

LA TRANSACCIÓN COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR EN DERECHO DE LA COMPETENCIA *

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

Subdirectora Adjunta, Asesoría Jurídica de la CNMC
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado
Doctora en Derecho

1. INTRODUCCIÓN

Son varias las posibles formas de terminación del procedimiento sancionador que puede esperar un agente económico investigado por presunta infracción de la normativa de competencia, en función de la conducta infractora de que se trate y de la jurisdicción en la que opere la Autoridad competente para instruir y resolver el expediente. Como regla general, el procedimiento sancionador podrá concluir en una resolución que declare y describa con detalle la infracción cometida e imponga una multa, tras la correspondiente tramitación contradictoria, en la que el presunto infractor, en su papel de incoado, se limitará a contestar los hechos que el órgano de instrucción considere acreditados y a formular las alegaciones que correspondan a la imputación que se le formule. La resolución, normalmente dotada de una extensa motivación, contendrá una exposición pormenorizada de la conducta considerada acreditada, con información claramente perjudicial para la reputación de la empresa infractora frente a clientes y proveedores, así como potencialmente desfavorable desde la perspectiva de posibles demandas de daños derivados de la infracción. A lo largo de este trabajo nos referiremos al *procedimiento ordinario* para hacer referencia a esta opción, pese a que en la práctica de muchas autoridades supervisoras haya dejado de ser el procedimiento más frecuente para la resolución de expedientes sancionadores de competencia.

En segundo lugar, el procedimiento puede concluir mediante una *terminación convencional*, sin expresa declaración de infracción y sin imposición de multa, si la conducta investigada es de tal naturaleza que lo

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y, naturalmente, no representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

permite, por tratarse de restricciones que ponen en riesgo las condiciones de competencia, pero se acuerda que existen compromisos voluntariamente asumidos por el presunto infractor que pueden resolver los problemas detectados y garantizar el interés público. Esta forma de terminación del expediente sancionador no se contempla en ninguna jurisdicción para los casos de infracciones más graves, como son los cárteles, en los que la conducta anticompetitiva se agota en sí misma, y por tanto no cabe pensar en compromisos que restablezcan las condiciones de competencia más allá del cese de la conducta y de la imposición de una multa disuasoria.

Finalmente, en algunas jurisdicciones cabe una tercera forma alternativa de terminación del expediente sancionador, que pasa por la cooperación del operador investigado con la Autoridad de competencia mediante el reconocimiento expreso de su participación en una infracción delimitada en cuanto a su alcance y duración. Ello propicia una tramitación más sumaria del expediente y comporta la reducción de la multa resultante, beneficio este más tangible para el operador investigado, sin perjuicio de otros cualitativamente estratégicos. En este trabajo nos referiremos a esos supuestos de terminación del procedimiento sancionador con declaración de infracción e imposición de multa rebajada como «transacción». El ámbito de conductas prohibidas respecto de las que procede la transacción varía notablemente de unos ordenamientos a otros.

La admisión de la transacción como posible forma alternativa de finalización de un expediente sancionador descansa sobre la premisa de que tal terminación convencional, con declaración de infracción e imposición de sanción reducida en un cierto porcentaje, contribuye a incrementar la eficacia en la actividad de la Autoridad administrativa de supervisión competente, sin merma del objetivo de disuasión general. Es más, esta forma alternativa de terminación del procedimiento sancionador podría conllevar incluso un mayor efecto disuasorio, en tanto que los recursos de la Administración de que se trate pueden ser destinados a detectar nuevos casos en lugar de a la instrucción y resolución administrativa y posterior revisión judicial de infracciones ya descubiertas. Los expedientes por infracciones de la normativa de competencia constituyen una categoría destacada entre los procedimientos sancionadores a los que tal razonamiento es aplicable¹.

La consecuencia de aplicar el procedimiento de transacción en un expediente sancionador es clara. La Autoridad competente ofrece una rebaja de la multa esperable y obtiene a cambio un reconocimiento de la infracción,

¹ L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, pp. 395-422, se refiere al impacto negativo que, en materia de disuasión, puede tener el uso intensivo de los procedimientos de transacción. Por el contrario, considerando que el efecto neto de la generalización de los procedimientos de *settlement* es de incremento de la disuasión, véase M. HELLWIG, K. HÜSCHEL RATH y U. LAITENBERGER, «Settlements and Appeals in the European Commission’s Cartel Cases: An Empirical Assessment», en *Discussion Paper No. 16-010*, disponible en SSRN-id2731073.

lo cual posibilita un procedimiento simplificado y sumario, que conlleva ventajas para ambas partes².

Sin embargo, los efectos que pueda provocar la introducción de la transacción en un determinado ordenamiento jurídico son más difíciles de anticipar. Es evidente la dificultad de constatar empíricamente si, efectivamente, la reducción relativa en la disuasión que previsiblemente generan las multas rebajadas por transacción se ve superada por el aumento esperado de la disciplina de cumplimiento que provoque el que la Autoridad de la competencia disponga de un mayor número de recursos para poder detectar más infracciones³. A su vez, esa relación entre solución transaccional del procedimiento administrativo y efecto disuasorio, que en esencia remite al debate sobre la mejor forma de atender al interés público en que disminuyan las conductas infractoras del Derecho de la competencia, resulta más ardua de valorar cuantitativamente si se incluye en el análisis la repercusión que el procedimiento transaccional pueda tener en las subsiguientes demandas de daños derivados de la infracción concurrencial y, por tanto, en el efecto disuasorio sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia⁴. Asimismo, el objetivo de resolución eficiente de infracciones antitrust ya detectadas no debe poner en riesgo otros institutos, concretamente el Programa de Clemencia, destinados precisamente al descubrimiento de los más graves casos de vulneración de la normativa de competencia.

El objeto de este estudio es la figura de la transacción en Derecho de la competencia. Para ello se analizan su regulación y su aplicación en algunas de las jurisdicciones de referencia donde se prevé como forma de terminación del expediente sancionador por infracciones de competencia. Asimismo, se analizan otras formas alternativas de terminación del procedimiento sancionador de competencia y algunos ejemplos de transacción, con reconocimiento de responsabilidad e imposición de multa reducida, en procedimientos administrativos sancionadores en otros sectores del ordenamiento.

A los efectos de este estudio, el término transacción se emplea en el sentido usado por la Comisión Europea para el *settlement* en el Reglamento CE núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, adoptado para el desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel⁵. Se trata

² Algunas Autoridades de competencia se refieren a la transacción como una *win-win situation*, véase «Cartel Settlements», *Report to the ICN Annual Conference*, abril de 2008, p. 9, disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org.

³ A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, p. 50, nota 13.

⁴ L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, pp. 395-422, incide en la necesidad de ponderar los distintos instrumentos a disposición de las Autoridades de competencia, en particular las transacciones y los programas de clemencia, en relación al conjunto de intereses implicados en la defensa de la competencia, especialmente el mantenimiento de los objetivos de disuasión y la compensación a los dañados por la conducta infractora.

⁵ Reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004, en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. La Comisión publicó inmediatamente después una Comunicación 2008/C 167/01 sobre el desarrollo de los procedimientos de

de un procedimiento claramente diferenciado de la llamada decisión con compromisos (*commitment decision*), que prevé a su vez el art. 9 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, reservada para casos distintos y con finalidad diversa.

Lo resume muy bien el Tribunal General de la Unión Europea en su Sentencia de 20 de mayo de 2015 (caso T-456/10, *Timab*)⁶:

«El procedimiento de transacción establece que las empresas que sean objeto de investigación, que afronten pruebas de cargo y hayan decidido transigir, reconozcan su participación en la infracción, renuncien, con determinados requisitos, a su derecho de acceso al expediente administrativo y a su derecho a ser escuchadas en audiencia, y acepten recibir el pliego de cargos y la decisión final en la lengua oficial de la Unión que se acuerde (Comunicación sobre la transacción, punto 20) [...]. En contrapartida, la Comisión les concederá una reducción del 10% del importe de la multa que se les habría impuesto a raíz de un procedimiento ordinario, mediante la aplicación de sus directrices sobre las multas y de la Comunicación sobre la cooperación (Comunicación sobre la transacción, puntos 30 a 33)» (párrs. 61 y 62). [...] «El procedimiento de transacción es un procedimiento administrativo alternativo al procedimiento administrativo ordinario —que es contradictorio—, distinto de este, y que posee algunas especialidades, como la notificación del pliego de cargos anticipada y de la probable franja de multas» (párr. 73).

A diferencia de la decisión con compromisos que prevé el art. 9 del Reglamento 1/2003, o de la terminación convencional regulada en el art. 52 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), como veremos *infra*, la resolución administrativa que resuelve el procedimiento de transacción contiene el reconocimiento de las empresas investigadas sobre su participación en una infracción del Derecho de la competencia, así como la imposición a las mismas de una sanción (minorada).

En los ordenamientos que contemplan un procedimiento de *settlement* para conductas anticompetitivas, este se reserva mayoritariamente para conductas tipificadas como cártel, y las resoluciones de transacción constituyen un precedente a efectos de apreciar la agravante de comisión repetida del ilícito, dos elementos que no concurren en la terminación convencional, tal y como esta se regula en la normativa comunitaria. El Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, en su considerando 13, referido a la decisión con compromisos regulada en el art. 9, señala que las decisiones de compromisos constatan que ya no hay motivos para que la Comisión

transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en casos de cártel.

⁶ Primera sentencia recaída en un caso de transacción «híbrido», como se conoce a aquellos en los que algunas de las empresas intervinientes en la infracción rechazan participar en el procedimiento de transacción, y son destinatarias de una decisión sancionadora ordinaria. Brevemente sobre el asunto de fondo, véase N. LENOIR y M. TRUFFIER, «*Timab Industries et al.*: General Court's Ruling on the First Hybrid Settlement Case», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7(1), 2016, pp. 24-25.

intervenga, «sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción y si esta aún existe. [...] No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa». También nuestra LDC (art. 52) regula la terminación convencional como modo alternativo de resolver el procedimiento sancionador, sin declaración de existencia de conducta prohibida, mientras que la *Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre terminación convencional de expedientes sancionadores*, exceptúa expresamente los supuestos de cártel entre las conductas investigadas que pueden dar inicio a una terminación convencional⁷.

Por su claridad, cabe reseñar la definición que emplea la Autoridad de la competencia británica, la cual contiene los elementos esenciales de: i) reconocimiento de la infracción; ii) procedimiento en cierta medida abreviado o sumario, y iii) rebaja de la multa que proceda: «*Settlement is the process whereby a business under investigation is prepared to admit that it has breached competition law and confirms that it accepts that a streamlined administrative procedure will govern the remainder of the CMA's investigation of that business' conduct. If so, the CMA will impose a reduced penalty on the business*»⁸.

2. LA TRANSACCIÓN CON DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN E IMPOSICIÓN DE MULTA COMO MODO DE TERMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Además del ejemplo cualificado que constituye el *settlement* introducido por el Derecho comunitario, cuyo análisis procede acometer en primer lugar, un número creciente de Estados miembros han incorporado en sus ordenamientos un procedimiento de transacción para vulneraciones de la normativa de competencia. El examen de algunas de esas regulaciones resulta ineludible en un contexto crecientemente armonizado en el que las infracciones son idénticas o equiparables entre jurisdicciones⁹. Por otro lado, la eficacia de ciertos instrumentos de reacción aplicados en otros ordenamientos justifica la valoración de su introducción en el español, hasta el punto de desplazar la carga de la prueba hacia quien sostenga la inconveniencia de incorporar la transacción como modo alternativo de solución de un expediente sancionador por conducta infractora de la competencia.

