí en precios, calidad o servicio, afectando gravemente a la competencia, pues dichas empresas tenían por objeto una restricción de la competencia en precios, cantidades y otras variables competitivas equivalente a una fijación de precios.

Por lo que se refiere a Stanpa, el Consejo de la CNC la declara coautora, junto al resto de las empresas imputadas, dado su papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del cártel entre algunas de las empresas del sector, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y ocultación y, por lo tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en dicho mercado y, especialmente, en relación con las restantes empresas asociadas no participantes en el cártel. Stanpa no solo ejercía labores administrativas del cártel, sino que desempeñó un papel activo en el mismo mostrando, a través de sus actos, su manifiesta voluntad de colaborar en la realización de la práctica prohibida. Estos requisitos son los que, en definitiva, ha exigido el Consejo de la CNC en ocasiones anteriores (como, por ejemplo, en el Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez) para, de acuerdo con la doctrina comunitaria, sancionar la

participación en un cártel de una asociación en concepto de facilitador, dado que el ilícito no se basa en el criterio del enriquecimiento, sino en el de puesta en peligro de la competencia, siendo indiferente que el partícipe en una infracción se beneficie o no de ella.

En aplicación del programa de clemencia, a Henkel se le concedió la exención del pago de la multa y no se redujo la multa a Wella, que presentó tras la inspección de su sede una solicitud de clemencia, dado que los elementos de prueba presentados por Wella no aportaban un valor significativo, aunque se valoró como atenuante la colaboración activa de dicha empresa en la acreditación del cártel, minorando en un 5 % la cuantía de la multa impuesta a Wella.

En relación al Expte. S/0185/09 Bombas Fluidos, tras la presentación de una solicitud de clemencia por el Grupo UTC (accionista de control del Grupo Industrial Ercole Marelli, S.A.), el Consejo de la CNC en su resolución de 24 de junio de 2011 declara acreditada la realización de dos conductas anticompetitivas distintas en las que participaron 19 empresas fabricantes y/o distribuidoras de bombas de fluidos y la Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos (AEFBBF), (i) una coordinación desde 2004 entre empresas competidoras, con la colaboración de la AEFBBF, en el negocio de las bombas de fluidos para la fijación de las condiciones comerciales a sus clientes (plazo de pago, plazo de garantía, coste de los avales, condiciones de entrega del producto, etc.) e intercambian información sobre previsiones de precios y otras variables de demanda y costes susceptibles de facilitar el alineamiento de comportamientos que contribuyen a determinar directa o indirectamente el precio y que, dadas las variables en las que se produce y la estructura que adoptan los acuerdos, es considerada un cártel de empresas, no siendo relevante que las condiciones acordadas se plasmaran en una recomendación sobre condiciones generales de venta de la AEFBBF, porque, sin perjuicio del título dado al documento de condiciones generales de venta y que se haya adoptado en el seno de la AEFBBF, es el resultado del concierto de voluntades de determinadas empresas competidoras integradas en la AEFBBF realizado con la colaboración de la AEFBBF y en el que intencionadamente se omitió la cláusula que hacía referencia a su seguimiento voluntario y (ii) el modelo de calidad para equipos contra incendios adoptado por una serie de empresas en el seno de la asociación, junto con el procedimiento de calificación diseñado sobre la base de dicho modelo, que el Consejo de la CNC considera que contienen cláusulas restrictivas y son susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, por lo que constituyen una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC y por el artículo 101.1 del TFUE.

El Consejo de la CNC consideró a la AEFBBF coautora en cuanto que había jugado un papel propio, dando apoyo al desarrollo del cártel, facilitando la cooperación e impulsándola, desempeñando un papel como facilitador del cártel. Esta interpretación de responsabilidad de empresas y asociación no es novedosa por parte de la CNC, como ya se ha indicado, por ejemplo, respecto del Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional y confirmó posteriormente el Consejo de la

