



---

# **Universidad de Valladolid**

## **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**

### **Grado en Administración y Dirección de Empresas (ADE)**

#### **El programa de clemencia en el derecho de defensa de la competencia.**

#### **Casos de actualidad.**

Presentado por:

***Irene Rodríguez Cepeda***

Tutelado por:

***Benjamín Peñas Moyano***

*Valladolid, 28 de junio de 2016*

*“Nuestra recompensa se encuentra en el esfuerzo y no en el resultado.*

*Un esfuerzo total es una victoria completa”.*

*(Mahatma Gandhi)*

## *Agradecimientos*

En primer lugar, quería agradecer a mi familia y especialmente a mi madre, por brindarme su apoyo en todo momento no solo a lo largo de la carrera, si no a lo largo de mi vida.

Gracias también a mi tutor, Benjamín Peñas, pues sus clases despertaron mi interés por esta materia y gracias a sus enseñanzas y sugerencias han hecho posible este trabajo.

Por último, gracias a la Universidad de Valladolid y a sus profesores, de quienes he recibido la formación necesaria para completar mis estudios en Administración y Dirección de Empresas.

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. RESUMEN DEL TRABAJO.....	2
2. INTRODUCCIÓN.....	3
3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA .....	3
4. DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	4
5. CONDUCTAS PROHIBIDAS .....	6
5.1 Abuso de posición dominante.....	7
5.2 Falseamiento de la libre competencia por actos desleales .....	8
5.3 Conductas colusorias .....	9
6. INFRACCIONES Y SANCIONES.....	11
7. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA.....	14
7.1 Marco general de la competencia.....	14
7.2 Ámbito de aplicación y beneficiarios del sistema de clemencia .....	16
7.2.1 Ámbito subjetivo.....	16
7.2.2 Ámbito objetivo (Los cárteles) .....	18
7.3 Modalidades y presupuestos específicos de aplicación .....	19
7.3.1 Exención de la multa.....	19
7.3.2 Reducción de la multa.....	23
7.4 Elementos comunes en ambos procedimientos.....	27
8. NOTICIAS DE ACTUALIDAD .....	28
9. CONCLUSIONES .....	31
10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

## **1. RESUMEN DEL TRABAJO**

El programa de Clemencia, regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es una política novedosa que permite a los miembros participantes en un cártel poder eximirse del pago de la multa que les corresponde por poner en práctica conductas anticompetitivas de carácter muy grave, como son las conductas colusorias, por ser el primero en delatar dicho cártel o, en tal caso, la reducción de la misma si cumplen una serie de condiciones como es la colaboración activa con la Comisión Nacional de la Competencia o el aporte de documentos que prueben su existencia.

Como veremos, es una medida que ha resultado realmente efectiva, pues no solo han aumentado el número de cárteles desmantelados, sino que también desincentiva la creación de los mismos.

*Palabras clave:* Programa de Clemencia, Defensa de la Competencia, Cártel, Comisión Nacional de la Competencia.

*Código JEL:* K21 Derecho de la competencia

## **WORK SUMMARY**

The Leniency Program, regulated in the Anti-Trust Law 15/2007, July 3, is a new law which allows the members of a cartel to be exempted from paying fines that otherwise they would have to pay for the use of serious unfair competition forms, such as collusion. This exemption can be possible in case of being the first denouncer of the cartel at issue, and it can provide, where appropriate, a reduction of the fine by obeying some requirements, as providing documents that prove its existence or cooperating actively with the National Committee of Unfair Competition.

As we can see, it is a measure which has become extremely effective. On the one hand, it has increased the number of dismantled cartels. On the other hand, it has reduced the creation of more of them.

## 2. INTRODUCCIÓN

La elección de este tema, el proceso de clemencia en la competencia desleal, ha venido motivado por su carácter novedoso y por los rápidos efectos que ha tenido en la repercusión de los cárteles, puesto que participar en una práctica prohibida y saber que puedes salir de ella sin tener ningún tipo de castigo puede resultar de verdadero interés.

De este modo, la tardía entrada en vigor de esta normativa no me ha permitido estudiar este ámbito con detalle en las asignaturas de derecho mercantil y, por ello, me ha resultado interesante poder investigar y ampliar mis conocimientos en esta materia.

Entre los objetivos que se persiguen en esta redacción, se encuentra, primeramente, la *clasificación de los diferentes tipos de prácticas anticompetitivas* que se pueden dar en la actualidad y la gravedad de cada una de ellas, especialmente, la gravedad de las prácticas colusorias y de la *figura del cártel*.

Otro objetivo es la *obtención de una idea clara y precisa del procedimiento de clemencia en sus diferentes modalidades*: exención y reducción del pago de la multa, su *ámbito de aplicación* y, por tanto, un *conocimiento* genérico acerca de las *leyes* que regulan este tipo de prácticas y comportamientos.

Por último, y no por ello menos importante, mediante el estudio de casos actuales, *conocer el efecto y repercusión* que ha tenido esta política.

## 3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

Este trabajo se ha llevado a cabo gracias al planteamiento de un tema novedoso y de actualidad como es el procedimiento de clemencia en la competencia desleal.

Las diferentes conversaciones mantenidas con el tutor para elaborar, estructurar y dirigir el trabajo han motivado la consulta de fuentes bibliográficas fiables y al desarrollo de un trabajo de campo mediante la investigación en

medios de comunicación para la adquisición de noticias y titulares de actualidad que ejemplifican y argumentan todo lo expuesto en este trabajo.

Por último, se han planteado unas conclusiones finales que han permitido desarrollar una opinión personal en lo referente a este ámbito.

#### **4. DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

El origen del actual *principio de libertad de competencia* data de los años posteriores a la Revolución Francesa, cuando los empresarios empezaron acudir y competir con otros que se dedicaban a la misma actividad. De este modo surge la llamada *libertad de competencia*, actualmente regulada en normas incluso de nivel constitucional (el artículo 38 de la Constitución proclama la “*libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”).

La libertad de competencia fue regulada por primera vez en España por la *Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, con el fin de proteger los planes de desarrollo económico impulsados por el Gobierno de la época. A pesar de ello, no consiguió hacerlo eficazmente debido al sistema económico proteccionista y a la gran intervención del Estado en aquella época.

Más tarde, debido a la evolución de la economía y a la incorporación de nuestro país a la Comunidad Económica Europea, se requería un cambio legislativo que se originó con la promulgación de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* que derogaba y sustituía a la anterior de 1963.

Esta Ley reforzaba los mecanismos ya existentes y le concedía una mejor estructura institucional, además de los instrumentos necesarios para la protección de la competencia efectiva en los mercados.