⁷ Comunicación de la CNC sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores de 2011, párrafo 23.

⁸ CMA, *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, marzo de 2014, disponible en www.gov.uk.

⁹ Sobre la complejidad añadida y los efectos que pueda tener en el procedimiento de *settlement* el que existan otros procedimientos sancionadores abiertos en otras jurisdicciones, véase F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 6. También, F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014 (5), p. 719.

El ordenamiento norteamericano, pese a ser el antecedente más remoto¹⁰ y contar con una práctica más asentada y proporcionalmente numerosa de procedimientos antitrust resueltos vía transacción, responde a un modelo que presenta unos rasgos diferenciados, los cuales acentúan la ya de por sí compleja importación de soluciones normativas entre los ordenamientos de *common law* y los de *civil law*¹¹. No obstante, a lo largo del trabajo se harán referencias a los elementos característicos de los *negotiated settlements* norteamericanos, así como a las argumentaciones y consideraciones relativas a este modo de terminación del procedimiento sancionador que puedan ser de interés a la hora de valorar la conveniencia de implementar una figura análoga en el ordenamiento español.

A. EL SETTLEMENT EN LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

El procedimiento de transacción comunitario fue introducido a través del Reglamento 662/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, mientras que la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel (2008/C 167/01) detalla la tramitación correspondiente y define el porcentaje de reducción de la multa a aplicar en estos casos¹².

Con anterioridad se disponía de un único modo de terminar convencionalmente un expediente sancionador de competencia: las más arriba citadas *commitment decisions*. El art. 9 del Reglamento 1/2003 establece que «[C]uando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesa-

¹⁰ La práctica norteamericana en materia de transacciones en el contexto antitrust se remonta a 1932 (*Swift & Co v. United States*, 286 U.S. 106), recibiendo expreso reconocimiento sobre su constitucionalidad en los años setenta (cfr. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 263, 1971).

¹¹ A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, p. 64, se plantea la duda de si la aproximación norteamericana a esta cuestión puede ser trasladable a otras jurisdicciones. En análogo sentido, apuntando que el interés público en juego podría ser ponderado de distinta manera en el ámbito europeo, véase G. S. GEORGIEV, «Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law», en *Utha Law Review*, núm. 4, 2007, pp. 971-1037, esp. pp. 1035-1037.

¹² Una descripción completa del procedimiento, su razón de ser y sus objetivos, puede consultarse en M. L. TIERNO CENTELLA, «El procedimiento de transacción comunitario para asuntos de cártel», en FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO (ed.), MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ (dirs.), *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*, vol. 28, 2009. Para un breve análisis de las seis primeras decisiones de *settlement* adoptadas por la Comisión Europea entre 2010 y 2012, véase F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 5 y ss. Un análisis reciente, que aporta la perspectiva de las 21 decisiones de terminación convencional adoptadas, puede consultarse en A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318, en cuyas pp. 2-4 se realiza una detallada descripción del desarrollo práctico del procedimiento de *settlement*. Finalmente, F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2016, pp. 72-84, analizan la experiencia práctica de decisiones de *settlement* recaídas en el periodo 2014-2015 y las novedades en la materia.

ción de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, esta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un periodo de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión»¹³.

Algunos autores coinciden en considerar que la introducción del *settlement* comunitario fue resultado del éxito del Programa de Clemencia, que se había incorporado al sistema comunitario de defensa de la competencia un año y medio antes¹⁴ y que posibilitó el inicio y tramitación de un volumen de procedimientos sancionadores de cárteles difícilmente manejable para la Comisión¹⁵.

Exclusivamente en casos de cártel, en los que no cabe la decisión con imposición de compromisos prevista en el art. 9 del Reglamento 1/2003, la Comisión Europea o las partes interesadas pueden proponer una transacción. La Comisión podrá descartar discrecionalmente la vía de la transacción cuando no la considere adecuada para el concreto caso investigado. En los procedimientos de transacción, las partes reconocen su participación en el cártel, lo que permite una tramitación más rápida del expediente sancionador, una reducción del 10 por 100 en las multas a imponer (en concepto de recompensa a la cooperación) y la adopción de una decisión comparativamente más breve, con una más sumaria descripción de los hechos acreditados y de la conducta infractora. El carácter relativamente exiguo de la reducción en el importe de la multa prevista responde al objetivo —además de lo que se señalará *infra* respecto de la coordinación con los Programas de Clemencia— de que los casos objeto de transacción sean los más incontestables desde la perspectiva de la acreditación de la conducta¹⁶. En la práctica, la mayoría de decisiones de *settlement* adoptadas por la Comisión se han dado en supuestos en los que existían varias solicitudes de clemencia y, por tanto, un elevado volumen de pruebas que acreditaban la infracción. El porcentaje de reducción de multa por *settlement* es idéntico para todas las empresas parte de la decisión de transacción. Esa reducción del

¹³ Sobre las *commitment decisions* de la Comisión Europea, véase W. P. J. WILS, «Settlements of EU Antitrust Investigations: commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003», en *World Competition*, vol. 28, núm. 3, septiembre de 2006. También, del mismo autor, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles», en *World Competition*, vol. 31, núm. 3, septiembre de 2008, y «Ten years of commitment decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Too much of a good thing?», en *Concurrences Journal 6th International Conference*, disponible en <http://ssrn.com/author=456087>.

¹⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOUE* de 8 de diciembre de 2006.

¹⁵ L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, p. 397. Más genéricamente, haciendo referencia a que el *settlement* es un recurso para autoridades de competencia que tratan de incrementar su eficacia y eficiencia en un contexto de mayor detección de casos, véase A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», en *13TH Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008, <https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>.

¹⁶ G. OLSEN y M. JEPHCOTT, «The European Commission's Settlement Procedure», en *Antitrust*, vol. 25 (1), 2010, p. 78.

10 por 100 se añade a las posibles reducciones procedentes de clemencia. La transacción permite a la Comisión adoptar una decisión más sucinta¹⁷ y de forma más rápida y, por tanto, asignar más recursos a la detección y tramitación de otros casos.

El procedimiento de *settlement* se articula¹⁸ a través de tres reuniones formales («rondas bilaterales de negociaciones») que se celebran entre la Comisión y cada empresa partícipe, si bien lo frecuente es que se produzcan conversaciones informales («reuniones técnicas» o «contactos exploratorios relativos a la transacción») antes de que el procedimiento se inicie formalmente. Como regla, en la primera reunión formal, que sigue a una invitación al efecto realizada por la Comisión, esta expone un resumen del caso. La Comisión presenta a las partes las pruebas esenciales sobre la conducta y les indica su valoración inicial en cuanto a la duración, gravedad, responsabilidad y posible multa. Las partes tienen acceso a ciertas pruebas clave contenidas en el expediente. Las empresas tienen un plazo, como regla breve, para solicitar un acceso más amplio a las pruebas disponibles y realizar observaciones, no necesariamente escritas, al resumen del caso formulado por la Comisión. Es en la segunda reunión formal con la Comisión cuando las empresas investigadas confirman su acuerdo con el planteamiento del caso formulado por la Comisión y con los valores de cifra de negocios relevantes para el cálculo de la multa. Por su parte la Comisión señala la visión del equipo responsable del caso sobre los parámetros de la multa: gravedad, duración relevante, circunstancias agravantes o atenuantes y grado de cooperación significativo para la reducción por clemencia. Finalmente, en la tercera y última reunión formal se proporciona a las empresas partícipes un rango de multa. Tras tal reunión se notifica a las partes un borrador de *settlement submission* o de solicitud de transacción para observaciones y posteriormente un Pliego de Cargos que incorpora la transacción. Las partes deben hacer una comunicación oral —grabada y transcrita en las oficinas de la Comisión— o escrita reconociendo su responsabilidad y aceptando el Pliego de Concreción de Hechos de la Comisión. Los servicios de la Comisión Europea cifran la reducción de la duración del procedimiento, por comparación con una tramitación ordinaria, en torno a dos años.

Las empresas investigadas pueden abandonar o desistir del procedimiento de transacción en cualquier momento de la tramitación. Precisa-

¹⁷ Tal como recogen A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *e-Competitions*, núm. 81.318, algunos ejemplos recientes en términos de longitud de las resoluciones de *settlement* de la Comisión europea ponen de manifiesto resoluciones de extensión en torno a 25 páginas: asunto AT.40028, *Alternadores y motores de arranque* (27 de enero de 2016); asunto AT.40098, *Trenes bloque* (15 de julio de 2015); asunto AT.40055, *Calentadores de aparcamiento* (17 de junio de 2015).

¹⁸ Seguimos aquí la relativamente detallada exposición del procedimiento de transacción contenida en los párrafos 5 y ss. de la precitada Comunicación de la Comisión 2008/C 167/01 sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en casos de cártel. También puede verse A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318, pp. 3 y 4.

mente entre las cuestiones más interesantes que plantea el procedimiento de transacción comunitario destaca la de cómo tratar los llamados casos *híbridos*, en los que no se consigue que todas las empresas afectadas participen en el *settlement*¹⁹, así como las consecuencias de tal transacción parcialmente fallida, tanto respecto de las empresas no parte de la decisión de *settlement* como del resto.

El caso conocido como *Animal Feed Phosphates* (COMP/38.86) fue el primero en el que una de las empresas implicadas (Timab Industries, S. A.), decidió abandonar el *settlement* una vez avanzada la tramitación del mismo, derivando el procedimiento en un caso mixto o híbrido, en el que se acordó la transacción con el resto de los infractores, y se continuó el procedimiento por tramitación ordinaria con tal empresa disidente.

Las eficiencias en términos de plazos y simplificación del procedimiento que derivan de la tramitación de una transacción se reducen, evidentemente, cuando la Comisión se enfrenta a un caso híbrido. A su vez, el mayor grado de detalle en términos de hechos probados y delimitación de la conducta que previsiblemente contendrá la decisión sancionadora resultante del procedimiento ordinario, por contraste con el carácter más sumario de las decisiones de *settlement* puras, puede ser vista por las partes que sí han transigido como un riesgo más cierto de exposición a posteriores demandas de daños. La diferencia temporal en la publicación de la decisión de *settlement* y la ordinaria obliga además a poner un especial cuidado en las posibles menciones que en la primera puedan hacerse respecto de la empresa o empresas que no hayan transigido²⁰. A su vez, cabe reseñar el distinto tratamiento que se reserva a las solicitudes de transacción «que se hayan retirado», en cuanto a su menor protección relativa en caso de solicitud de exhibición de pruebas contenidas en el expediente administrativo por parte de un órgano judicial, en el marco de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados de una infracción de la normativa de competencia²¹.

En la más arriba mencionada Sentencia de 20 de mayo de 2015 (asunto T456/10), que resuelve precisamente el recurso interpuesto por la precitada

¹⁹ Véase C. BRYANT y M. DATEMA, «Has the Dust Settled for Cartel Settlements?», en *CPI Antitrust Chronicle*, junio de 2016, pp. 8-13, señalando que los casos híbridos están teniendo una incidencia mayor de la prevista originariamente por la Comisión, y criticando que esta no haya logrado el equilibrio adecuado entre impedir que las partes que no transigen obliguen a cerrar la vía del *settlement* para el resto, pero al mismo tiempo no disminuir los beneficios del procedimiento de transacción para las partes que transigen.