CNC en su resolución de 13 de mayo de 2011 (Expte. S/0159/09 Unesa y Asociados), siguiendo la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia del TJUE, imponiendo sanciones tanto a las asociaciones como a sus asociados por una infracción del artículo 101 del TFUE. Así sucede en supuestos en los que una asociación, a través de la adopción de las correspondientes decisiones, constituye el marco en el que se crea o diseña un cártel o contribuye de forma decisiva y activa a su formación o ejecución (STJ de 16 de noviembre de 2000, asunto C-298/98 P, Finnboard/Comisión; STJ de 15 de marzo de 2000). Se trata de una adecuada atribución de responsabilidades personales a cada uno de los autores que intervienen en el cártel y que han desempeñado un papel propio en el mismo. De igual manera que se imputa responsabilidad a cada empresa por su participación, la asociación, con personalidad jurídica propia, debe responder por los actos que ha cometido, no siendo admisible que, en este caso, por el hecho de denominar «recomendación» a lo que es un acuerdo, se deba limitar la responsabilidad en la asociación y eximir de responsabilidades a empresas que se ha acreditado que han tomado parte en el mismo.

En aplicación del programa de clemencia se procedió a la realización de inspecciones en algunas de las empresas implicadas en el cártel y en la sede de la AEFBF, concediendo la Dirección de Investigación la exención condicional a la solicitante de clemencia, puesto que dicha empresa fue la primera en aportar a la CNC elementos de prueba que permitieron ordenar el desarrollo de dichas inspecciones, confirmada la exención el Consejo de la CNC, al considerar que la solicitante de clemencia cumplía plenamente los requisitos previstos en el artículo 65.2 de la LDC y respecto de la segunda conducta relativa a los equipos contra incendios que el Consejo de la CNC no califica como cártel, que dicho cambio de calificación no debe llevar en este caso a penalizar al clemente, pues la empresa solicitante de clemencia ha obrado en todo momento de buena fe aportando información también en relación a esta segunda conducta.

5. Conclusiones

Desde la entrada en vigor el 28 de febrero de 2008 del programa de clemencia en España, tanto por el número de solicitudes de clemencia presentadas como por los resultados obtenidos tras el examen y valoración de dichas solicitudes, es de destacar el resultado positivo de dicho programa. Es un hecho el aumento del número de expedientes sancionadores incoados en relación con cárteles (por ejemplo, un 15 % de los expedientes incoados desde 2008 hasta 2010 tuvieron su origen en una solicitud de clemencia), por lo que cabe afirmar que efectivamente este programa está consiguiendo el principal objetivo de su implantación en el sistema español de defensa de la competencia, la detección de cárteles y, de acuerdo con las citadas resoluciones del Consejo de la CNC, la sanción de estos e incluso, como se ha analizado, la delimitación del propio concepto de cártel (Expte. S/0086/08

Peluquería Profesional) o de la participación de asociaciones o empresas en este (Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez o Expte. S/0224/10 Colomer).

La eficacia de un programa de clemencia depende, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de clemencia, lo que viene determinado, en gran parte, por la previsible multa que pueda imponerse al cártel en el que participa y de la que quedará exonerado o su cuantía se verá significativamente reducida, y de otra parte, de las garantías procedimentales ofrecidas en el programa de clemencia, tanto el anonimato del solicitante de clemencia, como los requisitos que ha de cumplir para obtener la exención o, en su caso, la reducción del importe de la multa.

El establecimiento del programa de clemencia en España, con unos procedimientos claros para la presentación de solicitudes y unos criterios transparentes a la hora de la concesión de la posible exención o reducción, unidos a los nuevos poderes de investigación que la LDC otorga a la CNC, el incremento de las sanciones –con la aprobación de la comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones– y una estrecha colaboración con otras Autoridades de Competencia, ha permitido la creación de un clima de credibilidad y eficacia en cuanto a la efectiva aplicación del programa de clemencia. En este punto hay que destacar la estrecha colaboración y máxima coordinación entre la CNC y los servicios de la Comisión Europea y otras ANC en los supuestos de solicitudes presentadas antes varias Autoridades de Competencia.

Teniendo en cuenta la dificultad de la detección de cárteles, la existencia del programa de clemencia y aún más, su exitosa puesta en marcha, no solo posibilita la detección de estos a través de la presentación de solicitudes de clemencia por empresas participantes en dichos cárteles, sino que también favorece la desestabilización de estos, pues es un factor directamente relacionado con la percepción de las empresas que forman parte de un cártel de que este sea descubierto y que alguna otra empresa del cártel presente una solicitud de clemencia.