Asimismo, esta normativa se articuló en torno a los principios de seguridad jurídica, la independencia y predecibilidad en la adopción de decisiones, la transparencia y responsabilidad social, la eficacia de las actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia en la lucha contra las prácticas

restrictivas de la competencia, y la coherencia del sistema tanto a nivel comunitario, nacional y autonómico, como a nivel administrativo y jurisdiccional.

Posteriormente, la Ley de 1989 fue sustituida por la *Ley 18/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, siendo revisada y modificada en diversas ocasiones, la última en 2013. Esta nueva Ley, incluye una serie de reformas que se completan, al año siguiente, con el *Reglamento de Defensa de la Competencia*, aprobado mediante el *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero*.

No obstante, la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, modifica en profundidad el sistema de supervisión y regulación de los mercados de la anterior Ley al crear este nuevo organismo, pero deja en vigor el contenido normativo relativo a las prácticas restrictivas de la competencia, al control de las operaciones de concentración económica de las ayudas públicas y los procedimientos administrativos para su aplicación.

Además, y puesto que España es un Estado miembro de la Unión Europea, es de vital importancia destacar la norma mediante la cual se rige la Unión en materia de defensa de la competencia: el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*, que trata de proteger la competencia frente al falseamiento y declara todas las prácticas anticompetitivas como incompatibles con el mercado común, siendo este el mercado de referencia.

El TFUE clasifica en 3 categorías el ámbito de aplicación de las competencias: competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo. Por tanto, la UE puede apoyar o completar las políticas de los Estados miembros.

Por último, el órgano encargado de regular las prácticas anticompetitivas es la *Comisión Europea* quien ha cedido en los últimos años un mayor protagonismo a las autoridades nacionales de la competencia.

La *libertad de competencia* constituye un elemento esencial del *sistema de economía de mercado* vigente en todos los países de la Unión Europea, siendo varios los principios sobre los que se asienta este sistema: el

reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, la libre circulación e inversión del capital, el lucro económico y la planificación de la actividad económica por parte del Estado.

La *competencia* puede definirse como aquella situación en la que se encuentran dos o más empresarios que operan en el mismo ámbito del mercado y ofrecen bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades (pudiendo utilizar medios diferentes), y que se encuentran en una situación de conflicto de interés frente a la clientela.

Con esta definición nos referimos a la competencia imperfecta, pues es la que alude a la realidad ya que la economía y el mercado presuponen la existencia de competencia entre empresas, que se convierte en objetivo a conseguir o preservar y, por esta razón, pasa a ser objeto de regulación. Éste planteamiento se comprende en la promulgación de las llamadas *Leyes y Disposiciones de Ordenación de Mercado*.

No obstante, junto a las anteriores normas, conviven otras denominadas *Leyes de Represión de la Competencia Desleal* que tratan la competencia desde una perspectiva parcialmente distinta.

En definitiva, la competencia es un bien que el Derecho tutela y defiende desde una doble vertiente: la libertad y lealtad. De este modo, entendemos por *tutela y defensa de la libertad de competencia* la tendencia legislativa de los Estados a prevenir, reprimir y sancionar los abusos que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia en el mercado.

## **5. CONDUCTAS PROHIBIDAS**

La regulación sobre defensa de la competencia que se aplica en España está formada, por un lado, por las normas comunitarias que comprenden básicamente los artículos 101 a 113 del *Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*, y diversas normas (principalmente Reglamentos) de los órganos comunitarios; y, por otro lado, por la regulación nacional o interna, concretamente la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. No

obstante, esta Ley interna sigue muy de cerca la técnica y la filosofía del Derecho Comunitario de la competencia y contiene su propia caracterización de aquellas actividades que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de esta ley.

Más concretamente, prohíbe la realización de tres tipos de conductas empresariales: el abuso de la posición dominante, el falseamiento de la libre competencia y los acuerdos o prácticas colusorias.

## 5.1 ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Primeramente, hay que especificar que la Ley de Defensa de la Competencia no prohíbe los monopolios ni las posiciones de dominio que uno o varios empresarios puedan ostentar sobre el mercado, pero sí prohíbe los abusos que puedan cometer las empresas que gocen de dicha posición. Así lo expone el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC): *“Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*.

Visto este artículo, podemos decir que los elementos integrantes de este tipo de prohibición son: la existencia de una posición dominante, la realización de un comportamiento abusivo y la afectación total o parcial del mercado nacional.

Por tanto, para que exista un abuso de posición dominante deben cumplirse dos requisitos:

1. Exista situación de dominio unilateral o conjunto en todo o parte del mercado nacional. A pesar de ello, la Ley no establece un concepto jurídico de posición dominante pero podemos considerar que existe cuando un operador económico puede actuar en un mercado de manera autónoma sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores y clientes.
2. Se abuse de dicha posición. Un operador económico abusa de su posición de dominio en el mercado cuando se comporta de una manera diferente a como lo haría si estuviera en un mercado

plenamente competitivo. Este abuso puede consistir en alguna de las conductas enumeradas en el artículo 2.2 LDC:

- a) *“La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.”*
- b) *“La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.”*
- c) *“La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.”*
- d) *“La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.”*
- e) *“La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.”*

Además, el artículo 2.3 de la LDC establece que *“La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”*, es decir, están igualmente prohibidos los abusos de posición dominante que pudieran realizar eventualmente los monopolios legales.

## **5.2 FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES**

Entre las conductas prohibidas también se incluyen los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público, así lo expone el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia: *“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”*.

Al igual que en el caso anterior, deben cumplirse una serie de requisitos para que exista falseamiento de la libre competencia por actos desleales:

1. Que exista un acto de competencia desleal. Para precisar el concepto de acto de competencia desleal podemos acudir a la *Resolución de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 2 de octubre de 2014* que indica que “Únicamente los actos desleales capaces de distorsionar el normal funcionamiento de la libre competencia con afectación al interés público suponen una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia”. Por tanto, podemos decir que un acto desleal es un comportamiento anticompetitivo o un comportamiento de dudosa honestidad para buscar un beneficio propio como la eliminación de la competencia o la ampliación de su cuota de mercado entre otros.
2. Afecte a la libertad de competencia en el mercado.
3. Cause una grave perturbación en los mecanismos que regulan la competencia en el mercado.