²⁰ Véase el caso 1021/2014/CK, en el que se planteó una queja al Defensor del Pueblo Europeo, que esté considerada fundada, por un banco francés, Crédit Agricole, relativa a que las manifestaciones de un miembro de la Comisión en relación a la decisión de *settlement* (caso *Euro Interest Rate Derivatives*) podían poner de manifiesto que la Comisión había ya alcanzado una conclusión sobre la participación en la conducta de las empresas no participantes en la transacción, antes de que se resolviera ese procedimiento sancionador. Sobre el caso, véase L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, p. 415.

²¹ Frente a lo regulado por el art. 6.6 de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, que prevé que las solicitudes de transacción quedan completamente protegidas frente a su posible exhibición como prueba en un procedimiento judicial nacional, para las solicitudes de transacción «que se hayan retirado» [art. 6.5.c)], la protección se produce solo hasta que el procedimiento administrativo haya terminado.

Timab Industries, el Tribunal General se ha pronunciado sobre los efectos del *settlement* abandonado respecto del contenido posible de la posterior resolución en el procedimiento sancionador estándar. Timab reprochaba a la Comisión haberle aplicado, como empresa que desistió del procedimiento de transacción, una multa por encima del máximo de la franja contemplada durante las conversaciones con vistas a la transacción. El Tribunal General concluye que la multa no queda necesariamente limitada por el importe superior de la franja notificada en el marco de un *settlement*, incrementada solo en un 10 por 100 por no haberse aplicado finalmente la Comunicación sobre transacción. En un caso derivado del cierre sin éxito de una transacción, el Tribunal General entiende que la Comisión no está constreñida por el intervalo de multa anticipado a la empresa en el marco del procedimiento de *settlement*, sino que está legitimada para imponer una multa adaptada a las nuevas circunstancias existentes al adoptar la decisión ordinaria, incluyendo nuevas alegaciones o pruebas de las que haya tenido conocimiento con posterioridad al cierre del *settlement*, durante el procedimiento sancionador estándar²².

Hasta fechas recientes no había habido casos de reincidencia tenidos en cuenta en *settlements*. Un primer ejemplo se ha producido en *Alternators and Starters* (caso COMP/40028), decisión *simplificada* de 27 de enero de 2016 en la que Comisión apreció circunstancia agravante e impuso un incremento de multa del 50 por 100 a dos empresas que ya habían sido multadas en un previo asunto (*Gas Insulated Switchgear*, caso COMP/38899). Lo que no ha habido es (tiempo suficiente para que se den) casos de empresas que hayan transaccionado y posteriormente vuelvan a ser incoadas en un nuevo expediente sancionador.

Respecto del método de cálculo de la multa en los procedimientos de *settlement*, la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción se refiere repetidamente a las Directrices para el cálculo de las multas y a la «estimación de la multa potencial habida cuenta de las orientaciones contenidas en las Directrices» (párr. 15 de la Comunicación).

Asimismo, una reciente Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2016 (asunto *Printeos*), que anula por vez primera una decisión resultado de un procedimiento de transacción, resulta esclarecedora respecto de la debida motivación del cálculo de la sanción, también en este tipo de procedimientos²³:

«(37) Según la Comisión, dado que la Decisión impugnada se adoptó tras un procedimiento de transacción con ocasión del cual se informó a las

²² C. BRYANT y M. DATEMA, «Has the Dust Settled for Cartel Settlements?», en *CPI Antitrust Chronicle*, junio de 2016, pp. 10 y 11. apuntan a los efectos desincentivadores que la sentencia tendrá para aquellas partes que valoren dejar de participar en un procedimiento de *settlement* exclusivamente por razón del importe de la multa que anticipada.

²³ Para un primer comentario breve sobre la sentencia, véase V. SOPEÑA, «La Comisión debe motivar siempre el cálculo de las multas, incluso en los procedimientos de transacción», en el blog *Almacén de Derecho*, 2 de enero de 2017.

partes, en conversaciones bilaterales, de todos los elementos relevantes, tales como los hechos alegados, su calificación, la gravedad y duración de la infracción imputada, la atribución de responsabilidad y una estimación de la franja en que se situarían las probables multas, su motivación podía ser mucho más escueta que la de otras decisiones adoptadas con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento n.º 1/2003. A su entender, en el presente caso, las discusiones bilaterales entre la Comisión y las demandantes permitieron a estas últimas conocer cada uno de estos aspectos y la metodología prevista a efectos del cálculo de las multas, para decidir voluntariamente presentar o no una propuesta de transacción. Sostiene que, en estas circunstancias, la motivación de la Decisión impugnada era ampliamente suficiente. [...] (47) Contrariamente a lo que alega la Comisión, habida cuenta de las exigencias derivadas del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación, por un lado, con el artículo 263 TFUE y, por otro lado, con el artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003 (véase, en este sentido, la Sentencia de 8 de diciembre de 2011, *Chalkor/Comisión*, C 386/10 P, EU:C:2011:815, apdos. 52 a 67), tal como se invocan en el apartado 41 de la Comunicación sobre la transacción, estos principios se aplican *mutatis mutandis* a la obligación de la Comisión, en el sentido del artículo 296 TFUE, párrafo segundo, de motivar la decisión que impone multas adoptada por ella al término de un procedimiento de transacción en cuyo marco a la empresa interesada no le cabe sino aceptar el importe máximo de la multa propuesta».

Dadas las virtualidades del procedimiento de *settlement*, estrictamente previsto por la Comisión Europea para supuestos de cártel, cabe plantearse la conveniencia o no de articular un procedimiento análogo para infracciones distintas. Resulta significativo que, en un caso no susceptible de *settlement* ni de clemencia puesto que no se trataba de un cártel sino de un supuesto de abuso de posición de dominio, la Comisión haya acudido al expediente de la reducción de la multa por cooperación, con amparo en la cláusula general del párrafo (37) de las Directrices para el cálculo de la multa²⁴, para otorgar una reducción del 30 por 100 de la multa a la empresa que ha reconocido la infracción, lo que ha permitido una resolución más rápida del procedimiento y la imposición de remedios estructurales²⁵.

Por último, cabe mencionar, ya fuera del contexto europeo, el evidente efecto expansivo de la solución convencional para infracciones de compe-

²⁴ El párrafo (37) permite que las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular puedan justificar que la Comisión se aparte de la metodología de las Directrices para el cálculo de las multas (2006/C 210/02).

²⁵ Véase nota de prensa (IP/16/3116) y nota informativa (*Notice reduction of fines for cooperation*) en relación a la Decisión de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2016, en el caso de *Altstoff Recycling Austria*, donde el recurso al párrafo (37) de las Directrices sobre cálculo de multas se perfila como una solución para aquellos casos en los que no cabe transacción y la terminación convencional no es oportuna, bien porque la conducta ya ha finalizado bien porque los compromisos posibles no son suficientes para resolver los problemas de competencia detectados. Se interpreta como una suerte de transacción *avant la letter* en «*The European Commission extends its settlement procedure to abuse of dominance cases under Article 102 TFUE —fine imposed on Altstoff Recycling Austria reduced by 30% in Exchange of its co-operation with the Commission—*», entrada de 28 de septiembre de 2016 en kluvercompetitonlawblog.com.

tencia tradicionalmente arraigada en el *sistema norteamericano*²⁶. Además de los *consent decrees* y *consent orders*, como forma negociada de resolver una vulneración de la normativa de competencia sin reconocimiento de responsabilidad por parte de la empresa implicada, y con un fuerte componente regulatorio en la imposición de compromisos, el ordenamiento norteamericano prevé la posibilidad de que las empresas involucradas en una infracción de cártel puedan alcanzar un acuerdo con la *Antitrust Division*, que se concreta en un procedimiento más breve, con admisión de responsabilidad y hasta cierto punto delimitación de los hechos acreditados, y una reducción en la multa.

En el caso norteamericano existe una mayor flexibilidad respecto del momento en el que cada empresa investigada puede acogerse al *Negotiated Plea Agreement*, así como una mayor exigencia en relación al tipo de cooperación sustancial que se espera de la empresa partícipe en el procedimiento de transacción. El porcentaje de rebaja de la sanción puede variar, y de hecho normalmente variará, de unas empresas partícipes en el *settlement* a otras, en función del momento de tramitación del expediente en el que deciden cooperar y de la intensidad de tal cooperación. En el Derecho norteamericano, al contrario de lo que sucede en el ámbito comunitario, como desarrollaremos *infra*, la renuncia a recurrir judicialmente la decisión de transacción forma parte del *settlement*²⁷.

B. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TRANSACCIÓN EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

Existen numerosos ejemplos, en los países de nuestro entorno, de previsión de un procedimiento de *settlement* para expedientes sancionadores derivados de infracciones de competencia²⁸. Es frecuente que, además de la necesaria contemplación legal, la Autoridad de la competencia correspondiente haya publicado una comunicación o nota de procedimiento sobre la cuestión, a modo de desarrollo cuasi reglamentario, para incrementar la

²⁶ Sobre la influencia del modelo norteamericano de transacción en el comunitario, con una visión crítica del énfasis sobre el elemento de eficiencia en contraste con las exigencias de legitimidad, véase G. S. GEORGIEV, «Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S-Style Antitrust Settlements in EU Law», en *Utha Law Review*, núm. 4, 2007, pp. 971-1037. Para un análisis comparativo entre el procedimiento de *plea bargain* norteamericano y el *settlement* comunitario, véase A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», en *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008, <https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>.

²⁷ Destacando esa diferencia respecto del procedimiento de la Comisión Europea, véase G. OLSEN y M. JEPHCOTT, «The European Commission's Settlement Procedure», en *Antitrust*, vol. 25 (1), 2010, pp. 76 y ss. La web de la Comisión Europea, al resumir las características del *settlement* para casos de cártel, aclara que no se trata de *plea bargains*, señalando que la Comisión Europea sí tiene la obligación de mostrar a las partes investigadas que dispone de pruebas suficientes para adoptar una decisión declarativa de infracción estándar, y debe emitir un pliego de cargos, en http://eu.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements_en.html.

²⁸ Entre los países que han previsto un procedimiento de transacción se encuentran Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Portugal, Reino Unido y, recientemente, Grecia.

transparencia y previsibilidad respecto de los operadores económicos potenciales destinatarios del procedimiento.

Tal es el caso de Francia, donde el procedimiento de transacción se prevé desde 2001 en el Código de Comercio (*procédure de non-contestation des griefs*, art. 464.2.III), que originariamente permitía a las empresas incoadas renunciar a su derecho a contestar los cargos imputados por la Autoridad de la competencia en el Pliego de Concreción de Hechos, a cambio de una reducción de la multa, pendiente de determinar en cuanto a su importe, de entre un 10 y un 25 por 100. Precisamente este mecanismo de articulación de la reducción de la sanción fue criticado por generar desconfianza a las empresas, que abogaban por un método más predecible respecto del importe máximo total de la multa²⁹. En febrero de 2012, la *Autorité de la Concurrence* publicó unas Directrices sobre la materia que complementaban la regulación legal, detallando el ámbito de la figura, las peculiaridades de tramitación del procedimiento, el contenido posible de la resolución de la Autoridad y la vigilancia del cumplimiento la misma. Este procedimiento ha sido reformado por Ley de agosto de 2015³⁰ (*transaction*) y, en lugar de un porcentaje de reducción de la sanción, lo que las empresas asumen es una horquilla de los importes máximo y mínimo de la multa³¹. Esta solución negociada se prevé tanto para acuerdos anticompetitivos, no solo cárteles, como para infracciones de abuso de posición de dominio. Cabe su combinación con el Programa de Clemencia así como el establecimiento adicional de compromisos estructurales y de comportamiento.