### **5.3 CONDUCTAS COLUSORIAS**

La Ley define y prohíbe, en su artículo 1.1 las conductas o prácticas colusorias: “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

De este modo, podemos extraer de la definición que el concepto de colusión abarca cuatro tipos de conductas prohibidas:

1. Los acuerdos, entendiendo como tales los pactos escritos o verbales mediante los cuales varios operadores económicos se ponen de acuerdo para falsear o restringir la competencia. Aquí podemos clasificar los cárteles que trataremos con mayor detalle más adelante.

2. Las decisiones o las recomendaciones colectivas adoptadas por asociaciones empresariales u organismos representativos.
3. Las prácticas concertadas, que son aquellas prácticas homogéneas que inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos.
4. Las conductas o prácticas conscientemente paralelas que se realizan entre dos o más empresarios competidores que de forma consciente, pero sin mediar ningún tipo de acuerdo, producen o pueden producir prácticas anticompetitivas

Asimismo, para que una conducta pueda considerarse como práctica colusoria, no solo debe existir colusión, sino que también deben concurrir otros dos elementos:

1. La producción de una restricción de la competencia. La ley prohíbe exclusivamente aquellas prácticas colusorias que dificultan la libertad de acceso al mercado, la libre actuación de las empresas, la libre elección de los usuarios, o las que falsean o perturban el funcionamiento concurrencial del mercado. Para que exista una infracción, bastará con la adopción del acuerdo, pues a la Ley le es indiferente que la motivación o el objetivo que persigan las partes sea o no el de atentar consciente y voluntariamente contra la competencia, y que se dé o no ese resultado. Simplemente, basta con que pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia para que el negocio o la práctica resulten prohibidos.
2. La afectación total o parcial del mercado nacional. La Ley española se aplicará exclusivamente a las prácticas anticompetitivas que produzcan o puedan producir efectos en el mercado español o en una parte sustancial del mismo. Esto es un elemento clave para determinar cuándo se aplica el Derecho Español o el Derecho Comunitario de la competencia.

Además, hay que destacar que, como ya hemos mencionado anteriormente, el Derecho Español sigue muy de cerca al Derecho Comunitario en materia de Defensa de la Competencia, pues al igual que el artículo 1 de la LDC recoge una enumeración ejemplificativa de los contenidos más frecuentes de la prácticas colusorias idéntica a la del artículo 101 del TFUE, en cuanto a la consecuencia de los acuerdos colusorios, la LDC en su artículo 1.2 establece que *“son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”*, la misma esencia que recoge el TFUE.

Si bien es cierto que la nueva Ley de Defensa de la competencia en su artículo 1.3 declara exentos de la prohibición a *“aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”*.

## **6. INFRACCIONES Y SANCIONES**

Las infracciones de las normas recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia se clasifican, según el artículo 62.1 de la LDC, en leves, graves o muy graves. El mismo artículo en sus apartados 2, 3 y 4 numera las múltiples infracciones que pueden acometerse de cada uno de estos tipos, pero podemos sintetizar que las clasificadas como *leves* o *graves* guardan en común una relación con el incumplimiento de las obligaciones legales de colaboración; mientras que las clasificadas como *muy graves* se refieren a conductas anticompetitivas de colusión, abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Ley, recoge dos tipos de sanciones:

1. De carácter administrativo, de castigo, como son las multas coercitivas o sancionadoras y la posibilidad de imponer obligaciones o medidas estructurales que son impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
2. De carácter civil, como la nulidad de pleno derecho de los acuerdos anticompetitivos que tendrá que ser declarada por los juzgados de lo mercantil.

A pesar de no recogerse directamente como una sanción, en la práctica también opera como tal la publicidad de las resoluciones sancionadoras.

Además, la nueva Ley de Defensa de la Competencia en estos artículos, trata de dar solución a la falta de graduación de las sanciones y a la responsabilidad de las asociaciones o corporaciones frente a la imposición de multas pero manteniendo el requisito de la intencionalidad como elemento esencial para que proceda la imposición de una multa, aunque no forma parte de los elementos del tipo de prohibición.

Centrándonos en mayor medida en los cárteles, es decir, aquella situación en las que dos o más competidores, de forma secreta, se ponen de acuerdo para llevar a cabo algún tipo de práctica anticompetitiva, podemos decir que son prácticas colusorias clasificadas dentro de las infracciones muy graves y para las cuales, la Comisión Nacional de la Competencia ha establecido 3 fases para determinar el importe de la multa.

Primeramente, se establecerá un importe en función de la dimensión y características del mercado en el que ha tenido lugar estas prácticas anticompetitivas, la duración de la infracción, su alcance y sus efectos, así como la cuota de mercado de la empresa o empresas. Este importe se calculará como una proporción del volumen de ventas de la empresa infractora partiendo de un mínimo del 10%, debido a la clasificación de la infracción como muy grave, pudiendo llegar hasta un 30%.

En la segunda fase se podrá aumentar o reducir la sanción de la multa entre un 5% y un 15%, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

En la última fase, se procederá al ajuste de la cantidad concreta teniendo en cuenta los límites que establece la LDC en su artículo 63<sup>1</sup>.

También como veremos más adelante, la multa puede ser impuesta tanto a la empresa en sí como a sus representantes legales o personas físicas que hayan formado parte del cártel. Cabe destacar que la correspondiente sanción no será tan elevada como la que se impone a la empresa, pues la cantidad oscilará entre el 1% y el 5% con un límite legal de 60.000€.

---

<sup>1</sup> Artículo 63. Sanciones.

1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.

b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.

c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

Por último, el cártel como práctica colusoria, se ha visto beneficiado de una manera muy importante en temas de sanción, pues como se desarrolla en el siguiente apartado, el programa de clemencia ha permitido a los delatores de un cártel ver reducida su sanción o, incluso, condonada si dicho delatores cumplen una serie de requisitos que la Ley de Defensa de la Competencia establece.

## **7. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA**

### **7.1 MARCO GENERAL DE LA COMPETENCIA**

Como ya hemos mencionado con anterioridad, la nueva y actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia incorpora una serie de novedades y mejoras de la anterior Ley entre las que destaca, principalmente, la introducción de un mecanismo enfocado al descubrimiento de los cárteles existentes y su posterior disolución, además de desmotivar y entorpecer su futura constitución mediante la cooperación voluntaria de las empresas o personas involucradas. A este mecanismo se le ha denominado “*Política de Clemencia*”.

Las *políticas de clemencia* comprenden aquellas estrategias administrativas o normas que desean dar un tratamiento más favorable en materia de sanciones a aquellos operadores económicos implicados en prácticas colusorias que se arrepientan de su conducta y pongan en conocimiento de las autoridades de defensa de la competencia la existencia de dichas prácticas.

Además, esta modificación ha traído consigo una mayor flexibilidad, pues al ser los mismos autores quienes se delatan ante las autoridades de defensa de la competencia y asumen ciertos compromisos con estas autoridades, favorecen la simplificación del expediente sancionador de las prácticas prohibidas sin imponer sanciones. Más concretamente, sustituyen o reducen la posible sanción por compromisos u obligaciones voluntariamente aceptadas por los infractores, al reducir el procedimiento sancionador general a través de la eliminación de fases y ahorro de trámites administrativos.

Este tipo de políticas se ha traducido en un desequilibrio en el funcionamiento y mantenimiento del cártel que incita a dudar de las ventajas y garantías de su implantación, resultando mucho más arriesgado y menos atractivo. Incluso en mayor medida, pues tan solo el primero que denuncie la existencia del cártel y aporte pruebas que lo demuestre obtendrá una exención en el pago de la multa.

Esta serie de novedades y mejoras efectuadas en la LDC permiten seguir las tendencias de otros Estados Europeos a la revelación de los cárteles, pues cada vez es mayor la necesidad de luchar de forma más efectiva contra los cárteles, considerados una de las manifestaciones anticompetitivas más graves y difíciles de impedir porque se articulan a través de formas o mecanismo más ingeniosos y sus miembros extreman las precauciones para no dejar pruebas tangibles de sus actuaciones.

*“El Leniency programme ha dado muy buenos frutos a la Comisión Europea en la persecución y posterior sanción de prácticas anticompetitivas, pues se ha mostrado en la práctica ciertamente efectivo para sacar a la luz cárteles operantes, evitando así la continuación del perjuicio a los competidores, a los consumidores y a la economía en general. Si pensamos que el montante económico derivado de esas multas es ingresado en el presupuesto comunitario, por lo que las mismas ayudas a financiar la Unión Europea y a reducir la carga fiscal de los particulares, no podemos sino congratularnos por la existencia de ese programa de clemencia”.* (Peñas Moyano, B., 2012, Lex Nova Blogs)

De este modo, estas medidas de clemencia han demostrado ser una de las herramientas más eficaces en la lucha contra los cárteles ya existentes a juzgar por el número de solicitudes de clemencia que se han presentado desde la incorporación de esta nueva normativa.

Si acudimos a la prensa actual, vemos como Rosa María Sánchez, en su artículo del 28 de septiembre de 2015 “70 cárteles derribados” publicado en El Periódico comenta que, y cito textualmente, “[...] PROGRAMA DE CLEMENCIA/ «En los últimos años (del 2007 al 2015) se han descubierto no solo más cárteles, sino también cárteles más estables y persistentes» subrayan los profesores.

*«Eso ha sido posible gracias a la entrada en vigor del programa de clemencia», añaden. Curiosamente, los propios autores detectan una menor incidencia del programa de clemencia en los dos años de existencia de la CNMC. Este programa estrenó sus resultados en el 2010, con una multa de más de ocho millones de euros a fabricantes de gel tras la delación de Henkel y Sara Lee. El último fruto del programa de clemencia ha sido la sanción de 171 millones de euros impuesta en julio a 21 empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles a partir de la información facilitada por Seat y las empresas del grupo (Volkswagen Audi España y Porsche Ibérica). Antes que esto, en junio, se multó con 41,1 millones de euros a 95 concesionarios de automóviles Audi, Volkswagen y Seat, tras la denuncia presentada por la propia Seat, que se libró al 100% de su multa [...]».*

También lo hace Daniele Grasso con su publicación “*España es un cártel: Competencia impone multas por 985 millones en cuatro años*” en el periódico El Confidencial a fecha 17 de junio de 2015, donde expone que: “[...] *La tendencia de las multas a los cárteles, es decir a las empresas que estipulan acuerdos para evitar la mutua competencia, está al alza a nivel global, como destaca un reciente informe de la firma legal Allen & Overy. Y los casi mil millones del organismo español a lo largo de cuatro años se quedan pequeños al lado de la estadística comunitaria: sólo en 2014, la Dirección de Competencia de la Comisión Europea ha impuesto multas por 1.600 millones de euros para ‘neutralizar’ a diez cárteles. La CNMC, por su parte, ha empezado 2015 por el buen camino. Las multas asignadas en lo que va de año ya suman más que las de todo 2012 [...]».*

## **7.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN Y BENEFICIARIOS DEL SISTEMA DE CLEMENCIA**

Podemos diferenciar dos ámbitos de aplicación: el ámbito subjetivo y el ámbito objetivo.

### **7.2.1 Ámbito subjetivo**

En la Ley Española, concretamente en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia, encontramos como beneficiarios del programa tanto

a las empresas como a las personas físicas. No sucede lo mismo, sin embargo, en la Ley Comunitaria, pues solo prevé su aplicación a las empresas y no a sus empleados, sin ningún tipo de distinción.

Este mayor alcance por parte de la normativa española es debido al intento de fomentar al máximo la utilización del programa, potenciando así la eficacia del mismo.

Es lógico pensar que esto sea así, pues si en el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que *“Cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión”*, es decir, si puede sancionarse a las personas físicas que forman una organización, lo evidente es que también puedan eximirse del pago total o parcial de la multa y presentar, así, solicitudes en su propio nombre. Si no fuera de este modo, no tendría sentido que estos sujetos se acogieran al programa de clemencia puesto que no se podrían beneficiar de él, lo que dejaría a este casi sin ningún tipo de efecto o aplicación práctica.

Los artículos 65.3 y 66.4 de la misma Ley indican que aquellos sujetos que soliciten el programa a título personal pueden beneficiarse de la misma exención o reducción concedida a la empresa, pero lo que no deja claro es si esa solicitud a título individual puede beneficiar también a la empresa. Si así fuera, los miembros del cártel no solo deberían estar pendientes de los propios partícipes, sino también de sus propios órganos directivos lo que desembocaría en una mayor desestabilización de los cárteles, una mejor detección y, con ello, una mayor eficacia del programa de clemencia.

El segundo aspecto a tratar del ámbito subjetivo, es el número de sujetos que pueden verse beneficiados del programa. Existe un número limitado de sujetos que pueden beneficiarse de la exención de la multa, concretamente uno, pero no está limitado el número de beneficiarios de la reducción de la multa, lo que nos lleva a la idea de favorecer el número de sujetos que pueden acogerse al mencionado programa.