En el caso alemán no existe una previsión normativa específica sobre transacción en el ámbito del Derecho de la competencia, pero su empleo por la Autoridad de competencia se fundamenta en una previsión constitucional genérica para infracciones y en la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en el ámbito penal³². El *Bundeskartellamt* publicó, en diciembre de 2013, una somera Nota Informativa sobre los procedimientos de transacción³³, que ha sido posteriormente actualizada en febrero de 2016³⁴ y en la que se hace referencia al deseo del legislador de no formalizar en exceso el procedimiento sancionador administrativo negociado. Pese a que la transacción como modo de terminación se viene aplicando de forma creciente desde 2008, hasta 2013

²⁹ Véase «French Competition Authority Publishes guidelines on settlements in antitrust proceedings», en *Herbert Smith e-Bulletin*, febrero de 2012.

³⁰ Ley de 6 de agosto de 2015, denominada Ley Macron.

³¹ La web de la *Autorité de la Concurrence* recoge las decisiones adoptadas bajo el procedimiento de *non-contestation des griefs* hasta la promulgación de la Ley de 6 de agosto de 2015, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=431.

³² Véase el Informe nacional relativo a Alemania en «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, pp. 103 y ss., disponible en www.ocde.org, donde se contiene una detallada descripción de la situación en materia de *settlement* hasta esa fecha.

³³ Disponible en alemán en la web de la Autoridad: «Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen», http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt-Settlement.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

³⁴ Disponible en inglés en la web de la Autoridad, *Information Leaflet Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings*, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Merkblaetter/Leaflet_Settlement_procedure.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

la información oficial sobre la materia se limitaba a la publicación de resúmenes sobre decisiones de transacción en la página web de la Autoridad y a una breve mención a este tipo de procedimientos en el Informe Anual de 2007/2008. Actualmente los *settlements* se han convertido en una forma habitual de terminación de los expedientes de conductas antitrust, en parte para evitar las incertidumbres derivadas de la interpretación que la jurisdicción haga sobre las Directrices del *Bundeskartellamt* sobre cálculo de la sanción³⁵. El procedimiento está disponible no solo para cárteles, sino también para acuerdos verticales y otras infracciones de competencia. En supuestos de cártel, la Autoridad de la competencia alemana como regla aplica la reducción máxima del 10 por 100 del importe de la multa, al entenderse la cooperación en la transacción como una circunstancia atenuante del importe de la multa. La reducción no se acumula a la posible reducción derivada de clemencia, sino que se calcula *a posteriori* de esta, con un resultado menos favorable a las partes por comparación al sistema comunitario, por tanto. Como se analizará más en detalle *infra*, las empresas partícipes en la transacción pueden recurrir judicialmente la decisión, en cuyo caso el *Bundeskartellamt* adoptará una decisión extensa, en lugar de la abreviada propia de *settlement*, incluyendo una multa sin reducción, que sustituye a la anterior.

Cabe destacar la transparencia y predictibilidad del procedimiento de transacción en el Reino Unido, que se detalla en la *Guidance on the CMA's investigation procedures in competition Act 1998*, de marzo de 2014. La Autoridad británica precisa que las empresas parte de la decisión de *settlement* deben realizar una clara e inequívoca admisión de responsabilidad en relación a la naturaleza, alcance y duración de la infracción. Respecto del alcance, este debe incluir tanto los hechos relativos a la infracción como la propia calificación de la misma. Conforme a la normativa de Reino Unido, no se establece un porcentaje fijo de reducción de la multa, sino que se prevé un límite máximo del 20 por 100, si la transacción se alcanza antes del Pliego de Concreción de Hechos, y del 10 por 100 si se produce después de esa fase de la tramitación, y se determina dependiendo de las eficiencias de tramitación que se hayan alcanzado gracias a la transacción³⁶. La *Guidance* se ocupa de precisar que la decisión de *settlement* se mantiene en vigor para las empresas que transigen incluso si otra parte del procedimiento de transacción recurre con éxito la misma. En el supuesto de que una empresa parte del *settlement* recurra en vía judicial la resolución, la reducción de la multa decae y la CMA podrá adoptar una resolución ordinaria, modificando el importe de la multa y teniendo en cuenta toda la información aportada por esa parte durante la transacción³⁷.

³⁵ Véase «Increasing trend in cartel cases in Germany: settlements», <http://kluwecompetition-lawblog.com/>, si bien el análisis se refería a las *Guidelines anteriores* a la reforma motivada en junio de 2013 por la sentencia del Tribunal Supremo alemán de febrero de 2013.

³⁶ CMA, *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, marzo de 2014, párrafo 14.27 y relacionados (pp. 78-89), disponible en www.gov.uk.

³⁷ *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, párrafo 14.26.

Portugal aporta como peculiaridad frente a otros ordenamientos que prevén el acuerdo transaccional, el que este puede utilizarse para cualquier vulneración sustantiva de la normativa de competencia, incluidas infracciones en el ámbito de las concentraciones³⁸. La facultad de la *Autoridade da Concorrência* de recurrir a la transacción es relativamente reciente, puesto que fue introducida por la Ley 19/2012 (art. 22). Ha suscitado críticas el que no se establezca normativamente, ni a través de *soft law* por la Autoridad, un criterio respecto del posible importe de reducción de las multas en supuestos de transacción³⁹. La Autoridad portuguesa ha señalado que ello favorece una aproximación caso por caso, para atender a las peculiaridades de cada expediente. Hasta la fecha la experiencia muestra que las rebajas en la multa han superado el límite orientativo del 10 por 100 aplicado por la Comisión Europea, alcanzando entre el 30 y el 40 por 100.

También la Ley de Competencia belga, de abril de 2013, dedica una sección al procedimiento relativo a transacciones. Está previsto para supuestos de abuso de posición de dominio, además de infracciones del art. 101 del TFUE y su equivalente nacional. Se establece que el procedimiento de transacción puede iniciarse en cualquier momento anterior a la formulación de la propuesta de resolución, y formalmente la iniciativa corresponde al órgano de instrucción de la Autoridad de la competencia, que ostenta facultad discrecional para ofrecer tal posibilidad a las empresas investigadas. A estas se les notifica por escrito las infracciones que se les imputan y se les da acceso a las pruebas relevantes, así como a la documentación en versión no confidencial recabada durante la instrucción. Asimismo, se notifica a las mercantiles incoadas la franja de sanción mínima y máxima que se propondrá para la resolución sancionadora. Las empresas deben asumir, en su *statement of transaction*, la responsabilidad por la infracción imputada y la sanción propuesta. La rebaja posible de la multa se establece en un 10 por 100 (art. IV.54). Se prevé expresamente que todos los documentos e información intercambiados entre las empresas y el órgano de instrucción en este contexto son confidenciales.

Uno de los últimos Estados miembros que ha introducido, mediante reforma de su Ley de Competencia, el procedimiento de transacción, en este caso exclusivamente reservado para infracciones de cártel, con inspiración reconocida en el *settlement* de la Comisión Europea, ha sido Grecia. Mediante Decisión 628/2016, de julio, la Autoridad de la competencia griega desarrolló, en cuanto a los detalles del procedimiento, las previsiones de la Ley 4389/2016, de mayo, al respecto. La rebaja de la multa puede alcanzar hasta el 15 por 100. Además de otras consideraciones de eficiencia, la reducción en el número de recursos judiciales se menciona expresamente

³⁸ En agosto de 2014 la *Autoridade da Concorrência* resolvió mediante transacción el primer caso relativo a una infracción consistente en la ejecución de una concentración no autorizada (caso *Farminveste/Glintt*).

³⁹ I. GOUVEIA, «*Farminveste/Glintt* sequel - more to it than meets the eye», en *Competition & Antitrust - Portugal*, octubre de 2014, <http://www.internationallawoffice.com>.

por la Autoridad de competencia como uno de los objetivos de tal procedimiento⁴⁰.

3. LA TERMINACIÓN NEGOCIAL DE EXPEDIENTES SANCIONADORES DE INFRACCIONES DE COMPETENCIA EN DERECHO ESPAÑOL

En España no se contempla normativamente la solución convencional de un procedimiento sancionador por infracción del Derecho de la competencia con declaración de responsabilidad e imposición de multa rebajada. Pese a las tesis de algunos teóricos y prácticos del Derecho de la competencia sobre la compatibilidad de la regulación de la LDC en materia de terminación convencional con la tramitación de un procedimiento negociado de tales características⁴¹, lo cierto es que hasta la fecha, ante la ausencia de regulación expresa, la aplicación de la figura ha sido absolutamente anecdótica o residual. Como se analiza a continuación, la transacción como modo de terminación de procedimientos sancionadores sí se prevé para otros sectores del ordenamiento jurídico español, mientras que la normativa antitrust hasta la fecha ha regulado solamente la terminación convencional.

A. LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

La terminación convencional fue introducida en España a través de una reforma de la previgente Ley 16/1989, de defensa de la competencia [art. 36 bis.1 letra c) y 2]⁴², que trasladaba a la legislación de competencia lo previsto en la legislación general de procedimiento administrativo:

«El servicio de Defensa de la Competencia podrá:

c) acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.

2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.

La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acor-

⁴⁰ La Autoridad de la Competencia de Grecia publicó en inglés una nota de prensa explicativa al respecto, disponible en www.epant.gr/en.

⁴¹ Véase M.ª BAÑO LEÓN, «Comentario al artículo 52 LDC», en MASSAGUER, FOLGUERA, SALA ARQUER y GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*³, 2012, p. 897, y Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC, de 29 de abril de 2014, disponible en www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan_estrategico/2014/01AEDC.pdf.

⁴² Artículo introducido por el 23.º de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989.

darse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos.

Los acuerdos para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.

Quienes acrediten interés legítimo, y no hubieren tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrán interponer contra los mismos el recurso previsto ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 47 de la Ley».

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC, art. 88) preveía como forma de terminación del procedimiento la posibilidad de celebrar acuerdos, pactos o convenios, evidentemente no contrarios al Ordenamiento jurídico ni sobre materias no susceptibles de transacción, con el objeto de satisfacer el interés público que tal Administración pública tenga encomendado. Para algunos autores, este precepto posibilitaba las transacciones en procedimientos sancionadores por infracción de la normativa de competencia⁴³.

La Ley 15/2007 (art. 52) ha regulado la terminación convencional con un alcance considerablemente más amplio que el de su antecesora, fundamentalmente en lo tocante al momento procesal hasta el cual es posible solicitar la apertura de la fase de terminación convencional, pero también respecto del órgano competente para resolver⁴⁴.

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.
2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que proponga fin al procedimiento.
3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4».

⁴³ Véase defendiendo que este precepto «es una norma hábil por sí misma para permitir que la Administración dentro del marco legal sustituya el acto unilateral por el acuerdo bilateral. Desde este punto de vista sería difícil tachar de inválido un convenio por el que la CNC y el interesado pactan la cuantía de la sanción», J. M.^a BAÑO LEÓN, «Comentario al artículo 52 LDC», en MASSAGUER, FOLGUERA, SALA ARQUER y GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*³, 2012, p. 897.

⁴⁴ Sobre el procedimiento de terminación convencional del art. 52 de la LDC, puede verse F. DÍEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-agosto de 2015, pp. 13-36. También C. GUZMÁN y J. FORNELLS, «La terminación convencional en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC», en *Working Paper IE Law School*, marzo de 2013.

El art. 39 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, regula los detalles procedimentales y sustantivos de la terminación convencional de los procedimientos sancionadores⁴⁵.