### 7.2.2 **Ámbito objetivo (Los cárteles)**

El ámbito objetivo de aplicación, al igual que el subjetivo, presenta algunas diferencias con el sistema comunitario. Como hemos mencionado en múltiples ocasiones, ambos programas de clemencia sólo se pueden aplicar a un tipo de infracciones muy concretas, como son los cárteles, con el fin de favorecer su represión. Ahora bien, el concepto que se tiene de este tipo de prácticas anticompetitivas para cada uno de estos Derechos es diferente, por esta razón, vamos a tratar con mayor profundidad este término.

Si acudimos a la Ley Española que se encarga de la Defensa de la Competencia, en su disposición adicional cuarta, apartado 2, establece que *“A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*.

Analizando en profundidad lo anterior expuesto, este concepto se proporciona *“a los efectos de lo dispuesto en esta Ley”*, esto quiere decir que sólo se puede acoger al programa de clemencia cuando se trate de una conducta comprendida en alguno de los términos de esa disposición concreta, pudiendo conllevar a una interpretación restrictiva de su alcance. De ahí la importancia de esta cuestión, pues si se tiene en cuenta que en la disposición cuarta sólo se enumeran prácticas específicas, únicamente estaremos ante un cártel cuando se trate de alguno de los supuestos que establezca la disposición, concretamente la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados o la restricción de las importaciones o las exportaciones. De este modo, no podemos incluir todos los posibles acuerdos entre competidores.

Ahora bien si comparamos el concepto de cártel que proporciona la Legislación Española con el que ofrece la Comisión Europea, el primero se nos queda bastante limitado pues la *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 8 de diciembre de 2006*, enumera a título ejemplificativo este tipo de prácticas, otorgándole un carácter mucho más genérico y comprendiendo así

otro tipo de manifestaciones siempre que el objetivo de estas sea “*coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en el parámetro de la competencia*”.

Esta diferencia, al menos teórica, entre ambas legislaciones puede dar lugar a problemas de solicitud y trato diferente difícil de justificar entre las autoridades nacionales y comunitarias en esta materia, afectando así a su seguridad jurídica al no poder actuar ante ambas con las mismas garantías.

### **7.3 MODALIDADES Y PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN**

Como podemos deducir de la lectura anterior, existen dos métodos o modalidades de aplicación del programa de clemencia: la exención y la reducción de la multa, expuestos en los artículos 65 y 66 de la LDC, respectivamente.

#### **7.3.1 Exención de la multa**

El artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia, recoge todos los aspectos relacionados con la exención de la multa y su apartado 1º dice así:

*“1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:*

- a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40<sup>2</sup> en*

---

<sup>2</sup> Artículo 40, derogado por el Artículo 27. Facultades de inspección, de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

1. El personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta Ley.

2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

a) Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere

*relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o*

*b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para*

---

esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.

b) Verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate, cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.

c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

d) Retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos mencionados en la letra b).

e) Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

3. Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el órgano competente haya autorizado.

4. Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

5. El personal funcionario de carrera encargado de la inspección levantará acta de sus actuaciones. Las actas extendidas tendrán naturaleza de documentos públicos y harán prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización.

6. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para las finalidades previstas en esta Ley y en la Ley 15/2007, de 3 de julio.

*establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).”*

Por tanto, y en resumen, la exención de la multa supone condonar a una empresa del pago de la sanción correspondiente a la participación en un cártel al cooperar con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aportando elementos de prueba suficientes de la existencia de ese cártel. Sólo se puede beneficiar una de las empresas o personas físicas que formen parte de ese cártel y deben darse dos aspectos de forma simultánea:

1. *Prioridad temporal*: El solicitante sea el primero en aportar elementos.
2. *Prioridad material*: Esos elementos aportados deben permitir ordenar el desarrollo de una inspección (independientemente de su propio éxito o no) en relación con un cártel o comprobar la existencia de una infracción en relación con un cártel.

Si bien es cierto, que a pesar de que el apartado b) dice expresamente que *“le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel”*, la Comunicación de Clemencia deja claro que ésta se aplica tanto a infracciones del artículo 1 de la Ley, como del artículo 101 del TFUE por prácticas de cártel.

El resto de condiciones para poder beneficiarse de la condonación de la multa, vienen recogidas en el apartado 2 del mismo artículo:

*“2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:*

- a) *Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.*
- b) *Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo,*

*excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.*

- c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.*
- d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción”.*

Por último, como hemos mencionado anteriormente, de la exención del pago de la multa pueden beneficiarse tanto personas jurídicas como físicas. Al menos eso dice el apartado 3 del artículo 65: *“La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia”.*

#### *7.3.1.1 Procedimiento de solicitud de exención de multas*

Primeramente, el procedimiento de exención de la multa se inicia cuando una empresa o persona física que participe en un cártel aporte los documentos que demuestren la existencia de dicho cártel ante la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, pudiéndose realizar dicha solicitud de forma escrita o verbalmente. En cambio, será el Consejo de Competencia quien comprobará si el solicitante cumple o no los requisitos para la obtención de la exención.

Una vez cumplidos los requisitos se procederá a la instrucción, la cual viene recogida en el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, en el artículo 46.5 que dice lo siguiente: *“La Dirección de Investigación podrá conceder, previa petición motivada del solicitante, un plazo para la presentación de los elementos probatorios del cártel. En todo caso, la empresa o persona física deberá presentar ante la Dirección de Investigación la información señalada en las letras a), b), c) y e) del apartado 3 de este artículo. Una vez presentados los elementos de prueba en este plazo*

se entenderá que la fecha de presentación de la solicitud de exención es la fecha de la solicitud inicial”. Respecto a la tramitación el artículo 47 del Reglamento de la Ley de defensa de la competencia se limita a indicar que: *“La Dirección de Investigación examinará la información y los elementos de prueba presentados y comprobará si se cumplen las condiciones del artículo 65.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cuyo caso acordará la exención condicional del pago de la multa, notificándolo a la empresa o persona física solicitante”*.

Muy importante, es que el artículo 47 del mismo Reglamento mantiene que la petición de exención de la multa debe realizarse antes del pliego de concreción de hechos.

Por último, hechas las comprobaciones se entrará en una *“especie de suspensión condicionada”* ya sea por la necesidad de mantener gestiones activas de apoyo a la investigación o por el mismo el procedimiento sancionador.

### **7.3.2 Reducción de la multa**

Ahora es el artículo 66 de la Ley de Defensa de la Competencia, el que va a recoger todos los aspectos relacionados con la reducción de la multa.

Si atendemos a la primera parte del artículo: *“1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:*

- a) Faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y*
- b) Cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior”*.

Del cual, extraemos que este mecanismo no exime del pago de la multa a la empresa que colabore, como ocurría en el caso anterior, pero sí le permite, sin embargo, obtener una reducción de la misma. Este segundo elemento se utiliza en aquellos casos en los que se revele la participación del supuesto cártel

pero que no se cumplan los requisitos que exigía el artículo 65 LDC de materialidad y temporalidad para la exención de la multa.

Aun así, se requieren dos requisitos para poder acogerse a la reducción de la multa, ambos establecidos en los apartados a) y b) del apartado 1 del artículo 66.

El primer requisito imprescindible es que la empresa implicada ponga fin a su participación en la presunta infracción, facilite pruebas que aporten un valor significativo para la Comisión Nacional de la Competencia y no comunique su intención de solicitar clemencia a terceros.

Pero lo verdaderamente importante de este primer requisito es que esos elementos de prueba *“aporten un valor añadido significativo”*. Esto se debe, por un lado, a que la CNMC ya conoce la existencia de ese cártel, ya sea por haberse obtenido de oficio o porque otra empresa ya ha acudido al proceso de clemencia delatando dicho cártel. A pesar de ello, la Ley de Defensa de la Competencia no contiene un significado concreto, sin embargo, el Reglamento de Defensa de la Competencia sí lo señala en su artículo 49.2: *“Se entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de la Competencia de probar los hechos de que se trate”*.

Por lo tanto, a la CNMC le interesa poder contrastar las pruebas con las que ya dispone, y le interesarán aquellas que sean capaces de poder demostrar la existencia de un cártel o las que puedan precisar, justificar o facilitar una mejor comprensión de los documentos ya facilitados.

Vistos los requisitos, podemos diferenciar los diferentes tipos o porcentajes de reducción que se pueden aplicar atendiendo al orden de recepción de las solicitudes de clemencia o aportaciones de pruebas. Esto viene recogido en el apartado 2 del artículo 66 de la Ley de Defensa de la Competencia: *“El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:*

- a) *La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.*
- b) *La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.*
- c) *Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa”.*

Como vemos, los apartados a) y b) establecen claramente que son para la primera y segunda empresa que presenten las pruebas aceptadas por la CNMC, pero sin embargo no podemos conocer el número de empresas que se pueden beneficiar de la reducción porque el apartado c) no precisa el número de participantes solo dice “*sucesivas empresas*”.

Otro tema importante a tratar es la cuantía de la reducción. Sí es cierto que la Ley establece una serie de porcentajes, pero son intervalos lo que proporciona, dejando a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia el importe correspondiente a cada caso: “*3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física*”.

A diferencia de la Ley de Defensa de la Competencia Española, la Ley de Competencia por la que se rige la Unión Europea fija los porcentajes de reducción atendiendo a otros criterios. Eso establece el segundo párrafo del apartado 26 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 8 de diciembre de 2006: “*Para fijar el porcentaje de reducción dentro de esos márgenes, la Comisión tendrá en cuenta la fecha en que fueron comunicados los elementos de prueba que hayan satisfecho la condición establecida en el punto (24), así como el grado de valor añadido que hayan comportado*”.

Por último, el apartado cuarto del artículo, lo que ya hemos aludido en diferentes ocasiones a lo referente que las exenciones o reducciones que se concedan a las empresa infractoras arrepentidas beneficiarán también a sus

administradores y directivos: “4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia”.

### 7.3.2.1 *Iniciación del procedimiento*

El procedimiento de reducción de la multa comienza cuando la persona física o empresa que haya participado en el cártel presente ante la Dirección de Investigación una solicitud formal acompañada de los correspondientes elementos de prueba, conforme a lo que recoge el artículo 46.3<sup>3</sup> del Reglamento. No obstante, si el solicitante así lo deseara, la Dirección de Investigación podrá aceptar que la solicitud se presente verbalmente acompañada de la correspondiente información y elementos de prueba, aunque deberá aceptar su grabación en las dependencias de la Comisión Nacional de la Competencia.

La Dirección de Investigación también podrá recoger solicitudes con posterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos cuando los

---

<sup>3</sup> Artículo 46.3 del Reglamento

3. El solicitante de la exención del pago de la multa al amparo de lo establecido en el artículo 65.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deberá facilitar a la Dirección de Investigación, la siguiente información y elementos de prueba:

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

elementos de prueba aportados así lo justifiquen. Sin embargo, la Dirección no examinará los elementos que se hayan aportado si la empresa o persona física no se pronuncia previamente sobre la exención condicional relativa a solicitudes previa de exención.

Más tarde, la misma Dirección de Investigación comunicará a la empresa o persona física si obtiene o no la reducción del importe de la multa. Si dicha solicitud se hubiera presentado con posterioridad a la notificación del pliego: *“Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes”*. Esto establece el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

#### **7.4 ELEMENTOS COMUNES EN AMBOS PROCEDIMIENTOS**

Vistos los anteriores procedimientos, podemos concluir con la extracción de dos elementos comunes, concretamente:

1. *Tratamiento de solicitudes:* Tanto la solicitud de exención de la multa como la solicitud de la reducción de la sanción, muestran en común la confidencialidad de dichas solicitudes. Además todo interesado podrá tener acceso a los datos o documentos que resulten necesario para contrastar determinados hechos. Todo lo anterior viene establecido en el artículo 51 del Reglamento de Defensa de la Competencia.
2. *Deber de cooperación:* Ambos sistemas exigen como requisito imprescindible la cooperación plena, continua y diligentemente con la CNMC. Más concretamente podemos acudir al artículo 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que señala lo siguiente: *“A efectos de lo establecido en los artículos 65.2.a) y 66.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, se entenderá que el solicitante de la exención o de la reducción del importe de la multa coopera plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia*

cuando, a lo largo de todo el procedimiento, cumpla los siguientes requisitos:

- a) *Facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición.*
- b) *Quede a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.*
- c) *Facilite a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores.*
- d) *Se abstenga de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.*
- e) *Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación”.*

## **8. NOTICIAS DE ACTUALIDAD**

Dicho lo anterior y, explicado con especial detalle todo lo relativo al programa de clemencia, podemos ver, mediante casos reales y actuales, cómo esta iniciativa ha surtido efecto tanto a nivel español como a nivel europeo, pues la mayoría de los cárteles derribados ha sido gracias a la delación por parte de uno o varios integrantes.

### **COMPETENCIA MULTA A DRAGADOS POR UN CARTEL EN LOS BARRACONES ESCOLARES**

Recientemente, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ha sancionado a 6 empresas dedicadas a la fabricación, alquiler y

venta de construcciones modulares, más conocidas como barracones, debido a la fijación de precios y reparto de clientes.