A su vez, en septiembre de 2011, la Comisión Nacional de la Competencia aprobó la precitada *Comunicación sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores*, que la define como «forma atípica de finalización del expediente sancionador, en la que la CNC resuelve poner fin al procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el presunto infractor, sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la infracción, ni consiguientemente, se imponga una sanción» (párr. 9). Resulta particularmente reveladora la consideración que la Comunicación contiene sobre el doble objeto de la terminación convencional: restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, y cumplimiento del principio de eficacia administrativa «posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional» (párr. 10). Al igual que sucede en el caso de las *commitment decisions* del sistema comunitario, no cabe la terminación convencional respecto de infracciones de cártel.

El número de procedimientos resueltos vía terminación convencional por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es relativamente moderado⁴⁶. En el ámbito autonómico, por el contrario, las distintas Autoridades vienen haciendo un uso extenso, tanto comparativamente como en términos absolutos, de la terminación convencional. En algunas ocasiones incluso con criterios no coincidentes con los de la Autoridad nacional de la competencia^{47, 48}.

⁴⁵ Durante el proceso de información pública previo a la aprobación del Reglamento de la LDC, fue positivamente valorada por los interesados la flexibilización de la terminación convencional que suponía haber eliminado la exigencia de consenso entre todos los infractores para acordar la terminación y la necesidad de que la solicitud se presentara antes del Pliego de Concreción de Hechos. Véase *Comentarios al Proyecto de Reglamento de Defensa de la Competencia*, CMS Albiñana, noviembre de 2007, disponible en histórico de www.minhfp.gob.es.

⁴⁶ El número de resoluciones de terminación convencional adoptadas por el Consejo de la CNC desde julio de 2007 a octubre de 2013 fue de 26. Desde octubre de 2013 a diciembre de 2016 se han adoptado por la CNMC seis. Para los mismos periodos, el número de resoluciones sancionadoras por conductas ascendió a 148 y a 49, respectivamente.

⁴⁷ Véase STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de enero de 2016, que desestima el recurso interpuesto por la CNMC contra la resolución de la Autoridad Gallega de la competencia (Resolución R 4/2014), que termina un procedimiento sancionador aceptando los compromisos presentados por Tanatorio As Burgas. Sobre la distinta intensidad del recurso a la terminación convencional entre Autoridades administrativas aplicadoras de la normativa de competencia y la facultad de coordinación por la CNMC de las autoridades autonómicas, para garantizar la aplicación uniforme de la LDC, puede verse la entrada con tal título de F. MARCOS en el blog *Almacén de Derecho*, de 29 de marzo de 2016.

⁴⁸ Asimismo, el TDC de Aragón adoptó una Comunicación sobre terminación convencional de procedimientos sancionadores, Informe 2/2012, de 11 de diciembre.

B. ANTECEDENTES SINGULARES DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL CON MULTA EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

Frente a la tesis de que en el marco del art. 52 de la LDC también cabría una resolución el procedimiento convencional, con declaración de infracción e imposición de multa⁴⁹, la posición de la Autoridad nacional de la competencia, reflejada tanto en su práctica como en la Comunicación de la CNC de 2011 sobre terminación convencional, es que «la terminación convencional es una forma de finalización del expediente sancionador distinta del acuerdo transaccional de la normativa comunitaria, que no encuentra reflejo en la regulación española de competencia» (párr. 15).

No obstante, el esquema institucional de aplicación de la LDC y la existencia de Autoridades autonómicas de competencia han posibilitado que en España se hayan producido supuestos de «reducción pactada de la multa» o «terminación convencional con multa». Así, la Resolución 03/2008 *Asfaltos-Asfaltoak*, adoptada por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC) el 30 de diciembre de 2008, supuso que tres empresas del sector de asfaltos admitieran su participación en una infracción contraria a la LDC y se comprometieran a adoptar medidas encaminadas a garantizar la futura competencia en el mercado vasco de asfaltos, a cambio de una significativa reducción de la multa que hubiera sido impuesta por el Tribunal en otro caso⁵⁰.

De modo similar, la resolución del mismo TVDC en el expediente 01/2009 HIRU, de 20 de mayo, en el caso de una recomendación colectiva de precios formulada por una Confederación vasca de transportistas, resuelve que, atendiendo a la declaración de autoinculpación y a los compromisos adoptados por esta Confederación para impulsar la competencia en el mercado de transporte, corresponde la terminación convencional con multa más reducida.

En este segundo supuesto, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SVDC) había resuelto denegar la solicitud de acuerdo de terminación convencional de HIRU. Ante el recurso administrativo interpuesto por la incoada frente a la decisión denegatoria del órgano instructor, el TVDC resolvió estimar el recurso e instar al SVDC a iniciar un procedimiento de terminación convencional con multa⁵¹. A su vez, el TVDC adoptó, el 30

⁴⁹ Véase Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC (29 de abril de 2014): «Una buena instrucción con una descripción fáctica objetiva además serviría para conducir el expediente a lo que posiblemente debería tender por naturaleza; esto es a la transacción o terminación convencional. En este punto hay que incidir que la CNC no consideró nunca oportuno el analizar las transacciones con sanción económica que contempla en general el ordenamiento jurídico administrativo y penal en nuestro país, que también usan en la mayoría de países de nuestro entorno, y que a nuestro entender encajan en el actual artículo 52 de la LDC (cuya literalidad, cuando menos, no descarta la interpretación que aquí se defiende)». Disponible en www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan_estrategico/2014/01AEDC.pdf.

⁵⁰ Disponible, como la siguiente resolución y Auto que se citan en el texto, en la web de la Autoridad Vasca de la Competencia, www.competencia.euskadi.eus.

⁵¹ Resolución de 23 de julio de 2008 (Expte. R 02/2008, HIRU).

de septiembre de 2008, un autodenominado «Auto Aclaratorio del TVDC relativo al procedimiento de reducción pactada de la sanción previsto en su resolución de 23 de julio de 2008 (Expte. R 02/2008, HIRU)». Ese breve Auto tiene como objetivo declarado establecer la base jurídica que ampara la puesta en práctica de la terminación con reducción pactada de la sanción y delimitar los trámites que para ello deben seguirse dentro del procedimiento sancionador.

Varios son los elementos reseñables del mecanismo de reducción pactada de la sanción tal como se exponen en el precitado Auto aclaratorio del TVDC:

1. El mecanismo de reducción pactada de la sanción coexiste con la terminación convencional «tradicional (sin sanción)» y las normas de funcionamiento de esta se aplicarán a aquella.
2. Cabe solicitar la reducción pactada de la sanción en cualquier fase del procedimiento sancionador, destacadamente cuando el órgano instructor deniega la apertura de la terminación convencional, pero no solo.
3. El órgano de instrucción es competente para rechazar un Acuerdo de terminación convencional, pero debe dejar abierta en todo caso la vía de la terminación con reducción pactada de la sanción.
4. El momento en que se solicita la terminación del procedimiento con reducción pactada de la sanción tiene efectos en el contenido de tal reducción. Si se abre con anterioridad al Pliego de Concreción de Hechos, la reducción sobre la multa definitiva podrá ser de un 10 por 100 y además de un suplementario 30 por 100 si se ofrecen compromisos dirigidos a reparar el daño causado, a garantizar de forma fehaciente el respeto de la normativa y a la promoción de la defensa de la competencia. Si el mecanismo de reducción pactada se inicia una vez notificado el PCH, la empresa puede aspirar a una reducción del 10 por 100 de la multa definitiva más, a lo sumo, un 15 por 100 de reducción adicional de la multa en caso de ofrecer los precitados compromisos.
5. El porcentaje de reducción de la sanción propuesto por el órgano instructor será aceptado por el TVDC.

Pese a los dos precedentes citados y a tal exposición aclaratoria sobre la naturaleza y procedimiento de la terminación con reducción pactada de la sanción, no nos consta que se hayan adoptado posteriores resoluciones por el TVDC con tal contenido⁵².

⁵² Para una referencia sobre la crítica acogida que recibió ese procedimiento de reducción pactada de la sanción por los representantes de la CNC, puede consultarse una entrevista de diciembre de 2009 al entonces presidente de la CNC, D. Luis Berenguer, en <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2013/interview-mr-berenguer>. En cambio, considerando legítima la utilización de esa técnica, aunque cuestionando su utilidad y oportunidad, véase J. M.ª BAÑO LEÓN, «Comentario al artículo 52 LDC», en MASSAGUER, FOLGUERA, SALA ARQUER y GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*³, 2012, p. 897.

C. CONSIDERACIÓN DIFERENCIADA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

Ya se ha mencionado *supra* la conexión de causa y efecto entre el incremento de las infracciones de cártel detectadas a través de los Programas de Clemencia y la necesidad de las Autoridades de competencia de recurrir a instrumentos que permitan resolver de modo más eficiente los casos descubiertos⁵³. La Comunicación de 2008 de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción, se ve en la necesidad de diferenciar ya en su primer párrafo transacción y clemencia y de declarar la compatibilidad de ambas si se dan el resto de condiciones para su aplicación: «La cooperación contemplada en la presente Comunicación es distinta de la presentación voluntaria de elementos probatorios para iniciar o acelerar la investigación de la Comisión, que está regulada en [...] la Comunicación de clemencia».

También el Tribunal General de la Unión Europea, en su precitada Sentencia de 30 de mayo de 2015 (caso *Timab*), incide en el elemento de cooperación que existe en ambos procedimientos, y las califica como políticas complementarias (párr. 63).

Clemencia y transacción coinciden como regla en requerir una expresa admisión de responsabilidad por las empresas afectadas, que quedan en peor posición relativa en un sucesivo procedimiento civil de demanda de daños derivados de la infracción. Debido a ello tanto las declaraciones aportadas en el marco de un programa de clemencia como las solicitudes de transacción gozan de un régimen privilegiado de confidencialidad que impide el acceso por terceros⁵⁴. En ambos casos el resultado posible de su aplicación es que algunas empresas igualmente responsables de una infracción muy grave de cártel reciban sanciones comparativamente reducidas frente a otras, por razón de su colaboración y el reconocimiento de su participación en la conducta.

No obstante, se diferencian en que mientras que la clemencia en un instrumento de detección de cárteles y que permite recabar pruebas, el objetivo de la transacción es de mejora de la eficiencia del procedimiento sancionador posterior a la detección de la infracción.

⁵³ Véase sobre los efectos virtuosos del procedimiento de *settlement* de la UE sobre el Programa de Clemencia, F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 1: «*The more the Commission is able to adopt decisions identifying cartel infringements, the higher the deterrence effect because more cartels in many sectors or concerning many products in the same sector can be scrutinized at the same time. The higher the deterrence, the greater the convenience of cooperating with the Commission under its Leniency programme*».

⁵⁴ El art. 6.6 de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia prevé que esta documentación queda completamente protegida frente a su posible exhibición como prueba en un procedimiento judicial nacional. Resulta reseñable la diferencia de trato para las solicitudes de transacción «que se hayan retirado» [art. 6.5.c)], para las cuales la protección se produce solo hasta que el procedimiento administrativo haya terminado. Ese diferente tratamiento es un nuevo desincentivo a situaciones de abandono por alguna empresa del procedimiento de *settlement* ya iniciado.

Los distintos porcentajes de reducción de multa previstos para cada caso, que remuneran con mucha mayor generosidad a quien posibilita la detección de un cártel y aporta pruebas sustantivas para su sanción, también reflejan esa diferencia de naturaleza⁵⁵. Es claro que la reducción que se otorgue en el marco del *settlement* debe ser ponderada para atender a la necesidad de preservar los incentivos del Programa de Clemencia, de forma que las reducciones para los segundos y terceros solicitantes sigan siendo atractivas para potenciales interesados en beneficiarse de una segunda o tercera posición, y de la correspondiente reducción en el importe de la multa, tras el beneficiario de exención total⁵⁶.