Este cártel fue descubierto gracias a la empresa Algeco, quien se acogió al programa de clemencia delatando dicho cártel. (Madrid, 14-12-2015. Periódico: El País)

### **LA UE MULTA CON 116 MILLONES AL CÁRTEL DE FABRICANTES DE LECTORES DE DISCOS**

Ocho proveedores de lectores de discos ópticos han sido multados por la Comisión Europea con 116 millones de euros por coordinar su comportamiento poniendo en común sus respectivas estrategias e intercambiar información de carácter comercial y sobre licitaciones.

Tres de esas empresas (Phillips, Lite-On y Phillips & Lite-On Digital Solutions se han librado de la multa ya que fueron ellas las primeras en revelar la existencia del cártel. (Madrid/Bruselas, 21-10-2015. Periódico: El PAÍS).

### **COMPETENCIA MULTA CON 40 MILLONES A LA RED DE VOLKSWAGEN**

107 concesionarios de España (la mayoría de Madrid) pertenecientes a las empresas Volkswagen, Audi y Seat ha sido multados con 40 millones de euros, la mayor multa impuesta jamás a una red de concesionarios en España, debido al intercambio de información comercial sensible, acuerdo de fijación de precios y otras condiciones comerciales.

La existencia del cártel fue divulgada por las empresas Seat y Volkswagen quienes se acogieron al programa de clemencia consiguiendo la exención del pago de la multa (el menos en sus concesionarios propios) pero, a su vez, provocando un malestar general en el sector debido al chivatazo. (Noemí Navas, Madrid, 05-06-2015. Periódico: Cinco Días).

## **LA CNMC MULTA CON 2,13 MILLONES A SEIS EMPRESAS DE EXTINTORES POR FORMAR UN CÁRTEL**

La CNMC ha impuesto una multa total de 2,13 millones de euros (las sanciones impuestas a cada una de las empresas oscilan entre los 157.358 y los 616.165 euros) a 6 empresas de equipos contra incendios por acordar precios y repartirse el mercado entre los años 2010 y 2012.

La investigación fue iniciada a finales de 2012 tras recibir una solicitud de clemencia por parte de una de las empresas participantes en el cártel a quien se le eximió del pago de la multa.

Además, las tres empresas que iniciaron y lideraron el cártel presionaron al resto de empresas para que se sumaran al pacto ante la amenaza de expulsarles del mercado. (Madrid, 8-07-2014. Periódico: Expansión).

## **COMPETENCIA MULTA A 15 EMPRESAS POR FIJAR UN CÁRTEL EN SOBRES ELECTORALES**

La Comisión Nacional de la Competencia ha desmantelado un cártel que ha tenido lugar entre 1977 y 2010 formado por 15 empresas del sector de sobres de papel pre-impresos para los procesos electorales. Las prácticas competitivas llevadas a cabo por estas empresas han sido principalmente la fijación de precios, el reparto de las licitaciones de sobres, el reparto de clientela y el acuerdo de limitación tecnológica en todo el territorio nacional.

Una de las empresas, Adveo (antes Unipapel) ha sido eximida del pago de la multa, 20.5 millones de euros, gracias al amparo del programa de clemencia por delación del cártel y su participación activa con la CNMC para el desmantelamiento de dicho cártel. (Madrid, 1-04-2013, Periódico: Expansión).

## **BRUSELAS IMPONE UNA MULTA RÉCORD DE 1.470 MILLONES A FABRICANTES DE TUBOS CATÓDICOS POR PACTAR PRECIOS**

La empresa Chunghwa se ha liberado de una multa de 16 millones de euros tras ser la primera en delatar el cártel en el que participaba con otros fabricantes de tubos catódicos. Además, la sanción afecta a dos cárteles distintos que operaban en paralelo y en el que participaban prácticamente las mismas empresas: unos tubos catódicos iban destinados a pantallas de televisión y otros a pantallas de ordenador. La sanción total ha llegado a 1.470 millones de euros. No obstante, las empresas Samsung, Phillips y Technicolor se han beneficiado de reducciones en el importe de sus multas, comprendidas entre el 10% y el 40% por haber colaborado activamente en la investigación. (Bruselas, 05-12-2012. Periódico: EXPANSIÓN).

## **9. CONCLUSIONES**

Para finalizar, podemos obtener una serie de conclusiones acerca del procedimiento de clemencia, su aplicación y su repercusión.

Primeramente, podemos afirmar que este sistema se creó con el fin de poder **desmantelar todos los posibles cárteles**. Es indiscutible la eficacia y efectividad que ha tenido este procedimiento. Si acudimos a la prensa, podemos ver que el *“El 80% de los cárteles que se desmontan en la Comisión Europea tienen su origen en un chivatazo. Y, según los expertos, se trata de un porcentaje que fácilmente se repetirá en España, donde la Comisión Nacional de la Competencia acaba de resolver el primero de los casos en los que se desbarata un cártel gracias a la introducción del programa de clemencia.”* (Corella, A. 2010, Clemencia para el delator de un cártel. Fuente: Cinco Días).

*“Dichas facultades y el nuevo programa de delación han permitido a la CNC incoar más de 100 expedientes sancionadores por prácticas restrictivas en muy variados sectores y en el ámbito de los cárteles, es decir, acuerdos colusorios entre competidores, desvelar acuerdos prohibidos nocivos para la libre competencia entre empresas y por ende, perjudiciales para la economía en*

*general y los consumidores en particular*". (Serraller, M. 2011, La lucha contra los cárteles en España se americaniza. Fuente: Expansión).

*"En los últimos años (del 2007 al 2015) se han descubierto no solo más cárteles, sino también cárteles más estables y persistentes"*. (Sánchez, R. M<sup>a</sup>. 2015, 70 cárteles derribados. Fuente: El Periódico).

A día de hoy, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, sigue investigando:

*"La Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) ha abierto un expediente sancionador contra la Asociación Española de fabricantes de cables, conductores eléctricos y de fibra óptica [...]. El supervisor considera que estas empresas habrían alcanzado supuestamente acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales, así como en el reparto de contratos en el marco de licitaciones convocadas en el territorio español"*. (07/03/2016. Competencia abre expediente para sancionar al sector del cable eléctrico. Fuente: El País).

*"La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) anunció este lunes la apertura de un expediente sancionador contra once empresas de servicios informáticos y aplicaciones por supuestos acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios y el intercambio de información comercial"*. (25/04/2016. Competencia investiga a 11 empresas informáticas por prácticas anticompetitivas. Fuente: El Mundo).

En relación a lo visto anteriormente, con este nuevo procedimiento se busca no solo dismantelar los cárteles ya existentes si no **desmotivar la creación de otros nuevos**, pues en todo momento cualquier integrante podrá delatar al resto cuando considere que ha obtenido el máximo beneficio o se vea amenazado o, simplemente, cuando considere oportuno. De cualquier modo, el delator sale beneficiado por dos razones: ha sacado provecho de la práctica anticompetitiva sin pagar ningún tipo de multa o sanción.

Por otro lado, y como ya se ha mencionado con anterioridad, **el montante económico derivado de las multas es ingreso directo para el presupuesto nacional/comunitario**. Esto implica un incremento significativo de los ingresos públicos. Si atendemos a una recopilación que ha hecho el periódico Cinco Días, a fecha de marzo de 2015, podemos ver un ranking de las mayores multas impuestas por competencia:

- Telefónica Móviles, Orange y Vodafone (2012-2013): 119 millones de euros de multa.
- Empresas como Urbaser (ACS), FCC, Valoriza (Sacyr) y Cespa (Ferrovial), además de otras 35 compañías, y las asociaciones Aselip, Aceser y Arema: 100 millones de euros de multa.
- Trece navieras que cubrían la ruta de Marruecos: 88,5 millones de euros.
- Danone, Corporación Alimentaria Peñasanta, Grupo Lactatis Iberia, Nestlé España, Puleva, Pascual, Senoble Ibérica, Central Lechera Asturiana y Gremio de Industrias Lácteas de Cataluña: 88 millones de euros.
- Cinco grandes eléctricas (2011): 61 millones de euros.
- Ocho empresas del sector de productos de peluquería profesional y a la patronal de cosmética: 51 millones de euros.
- Varias asociaciones de transporte de mercancías del Puerto de Valencia, además de tres empresas concesionarias (2013): 43 millones de euros.
- 17 empresas de alquiler de coches: 35 millones de euros.

Si bien, hay que tener en cuenta que estamos hablando de las mayores sanciones impuestas, lo que implica que también se han impuesto multas de menor magnitud.

Por último, se debe tener en cuenta la **mejora de la competencia**, pues es en definitiva el objetivo que se pretende con el programa de clemencia. A fin de cuentas, trata de eliminar una de las prácticas anticompetitivas más graves

como son los cárteles, consiguiendo crear un mercado mucho más legal y competente:

*“Según este abogado de SJ Berwin, “la hasta ahora exitosa actividad de la CNC, a través de su potestad administrativa sancionadora, tendrá como resultado un incremento de la competencia en aquellos sectores en los que se venía obstaculizando el libre juego de los concurrentes”. Le parece que “queda aún por remediar la reparación del daño causado a las empresas y consumidores perjudicados por las prácticas restrictivas de las empresas infractoras”.* (Serraller, M. 2011. La lucha contra los cárteles en España se americaniza. Fuente: Expansión).

En mi opinión personal, puedo decir que en los últimos años la efectividad y eficacia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ha sido indiscutible. Pues no solo me refiero a la cantidad de cárteles que se han desmantelado en España, si no al número de multas impuestas medidas en € y no en número de multas, donde caben destacar a los sectores más multados: el naviero, telecomunicaciones, alimentación, residuos, infraestructuras, transporte o energía.

Sin embargo, aunque pertenezcan a diferentes sectores de actividad, la mayoría se alían para fijar precios, intercambiar información y estrategias o repartir mercado y clientela, siendo elementos clave para asegurar ventas o aumentarlas de forma muy significativa sin tener en cuenta los intereses de los demás competidores.

Además, puedo añadir que en la mayoría de los casos son las grandes empresas o líderes del sector las que realizan este tipo de prácticas anticompetitivas, lo que implica que si individualmente cuentan con un porcentaje elevado de cuota de mercado, en conjunto pueden llegar a expulsar a las demás empresas del sector, como ocurría en el caso de los extintores, donde las grandes empresas amenazaban a las más pequeñas con expulsarlas del mercado si estas no participaban en el cártel.

Por último, pienso que este proceso es relativamente sencillo, pues actúa siempre de la misma manera: una empresa perteneciente a un cártel denuncia dicha práctica ante la CNMC aportando documentos y pruebas suficientes y participando activamente con la Comisión pudiendo así librarse del pago de la multa.

Si bien es cierto que en algunos casos, es solo una empresa la que colabora con la Comisión, obteniendo así la exención del pago de la multa como en los casos de Dragados, lectores de discos, el caso Volkswagen o el de los extintores, pienso que las demás empresas participantes del cártel deberían también colaborar con la CNMC.

Aunque estas últimas no se puedan eximir del pago de la multa, sí pueden ver reducida la cuantía de la misma y teniendo en cuenta a las cantidades que ascienden, una pequeña reducción puede simplemente no arruinar a la empresa. Por tanto, ante la delación de un cártel, todas las empresas que puedan beneficiarse del programa de clemencia deberían hacerlo.

## **10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTACIÓN**

### **BIBLIOGRAFÍA**

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2014): Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. Editorial: Tecnos, Madrid.

Campuzano, A. B., Palomar Olmeda, A. y Calderón, C. (2015): El Derecho de la Competencia. Editorial: Tirant Lo Blanch, Valencia.

Massaguer, J., Sala Arquer, J.M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dir.) y otros (2015): Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Editorial: Thomson Reuters, Navarra.

Menéndez, A., Rojo, A. y otros (2014): Lecciones de derecho mercantil volumen I. Editorial: Thomson Reuters, Pamplona.

Velasco San Pedro, L. A., Echebarría Sáenz, J. A., Herrero Suárez, C. (2014): Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución. Editorial: Thomson Reuters, Valladolid?

Peñas Moyano, B. (2012): «La operatividad del programa de clemencia en la lucha contra los cárteles», Thomson Reuters, Lex Nova Blogs.

Peñas Moyano, B. (2013): «La “nueva” comunicación de la CNC sobre el “Programa de Clemencia”», Thomson Reuters, Lex Nova Blogs.

### **OTRA DOCUMENTACIÓN**

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (Publicado en: «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2013, páginas 42191 a 42243)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (Publicado en: «BOE» núm. 159, de 04/07/2007).

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. (Publicado en: «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (Publicado en: «DOUE» núm. 326, de 26 de octubre de 2012, páginas 391 a 412)

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:

<https://www.cnmc.es/>

El país: <http://economia.elpais.com/>

Expansión: <http://www.expansion.com/>

Cinco Días: <http://cincodias.com/>

El Confidencial: <http://www.elconfidencial.com/>

El Periódico: <http://www.elperiodico.com/es/economia/>

El Mundo: <http://www.elmundo.es/economia>