La transacción puede favorecer, con reducciones de la multa aplicable, a entidades investigadas que no resultan beneficiarias de la exención o reducción de multa derivadas del Programa de Clemencia, por solicitarlo demasiado tarde o por no cumplir las condiciones requeridas para ello. Si bien ello puede interpretarse como una ventaja del procedimiento de transacción, el porcentaje de reducción de la multa ofrecido en el marco del *settlement* debe ser el elemento más cuidadosamente valorado de cara a no poner en peligro, a su vez, los incentivos de la Clemencia⁵⁷.

La forma de cómputo de la rebaja en la multa cuando coinciden *settlement* y clemencia también tiene notable relevancia. Mientras que ambas rebajas son compatibles en todos los ordenamientos que las prevén, la Comisión Europea aplica ambas reducciones cumulativamente, lo que permite una reducción de la multa superior a la resultante en otros modelos, como el alemán, en los que el porcentaje de rebaja por transacción se aplica al importe resultante de haber reducido la multa por razón del beneficio de clemencia.

4. FIGURAS AFINES A LA TRANSACCIÓN EN OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DEL DERECHO PENAL ESPAÑOLES

Los elementos característicos del procedimiento de transacción para casos de infracción de la normativa de competencia, a saber: el reconoci-

⁵⁵ Véase, en el Informe nacional correspondiente a Alemania, diferenciando entre «mera confesión», en el caso del *settlement*, y «colaboración», en el caso de la clemencia, y justificando que ambas merezcan diferente trato en cuanto al porcentaje de reducción de la multa, «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, p. 106, disponible en www.oecd.org.

⁵⁶ F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, vol. 5 (10), p. 727: «The two instruments need to be consistent with each other and, for example, the reduction in fine under the settlement procedure has therefore been set at 10 per cent. The reduction needs to be sufficiently high to make settlement appealing to parties which do not cooperate under the leniency programme, while at the same time it should not approach the lower bands of leniency in order to preserve the incentive for parties wishing to cooperate under that programme».

⁵⁷ Sobre la preocupación relativa a que si las rebajas de la multa y otros beneficios derivados del *settlement* sean demasiado altas, hasta el punto de hacer que las empresas partícipes en un cártel prefieran participar en un eventual procedimiento de transacción en lugar de acudir al Programa de Clemencia, véase «Cartel Settlements», *Report to the ICN Annual Conference*, abril de 2008, esp. pp. 7 y ss., disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org.

miento de la responsabilidad sobre la conducta infractora, que se declara como tal, la tramitación más abreviada y sumaria del procedimiento y el otorgamiento de una rebaja de la multa que proceda, tienen reflejo en la regulación sobre reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado en determinados sectores de nuestro Derecho administrativo sancionador.

El Real Decreto 1398/1993, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en desarrollo del Título IX de la LRJ-PAC, ahora derogado por la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, preveía el reconocimiento de la responsabilidad de la persona infractora y el pago voluntario como posible forma de terminación del procedimiento sancionador y, en su caso, de reducción de la multa (art. 8.1): «Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda».

La razón de ser de tal previsión, conforme a la parte expositiva de la norma, era la necesidad de que se produjera un desarrollo ágil del procedimiento sancionador, ajustado a los plazos. El Reglamento de la potestad sancionadora recogía la posibilidad de que normas con rango de ley establecieran reducciones sobre el importe de la sanción propuesta para casos de pago voluntario de la sanción pecuniaria y/o reconocimiento de responsabilidad.

Así viene sucediendo en el ámbito tributario, de infracciones en el orden social y en materia de tráfico. La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, prevé una reducción del 30 por 100 en los supuestos de conformidad. A su vez, el importe de la sanción a ingresar se reducirá en un 25 por 100 por pronto ingreso y no interposición de recurso (art. 188). También el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, prevé que las sanciones en materia de Seguridad Social en determinadas circunstancias se reducirán automáticamente, en este caso hasta el 50 por 100, cuando el sujeto infractor manifieste su conformidad con la liquidación practicada e ingrese su importe en el plazo procedente (art. 40.3). Finalmente, el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, prevé una reducción del 50 por 100 del importe de la sanción para supuestos de pago voluntario de la multa (art. 94).

Los argumentos de política legislativa que justifican la terminación del procedimiento sancionador a través del pago voluntario de la multa en cuantía reducida y el consiguiente reconocimiento de responsabilidad, descansan fundamentalmente en la «simplificación y celeridad de los procedimientos» y en la conveniencia de «agilizar y flexibilizar el cobro de las deudas» (STC 76/1990, de 26 de abril, en materia de conformidad a las actas de inspección en el Derecho tributario). Cabría también aducir la insuficiencia de medios de la Administración para tramitar con suficiente eficacia un número elevado de expedientes sancionadores, y a la preocupación de la Administración en el correcto funcionamiento del sector sobre el

que se proyecte el régimen sancionador en cuestión, más allá de la sanción concreta que efectivamente reciba el concreto infractor⁵⁸.

El nuevo régimen sobre terminación en los procedimientos sancionadores de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, abunda en esa tendencia. El art. 85 prevé que:

- «1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor *reconoce su responsabilidad, se podrá* resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el *pago voluntario* por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, *implicará* la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alternada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.
3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos *acumulables entre sí*. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso *en vía administrativa* contra la sanción.
El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser *incrementado* reglamentariamente».

La intelección de este precepto plantea diversas dudas⁵⁹, particularmente si se proyecta sobre el específico procedimiento sancionador en el ámbito antitrust, dada la previsión de la disposición adicional primera de la misma Ley 39/2015, de que «los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se registrarán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales».

El procedimiento sancionador por infracciones tipificadas en la LDC se regula en la misma y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia. En los mismos se prevé únicamente el supuesto de la exención o reducción del importe de la multa por clemencia (arts. 65 y 66 de la LDC) y la circunstancia atenuante de colaboración activa y efectiva con la CNMC (art. 64.3

⁵⁸ Véase, con referencias a las distintas justificaciones que se han dado a la terminación por pago voluntario reducido, y que sintetiza en «más eficacia, economía procesal y seguridad jurídica», J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», en *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 284-285, 2009, pp. 157-158 y 160.

⁵⁹ Desde una perspectiva general, a título de primer análisis de la previsión, véase P. HERRAEZ, «La nueva regulación del reconocimiento de la responsabilidad y del pago voluntario en los procedimientos sancionadores», en <https://procedimentadministratiu.blogspot.com.es/2016/12/la-nueva-regulacion-del-reconocimiento.html>.

de la LDC) como casos de reconocimiento de responsabilidad al que se anudan consecuencias en el procedimiento sancionador. En el caso de la reducción por clemencia, la LDC establece los porcentajes de los importes de la reducción, que varían (desde un 50 a un 20 por 100) en función del puesto que ocupe la empresa en cuestión *en el orden de recepción de las solicitudes de exención*.

En el —más riguroso— ámbito procesal penal se establecen instituciones análogas, de forma clara desde la Ley Orgánica 7/1988 y todavía en mayor medida tras la reforma introducida por la Ley 38/2002. A través de la *conformidad*, el acusado en supuestos de pena solicitada inferior a seis años de prisión puede obtener como beneficio evitar el acto del juicio oral y seguimiento del proceso y, *de facto*, una eventual rebaja de pena fruto de las conversaciones al efecto entre defensa y Ministerio Fiscal. Particularmente, cabe mencionar la sentencia de conformidad conocida como *premiada*, dictada en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (arts. 801 y 787.7 de la LEC), en la que la pena se impone reducida en un tercio respecto de la prevista en el Código Penal de no mediar la conformidad^{60,61}. Respecto de la recurribilidad de la sentencia penal de conformidad, el art. 787.7 de la LEC prevé que serán recurribles «cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada». Nuevamente, son argumentos sobre todo de eficacia procesal y distribución de recursos escasos los que se esgrimen para justificar el empleo, también en el ámbito penal, de la figura de la terminación negociada.

5. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE TRANSACCIÓN

Raramente se prevé expresamente, en las jurisdicciones que contemplan la figura, que la transacción implique una renuncia a posteriores recursos en sede contenciosa⁶². En muchos ordenamientos ello suscitaría inmediatas du-

⁶⁰ Véase, de nuevo, J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *op. cit.*, pp. 168-169, destacando la analogía entre esa figura procesal penal y la de pago voluntario reducido en el ámbito administrativo sancionador: «El Estado renuncia a apurar las posibilidades de investigar la verdad material sobre los hechos y, en mayor o menor medida, a agotar la pretensión sancionadora que le otorga la ley con carácter general; y, en contrapartida, se acepta que el procedimiento termine y que no pueda volver a discutirse sobre la cuestión (ventaja para la economía procesal y la seguridad jurídica)».

⁶¹ La bibliografía sobre el expediente de la conformidad, la justicia criminal negociada o la solución consensuada del proceso penal, es abundante. Baste citar dos referencias que fueron pioneras en la literatura española sobre la materia: S. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; y C. MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad (incidencia de la LO 5/1995, 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código penal)*, Colex, 1998.

⁶² En el caso belga, las decisiones de transacción adoptadas por el *College of Competition Prosecutors* no pueden ser recurridas judicialmente, ni en los aspectos relativos a responsabilidad ni en cuanto a la cuantificación de la multa (art. IV.57 *in fine*, de la Ley de Competencia belga, de 3 de abril de 2013).

das sobre la vulneración de principios constitucionales relativos a la tutela judicial efectiva⁶³. La Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción (párr. 41) hace una elíptica mención a que las decisiones finales adoptadas por la Comisión están sujetas a control judicial.

En el ámbito español, cabe mencionar que la previsión del art. 85.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, que vincula la reducción de multa por pago voluntario y reconocimiento de responsabilidad al desistimiento o renuncia a acciones y recursos, aclara expresamente que tal renuncia es solo en vía administrativa. Inicialmente el Anteproyecto de Ley se refería a «cualquier acción o recurso contra la sanción». No obstante, fue modificado para atender a la recomendación del Consejo de Estado sobre este particular y su posible contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁴.

Dicho lo cual, hay consenso sobre el hecho de que, en casos de transacción, una impugnación contenciosa posterior tiene pocos visos de prosperar, al menos en lo relativo al ámbito y delimitación de la infracción y a la participación y consiguiente responsabilidad en la misma, aspectos estos respecto de los que el operador económico destinatario de la decisión de transacción en cuestión habrá prestado su consentimiento⁶⁵.

Los responsables de este tipo de expedientes de transacción en el ámbito de la Comisión Europea se refieren a la ausencia o muy pequeña probabilidad de litigiosidad ante los Tribunales Europeos subsiguiente a los *settlements*⁶⁶.

⁶³ Tal es el caso en Alemania. El Tribunal Supremo alemán señaló en 1997, en el contexto del procedimiento sancionador penal, que no cabe renunciar al derecho a recurrir o a apelar a cambio de un compromiso de reducción de la pena. Véase «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, p. 103, disponible en www.ocde.org.

⁶⁴ Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril: «Sería conveniente, a fin de una adecuada salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, precisar que el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso contra la sanción se refiere únicamente a la vía administrativa, no a la contencioso-administrativa, de manera análoga a la prevista en el artículo 80 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo». Esa observación tiene sentido sobre lo relativo al pago anticipado (completo), que no puede justificar la renuncia a la impugnación en vía judicial, pero no respecto del pago reducido o, menos aún, del reconocimiento de la responsabilidad.

⁶⁵ La misma lógica se aplica en el ámbito de la terminación convencional. Véase F. DÍEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-agosto de 2015, pp. 13-36: «El reconocimiento explícito de responsabilidad y la aceptación del [Pliego de Concreción de Hechos] limita enormemente las posibilidades de recurso».

⁶⁶ Los Servicios de la Comisión se refieren en estos casos al *low risk of an appeal*, véase F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 2. Más recientemente, F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5 (10), 2014, p. 727. M. HELLWIG, K. HÜSCHEL RATH y U. LAITENBERGER, «Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment», en *Discussion Paper No. 16-010*, disponible en SSRN-id2731073, pp. 9 y ss., constatan una disminución del número de recursos frente a decisiones sancionadoras de la Comisión Europea: mientras que en el periodo de 2000 a 2010 la media de recursos era del 63 por 100 de las empresas sancionadas, entre 2011 y 2015 se produce una sustancial disminución hasta el 20 por 100.

Otras formas de abordar la cuestión serían: i) que el recurso a la vía judicial en supuestos de transacción quede limitado a ciertas causas tasadas (estos, motivos cuya invocación no sea contradictoria con el reconocimiento de responsabilidad realizado); ii) configurar el recurso judicial contra la resolución sancionadora alcanzada a través del procedimiento de transacción como condición resolutoria de la reducción de la cuantía de la multa y que permite a la Autoridad administrativa dictar una nueva resolución extensa⁶⁷. En el Reino Unido y en Alemania, la reducción prevista del 10 por 100 para casos de transacción deja de ser aplicable si la parte que transacciona decide recurrir en vía judicial la decisión de la CMA o de la *Bundeskartellamt*⁶⁸. El Derecho portugués prevé que los hechos reconocidos en el contexto de la transacción no pueden ser cuestionados en sede judicial.

La impugnación contenciosa sobre aspectos formales o, particularmente, sobre el importe de la multa, sin embargo, puede ser una opción plausible desde la perspectiva de las empresas destinatarias de la decisión *acordada*, con base en cuestiones tales como la motivación del cálculo o la vulneración del principio de igualdad de trato entre los sancionados⁶⁹. Se trata de situaciones en gran medida resultado del modo bilateral-confidencial en que el procedimiento de transacción se realiza como regla, lo cual provoca que las partes, en lo relativo al importe de la multa, no puedan comparar su situación con la del resto de incoados hasta que se adopta la resolución final⁷⁰.

A su vez, algunos autores señalan el efecto disciplinador que la posible revisión judicial puede tener sobre la Autoridad de competencia y su consecuencia positiva en los incentivos para transaccionar de los operadores implicados⁷¹. La utilización de ilícitos abiertos, con cláusulas generales prohibitivas construidas con base en conceptos jurídicos indeterminados es una característica específica del régimen sancionador en materia de competencia, que lo diferencia del Derecho administrativo sancionador general y responde a la necesidad de dotar de eficacia a la norma en protección del bien jurídico tutelado⁷². A su vez, ello exige de los órganos administrativos

⁶⁷ Sobre la denominada «recurribilidad limitada», en el ámbito de las infracciones de tráfico, véase J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», en *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 284-285, 2009, pp. 153-180.

⁶⁸ *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, párrafo 14.26, e *Information Leaflet Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings*, citadas *supra*.

⁶⁹ Tales son los casos de recursos posteriores a una decisión de transacción de la Comisión Europea hasta la fecha (asuntos AT.39.914 y AT.39.780, partes *Société Générale* y *Printeos-Paper Envelopes*).

⁷⁰ A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318.

⁷¹ A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, p. 63.

⁷² J. COSTAS COMESAÑA, «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, p. 222.

de aplicación un esfuerzo adicional de argumentación de sus resoluciones, y a la vez otorga un valor adicional a la revisión jurisdiccional de las mismas.

Todo ello pone de manifiesto que huir de la impugnación contenciosa o poner obstáculos a la misma quizás no debería ser un objetivo atendible a la hora de enjuiciar las bondades de la transacción. A la vez, aconsejaría reservar la misma, como todo apunta que sucede en la práctica en las jurisdicciones que la prevén, para aquellos casos en los que por existir varias solicitudes de clemencia, por la existencia de una abundancia de elementos probatorios o por el carácter no novedoso de las cuestiones jurídicas planteadas, la posible impugnación judicial sobre el fondo de la resolución sancionadora no resulta previsible ni útil desde el punto de vista del establecimiento de criterios jurisprudenciales.

6. REFLEXIONES PARA UNA POSIBLE INTRODUCCIÓN DE LA TRANSACCIÓN EN NUESTRO DERECHO DE LA COMPETENCIA

A. BENEFICIOS Y RIESGOS

A la hora de valorar la conveniencia de introducir o no en nuestro sistema de Derecho de la competencia un procedimiento de transacción con declaración de infracción e imposición de multa rebajada, no cabe omitir las virtudes que tal instrumento posee: más eficacia en la gestión de los tiempos de la Autoridad de competencia, tanto en instrucción como en resolución; más recursos dedicados a la detección y sanción de nuevos casos; reducción o eliminación de contenciosos judiciales posteriores, con el consiguiente incremento de eficiencia tanto en el ámbito de la CNMC como en la jurisdicción contenciosa, reducción de plazos hasta la firmeza de la resolución sancionadora, y disminución de la incertidumbre respecto de su revisión jurisdiccional. Frente a los acuerdos de terminación convencional, a través de la transacción se lograría la declaración de infracción y la imposición de sanción y permitiría apreciar la reincidencia de la infracción si se diera de nuevo tal comisión repetida de la conducta. Su incorporación al ordenamiento español resolvería además la actual falta de alineación en este aspecto con el sistema comunitario, que algunos autores han reprochado⁷³.

El argumento relativo a las mejoras de eficacia en la resolución de asuntos, no obstante, debe ser contrastado en cada jurisdicción nacional con datos empíricos relativos al número de casos investigados e incoados por la Autoridad de la competencia, para determinar si las mejoras de eficiencia que indudablemente se producen en los supuestos de tramitación vía transacción, sobre todo en ausencia de casos híbridos, se ven respaldadas por

⁷³ F. DIEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-agosto de 2015, p. 31.

una efectiva abundancia de expedientes sancionadores que justifiquen el recurso a este modo de terminar el procedimiento.

Además del análisis de oportunidad que deba hacer el legislador a la hora de valorar, desde la perspectiva del interés público, la oportunidad de regular la transacción en el ámbito de la defensa de la competencia, es necesario examinar si la figura va a ser susceptible de aplicarse en la práctica, dado que el consentimiento y colaboración de los incoados, al contrario que en los procedimientos sancionadores al uso, es determinante del buen fin de un procedimiento de *settlement*.

Entre las posibles razones para alcanzar un *settlement* por parte de las empresas, se han destacado las de lograr un procedimiento más rápido, con menos coste reputacional, con menores multas y compromisos u obligaciones menos gravosos o una más estrecha definición de la infracción⁷⁴. Este último aspecto, las posibilidades de argumentar ante las autoridades de competencia respecto de la delimitación del concreto ámbito de la infracción, se señala como uno de los elementos clave desde la perspectiva del atractivo del *settlement* para las empresas afectadas^{75,76}. Por el contrario, frente a lo que sucede en el ámbito comunitario, el factor relativo a la reducción en los plazos del procedimiento administrativo tiene menor relevancia, dados los comparativamente más breves plazos legales de duración máxima del procedimiento sancionador de competencia en la normativa española (art. 36 de la LDC). El menor acceso a las pruebas sobre la conducta, derivado de la protección especial concedida a las declaraciones de transacción y la brevedad comparada de la resolución sancionadora sí son elementos sustanciales que cobran un mayor protagonismo tras la adopción de la Directiva de daños.

Un incentivo adicional para transaccionar puede darse cuando sean personas físicas, en su condición de representantes o directivos de la empresa infractora, *ex art.* 63.2 de la LDC las que estén incluidas entre las incoadas⁷⁷. A buen seguro, tales sujetos tenderán a valorar más, en términos proporcionales, la menor duración del procedimiento, la brevedad relativa de la resolución, el inferior coste reputacional y, en menor medida, el importe reducido de la multa⁷⁸.

⁷⁴ W. P. J. WILS, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles», en *World Competition*, vol. 31, núm. 3, septiembre de 2008.

⁷⁵ A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318.

⁷⁶ En las realistas palabras de los responsables de la *Antitrust Division* norteamericana: «*Understanding the scope of a multination cartel or calculating the volume of commerce affected by the defendant's participation in a cartel are not easy tasks, and the Division is willing to listen to cartel participants on these issues*». A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008, p. 12.

⁷⁷ Las RCNMC de 26 de mayo de 2016 y 30 de junio de 2016 (Exptes. S/DC/0504/14 AIO y S/DC/Infraestructuras Ferroviarias) han sido las primeras en aplicar tal previsión desde la entrada en vigor efectiva de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁷⁸ En el caso de Reino Unido, la CMA ha señalado que puede discrecionalmente decidir no impulsar una orden de inhabilitación en relación a directivos de empresas que transigen (CMA, *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, párr. 14.30).

Algunas novedades recientes, como la introducción de la prohibición de contratar como resultado de la sanción firme por falseamiento de la competencia⁷⁹, pueden suponer un riesgo de incremento de la litigiosidad contenciosa, y ser un elemento añadido que aconseje la introducción de este procedimiento de transacción con multa. La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, incluye la colaboración activa con las autoridades investigadoras como un elemento de *self cleaning* que puede exceptuar la aplicación de un motivo de exclusión del procedimiento de contratación (art. 57.6)⁸⁰.

Por lo demás, los operadores del mercado vienen reclamando la aplicación de un procedimiento de esta naturaleza, como se pone emblemáticamente de manifiesto en los Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC (29 de abril de 2014):

«Una buena instrucción con una descripción fáctica objetiva además serviría para conducir el expediente a lo que posiblemente debería tender por naturaleza; esto es a la transacción o terminación convencional. En este punto hay que incidir que la CNC no consideró nunca oportuno el analizar las transacciones con sanción económica que contempla en general el ordenamiento jurídico administrativo y penal en nuestro país, que también usan en la mayoría de países de nuestro entorno, y que a nuestro entender encajan en el actual artículo 52 de la LDC (cuya literalidad, cuando menos, no descarta la interpretación que aquí se defiende).

La terminación convencional reporta grandes ventajas a la Administración, a los administrados y también a terceros; y además, cumple con muchos de los objetivos que pretende la CNMC. Permite una mejor asignación de los recursos, la pedagogía a la empresa sancionada es muy significativa y no se impiden los procedimientos de aplicación privada»⁸¹.

Asimismo, ya con motivo de la elaboración del proyecto de Reglamento de la LDC, se criticó que el texto no previera la posibilidad de transacción en caso de cárteles, en línea con la entonces propuesta de la Comisión Europea sobre procedimientos de transacción para casos de cárteles⁸².

La clave del éxito del procedimiento de transacción es que se perciba por todas las partes interesadas que el beneficio derivado del mismo va más

⁷⁹ Véase la modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Públicos, arts. 60 y ss., introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a través de su Disposición Final novena. En análogo sentido el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, art. 71.1.b) y concordantes.

⁸⁰ También el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en la versión publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 2 de diciembre de 2016, con redacción imperfecta, se refiere al pago de la multa y a la adopción de medidas que remiten a la colaboración con las Autoridades, como elementos que permiten que no se declare la prohibición de contratar que correspondería por haber sido sancionado por falseamiento de la competencia (art. 72.5).

⁸¹ Disponible en www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/cnmec/plan_estragico/2014/01AEDC.pdf.

⁸² Véase *Comentarios al Proyecto de Reglamento de Defensa de la Competencia*, CMS Albiñana, noviembre de 2007, disponible en histórico de www.minhaff.gob.es.

allá de un determinado porcentaje de reducción en el importe de la multa. No obstante, parece existir consenso entre aplicadores y estudiosos del sector acerca de que la falta de certidumbre o de previsibilidad en materia de determinación del importe de la sanción, es un elemento determinante de la disponibilidad o no de las empresas investigadas a participar en procedimientos de transacción⁸³.

En el caso español, tras la traumática experiencia vivida en materia de interpretación de los criterios cuantificación de las multas, que la STS de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/201)⁸⁴ sintetiza y pretende resolver, conviene tener en cuenta la siguiente reflexión, en relación a la reducción del 18 por 100 de media en las multas realizada por el Tribunal General respecto de las impuestas por la Comisión Europea: «*A mere expectation of a reduction of 10 percent on an as yet unquantified level of fine seemed unlikely to be sufficient inducement, on its own, for parties to enter into a settlement agreement. Given the low level of express reduction in fines on offer, it may be expected that parties will seldom settle unless they are aware that there is very little or no prospect of a successful defense or reduction of fine on appeal*»⁸⁵.

B. TRANSACCIÓN Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Merecen tratamiento específico los posibles efectos colaterales que los procedimientos de transacción pueden desplegar en materia de aplicación privada del Derecho de la competencia⁸⁶. La necesaria función complementaria de ambos sistemas, obliga a que la aplicación pública evite mermar la efectividad de las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios

⁸³ A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008. Hart Publishing, 2010, pp. 47-65, esp. p. 56, sobre la relevancia de disponer de un marco de sanciones predecible para posibilitar la transacción. También, L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, pp. 403 y 407. Igualmente, A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», en *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008 (<https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>): «*A critical issue to the success of the Commission's settlement procedure will be the Commission's transparency in discussing the fine that a cartel participant can expect to pay. [...] If cartel participants cannot assess their possible fines with reasonable certainty, they may choose to seek leniency but not settle, resulting in a scenario where a cartel participant provides cooperation to receive leniency but then litigates its fine*».

⁸⁴ También, en idéntico sentido, las Sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recurso 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores. Sobre esta cuestión, véase V. SOPENA y H. OTERO, «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?», en *Anuario ICO 2013*, y F. DÍEZ ESTELLA y J. GARCÍA-VERDUGO, «Las Guidelines del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», en *Anuario ICO 2015*, pp. 341-362.

⁸⁵ G. OLSEN y M. JEPHCOTT, «The European Commission's Settlement Procedure», en *Antitrust*, vol. 25 (1), 2010, p. 76.

⁸⁶ R. W. STEDMAN, «Consent Decrees and the Private Action: An Antitrust Dilemma», en *California Law Review*, vol. 53 (2), 1965, pp. 627-654.

derivados de las infracciones del Derecho de la competencia. Antes hemos mencionado que se señalaba como ventaja de la figura «que no se impiden los procedimientos de aplicación privada»⁸⁷. Es claro que la generalización de esta forma de terminación del procedimiento sancionador no favorece *a priori* la posterior reclamación de daños, puesto que los perjudicados tendrán un menor acceso al expediente administrativo, al estarles vedadas las solicitudes de transacción⁸⁸; la resolución contendrá menos hechos probados y estará más someramente argumentada; y a menudo se reducirá la dimensión geográfica y temporal de la infracción por comparación con un sancionador ordinario.

No obstante, los perjudicados contarán a su favor con un reconocimiento expreso de la participación en la infracción del operador económico parte en la transacción y, si no hay recurso contencioso-administrativo⁸⁹, no será preciso esperar los dilatados plazos procesales para que la resolución de la Autoridad de competencia sea firme y acudir a la jurisdicción civil a demandar la correspondiente indemnización mediante una demanda de daños sucesiva a la declaración administrativa de infracción (*follow-on action*).

Ahora bien, en la medida en que se pretendan daños derivados de elementos de la infracción —duración, dimensión, mercados afectados— no expresamente incluidos en la decisión de transacción, la demanda se deberá tratar como autónoma (*stand alone*). La resolución de transacción tampoco servirá de elemento para presumir la infracción en vía judicial, en el sentido del art. 9.1 de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, si se pretende una indemnización de daños frente a empresas no parte en la transacción (casos híbridos) o que hayan recurrido en vía judicial la decisión sancionadora de la autoridad de competencia.

Resulta reseñable que algunos ordenamientos, a la hora de regular el porcentaje de rebaja de multa aplicable a supuestos de transacción, mencionen que además del tanto por ciento de rebaja previsto por colaboración, se puede tener en cuenta como elemento adicional el compromiso del infractor de atender al pago de daños derivados⁹⁰. También la Directiva de daños señala (art. 18.3) que la autoridad de competencia podrá considerar como

⁸⁷ Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC, de abril de 2014.

⁸⁸ Además de lo indicado *supra* en relación al art. 6.6.c) de la Directiva de Daños, la Sección 5 de la *Clayton Act* prevé que los *consent decrees* no pueden ser utilizados como prueba de infracciones de la normativa de competencia en acciones civiles de indemnización de daños contra el demandado.

⁸⁹ Que será lo más frecuente, puesto que aunque no esté vetado legalmente las empresas saben que tienen poca defensa en vía judicial tras una transacción, salvo en aspectos relativos al *quantum* de la multa.

⁹⁰ Así, la Ley de Competencia belga (art. IV.54): «*For the calculation of the fine in accordance with the guidelines for the calculation of fines of the Belgian Competition Authority or in the absence of such rules, of the European Commission, the College of Competition Prosecutors may apply a 10% reduction of fine. It can also take into consideration a commitment of the undertaking or association of undertakings concerned to carry out the payment of damages*».

atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial.

Además de la repercusión que la transacción pueda tener en los demandantes de indemnizaciones por daños derivados de la infracción, existe un impacto potencial de las demandas de daños sucesivas en los incentivos de las empresas investigadas para transaccionar. Dado que la transacción implica el reconocimiento para la empresa investigada de su participación en la infracción, con una determinada extensión y alcance, el temor a las consecuencias negativas que ello tenga en una posterior demanda de daños es un factor estratégico en la decisión de participar o no en el procedimiento de transacción⁹¹.

Los casos híbridos agudizan ese desincentivo, en tanto que propician una situación en la cual las empresas que hayan llegado a una transacción pueden ver cómo la más larga decisión sancionadora adoptada por la Autoridad de competencia frente a la parte o partes que han abandonado la transacción incluye elementos probatorios no contenidos en la más breve decisión de *settlement* y que eventuales demandantes de daños pueden usar en acciones contra las empresas que acordaron la transacción. Precisamente para tratar de paliar estos efectos, algunas autoridades no publican la decisión de transacción hasta que la resolución sancionadora *ordinaria*, respecto de las partes incoadas no parte en la transacción, ha sido adoptada⁹².

Otro aspecto crítico, también desde la perspectiva de las empresas parte de la resolución de transacción, es que estas pueden ser demandadas por daños con anterioridad a las empresas que finalmente no acuerdan, bien porque la Autoridad administrativa adopta normalmente con posterioridad las resoluciones sancionadoras ordinarias o no de *settlement*, bien porque las empresas que no han acordado, aun en el supuesto de que ambas decisiones se adopten en fechas próximas, normalmente impugnan la decisión en vía contenciosa y ello retrasa su firmeza. Dado que se prevé la responsabilidad solidaria sobre los daños para las partícipes en la infracción, ello puede tener relevancia práctica clara a efectos de que las empresas que han sido parte de la transacción deban atender a demandas por el todo pero tener que esperar a la firmeza judicial de la resolución administrativa ordinaria para interponer acciones de repetición contra empresas coinfractoras no incluidas en la transacción.

⁹¹ Véase A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, pp. 59 y 62. También, señalando que la experiencia del Bundeskartellamt es que la amenaza de posibles demandas por daños es «*the most important obstacle for cartel members to enter into negotiations for a settlement agreement*», «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, p. 107, disponible en www.ocde.org.

⁹² «Cartel Settlements», Report to the ICN Annual Conference, abril de 2008, esp. p. 30, disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org.

C. CONCLUSIÓN

El análisis del acuerdo transaccional como posible forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia español obliga a realizar un estudio, más profundo y ambicioso que esta necesariamente limitada aproximación a la cuestión, que trascienda a la regulación de la figura, para considerar sus posibles repercusiones en el sistema normativo en el que se integraría.

Respecto de la posibilidad de articular un procedimiento de transacción con imposición de multa conforme a la normativa actual, mediante una interpretación amplia del art. 52 de la LDC para los Acuerdos de Terminación Convencional, a la vista además de las previsiones del art. 85 de la nueva Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común o bien, por el contrario, de la necesidad de una reforma legal *ad hoc* que contemple la figura y regule el procedimiento, la experiencia comparada demuestra que la figura descansa sobre la base de la mayor previsibilidad posible para los operadores económicos, que compense el natural rechazo que al Consejo de Administración de cualquier mercantil le provoca el reconocimiento de una infracción de la normativa antitrust.

Una cuestión no resuelta y que remite a la necesidad de mayor estudio sobre la materia, es la de contrastar si el propósito de disuasión general se logra de modo semejante con los expedientes de transacción con multa que en los procedimientos sancionadores al uso. Esa preocupación está vinculada a la de que se produzca una excesiva generalización en el uso de la figura, poniendo así un énfasis desproporcionado en las ventajas de eficiencia que promete y orillando en exceso otros efectos indeseados que no cabe ocultar. En particular se ha señalado la posibilidad de que los incentivos de las Autoridades de competencia y de las empresas investigadas para acudir a una terminación negociada y el interés público en una efectiva protección de la competencia puedan divergir⁹³.

El incremento de la eficacia que debería suponer la introducción de la transacción tendría que venir acompañado de una regulación transparente y predecible del procedimiento aplicable, con garantías de acceso a los datos relevantes del caso de que se trate. De otro modo, las empresas

⁹³ Véase, en referencia a los procedimientos de compromisos, pero en parte trasladable con las correspondientes adaptaciones a la transacción, H. SCHWEITZER, «Commitment Decisions under art. 9 or Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law», en *European University Institute Department of Law Working Paper*, 2008. Esta autora se refiere asimismo críticamente a los posibles incentivos de los órganos administrativos aplicadores del Derecho de la competencia a evitar el control judicial. Mostrando preocupación por la creciente tendencia hacia el «*consensual competition law*», pese a reconocer las ventajas de las terminaciones negociadas, véase F. WAGNER-VON PAPP, «Best And Even Better Practices In Commitment Procedures After ALROSA: The Dangers Of Abandoning The “Struggle For Competition Law”», en *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 929-970. También, véase F. MARCOS, «Diminishing Enforcement: Negative Effects for Deterrence of Mistaken Settlements and Misguided Competition Promotion and Advocacy», en *Working Paper IE Law School*, 2012, esp. pp. 7 y ss.

afectadas no estarían en situación de adoptar una decisión informada sobre su disponibilidad inicial a la transacción y sobre el acuerdo a la propuesta de terminación con declaración de infracción e imposición de multa que se les presente.

La clave está en determinar si el interés general se alcanza mejor incorporando al Derecho de la competencia este modo alternativo de terminación del procedimiento sancionador, pero también en si ese fin de consecución del interés general se cumple respecto del caso concreto en el que se suscite la terminación negociada con imposición de sanción rebajada en su importe.

