



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Administración y Dirección de Empresas

La eficacia del programa de clemencia para la defensa de la competencia

Presentado por:

Elena Laredo Lara Camarón

Tutelado por:

Luisa María Esteban Ramos

Valladolid, 15 de Junio de 2017

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	Pág. 5
2. METODOLOGIA.....	Pág.6
3. LA COMPETENCIA.....	Pág.6
4. LOS CÁRTELES Y SU DETECCIÓN.....	Pág.8
5. PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO EUROPEO.....	Pág.10
5.1 Comunicación de 1996.....	Pág.11
5.2 Comunicación de 2002.....	Pág.12
5.3 Comunicación de 2006.....	Pág.13
6. EVOLUCIÓN PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	Pág.13
6.1 Ley 15/2007, de defensa de la competencia.....	Pág.14
6.2 Reglamento de defensa de la competencia.....	Pág.15
7. DIFERENCIAS ENTRE PROGRAMA ESPAÑOL Y EL EUROPEO.....	Pág.17
7.1 Ámbito objetivo.....	Pág.18
7.2 Ámbito subjetivo.....	Pág.18
7.3 Autoridad que aplica el programa.....	Pág.19
7.4 Diferencias en los requisitos de exención.....	Pág.20
8. EFICACIA DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA.....	Pág.20
8.1 Motivos de la eficacia del programa de clemencia.....	Pág.20
8.2 Datos de la eficacia del programa de clemencia.....	Pág.22

9. CASO.....	Pág.25
10. CONCLUSIÓN.....	Pág.27
11. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.30

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 8.1: Año de adopción de los programas de clemencia en los distintos países.....	Pág.22
--	---------------

GRÁFICO 8.2 Evolución del número de casos de cártel descubierto por la Comisión Europea en el periodo 1990-2016.....	Pág.23
---	---------------

GRÁFICO 8.3. Multas impuestas por la comisión Europea durante el periodo 1990-2016.....	Pág.24
--	---------------

RESUMEN

En la actualidad muchas empresas incurren a prácticas prohibidas, como los cárteles, para obtener un beneficio mayor que sus competidores. Estas prácticas perjudican gravemente al mercado, por lo que eliminarlas es uno de los principales objetivos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La herramienta más eficaz que tiene la Comisión para luchar contra los cárteles es el Programa de Clemencia. Este programa consiste en otorgar una exención total de la multa al primer integrante del cártel que denuncie su existencia y una reducción de la multa a los que aporten otras pruebas.

Many companies currently engage in prohibited practice, such as cartels, to gain a greater benefit than their competitors. These practices seriously harm the market, therefore removing them is one of the main objectives of the National Commission on Markets and Competition. The most effective tool the Commission has to combat cartels is the leniency programme. This programme consist in granting a total exemption from the fine to the first member of the cartel to report its existence and a reduction of the fine to those who provide evidence.

Palabras clave: Clemencia, Cártel, Competencia, Exención

Códigos: K: Derecho y economía, K2: Derecho mercantil y regulación y K21: Derecho de la competencia

1. INTRODUCCIÓN

El programa de clemencia se introduce en el derecho español con la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Esta ley prohíbe una serie de prácticas que atentan contra la libre competencia del mercado. Estas prácticas son las conductas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Los cárteles son acuerdos colusorios entre empresas mediante los cuales se fijan los precios, se limita la producción o se reparten los mercados. Estos acuerdos se realizan de forma secreta y su detección por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) es muy compleja. Esta es una de las razones por las que se introducen los programas de clemencia que ayudan a la CNMC a detectar y combatir este tipo de conductas.

El programa de clemencia consiste en que un partícipe de un cártel presenta una solicitud de clemencia en la que denuncia la existencia del mismo y presenta pruebas a partir de las cuales la CNMC inicia una investigación. A cambio el denunciante puede beneficiarse de una reducción de la multa o incluso de su completa exención.

El programa de clemencia Europeo estaba basado en los programas americanos pero con una diferencia básica, en el programa americano solo el primer denunciante podía ser exonerado de la multa, mientras que en el europeo podían beneficiarse otros participantes del cártel. En Europa el programa se instauró en 1996 pero a lo largo del tiempo ha sufrido tres grandes reformas de contenido.

España incluyó el programa de clemencia en nuestro ordenamiento el 28 de febrero de 2008, bastante más tarde que el resto de los países de la Unión Europea, lo que le permitió contar con la experiencia de otros países miembros a la hora de implantar el programa.

El programa de clemencia ha demostrado ser una herramienta mundial de lucha contra las prácticas anticompetitivas muy eficaz a la hora de detectar, desmantelar y sancionar este tipo de prácticas.

El objetivo de este trabajo es conocer si la implantación de estos programas ha sido eficaz y ha logrado reducir el número de cárteles existentes. Además de poner de manifiesto las distintas ventajas e inconvenientes que este instrumento ofrece para la defensa de la competencia.

2. METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo me he basado en textos legales, principalmente la Ley de Defensa de la Competencia y el Reglamento de Defensa de la Competencia. Además me he basado en numerosos artículos de revistas legales de diversos autores, así como distintas páginas de internet.

3. LA COMPETENCIA

Julián Pérez Porto y Ana Gardey definen la economía de mercado como una organización social destinada a facilitar el intercambio de bienes y servicios, entre un gran número de empresas, a través de relaciones comerciales. Cuyo objetivo final es satisfacer de forma adecuada y eficiente las necesidades de los consumidores y de la sociedad. Se entiende que una economía de mercado es eficiente cuando se cumple el óptimo de Pareto, es decir, cuando ningún individuo puede mejorar su bienestar sin empeorar el de otro individuo.

Para que el mercado funcione correctamente debemos tener en cuenta que los recursos son escasos y que por tanto se deben tomar decisiones que contribuyan a mejorar su aprovechamiento. Además es necesario que los agentes económicos se rijan por el principio de la buena fe cuando realicen transacciones comerciales. Es decir, que cuando participen en el mercado lo hagan con una conducta honrada y con intención clara y honesta. De esta forma al existir libre competencia se garantiza el adecuado funcionamiento del mercado y se obtiene la mejor relación calidad-precio (Pérez, J. et. al. 2009)

Según Juan Luis Crucelegui, la mejor forma de incentivar a las empresas es la libre competencia ya que para competir de modo eficaz en el mercado se deben realizar mejoras en la productividad, lo que conlleva que las empresas inviertan en I+D+i para mejorar la calidad de sus productos. Así obtienen mayor competitividad y pueden alcanzar mayores beneficios empresariales. Además se facilita el inicio de una nueva actividad empresarial, se favorece el aumento del tejido empresarial y se fomenta el empleo, consecuencias siempre positivas para una economía. (Crucelegui, J. 2010)

En la economía actual la situación idílica de libre competencia no existe y nos encontramos ante un mercado de competencia imperfecta, donde las grandes empresas intentan controlar los mercados mediante conductas que restringen la competencia para obtener un mayor beneficio. Por lo tanto es necesario que las autoridades estatales impongan normas que prevean y sancionen este tipo de conductas.

En La Ley de Defensa de la Competencia se establecen ciertas conductas prohibidas que restringen la eficacia competitiva:

- Conductas colusorias (Art.1 LDC): en este artículo 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 y, en particular, los que consistan en acuerdos de fijación de precios, de reparto del mercado, de fijación de condiciones desiguales. Sería el caso de los cárteles.
- El abuso de posición dominante (Art.2 LDC): prohíbe la explotación de manera abusiva de las posiciones dominantes de una o varias empresas en parte o en la totalidad del mercado.

Los supuestos más normales de abuso de posición dominante establecidos en el artículo 6 de la LDC son: la imposición de precios u otras condiciones no equitativas, la limitación de la producción o distribución que supongan un perjuicio injustificado a terceros, la negativa injustificada de venta de productos y la aplicación de condiciones comerciales desiguales. Hay que añadir que no está prohibida la posición dominante como tal, sino el abuso que se produzca de ella.

- Falseamiento de la libre competencia por actos desleales (Art. 3 LDC): Deben concurrir tres elementos para que se de esta situación: que afecten al interés público, que estén tipificados como tal en la LCD y que puedan producir un falseamiento de la competencia

4. LOS CÁRTELES Y SU DETECCIÓN

La disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007 (LDC), recoge en el punto 2 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.”*

Juan Luis Crucelegui Gárate en su estudio define como cártel, todo aquel acuerdo entre empresas de un mismo sector para reducir o eliminar la competencia. Los cárteles puede ser: tácitos (que no tienen negociación previa), explícitos (acuerdo conjunto para maximizar los beneficios), de precios y de condiciones (los que limitan la producción y el reparto del mercado). A través de estos cárteles se obtiene un poder adicional sobre los mercados, siempre en detrimento de los intereses de los consumidores, lo que conlleva a un mayor beneficio para las empresas participantes.

Este autor establece que la principal actuación que realiza un cártel para lograr controlar el mercado es limitar la oferta disponible del bien o servicio, con lo que se produce un desequilibrio en el mercado y los precios tienden a subir ya que hay escasez del producto. Este desequilibrio produce que los oferentes, al poder vender a un precio más elevado sin necesidad de mejorar la calidad, se

relajen al tener las ventas aseguradas y se pierda el incentivo a la innovación y a la mejora de los productos.

Otros de los efectos negativos que nos podemos encontrar son: la pérdida de eficiencia de las economías de escala que provoca que los productos tengan mala relación calidad-precio; la reducción del grado de disponibilidad de los productos en el mercado; y la concentración de la riqueza debido a que unas pocas empresas controlan un amplio segmento del mercado.

Todo esto perjudica gravemente el correcto funcionamiento de los mercados y lleva a que una de las principales prioridades de la CNMC sea perseguir y eliminar este tipo de prácticas. (Crucelegui, J. (2010))

Antes de la implantación de los programas de clemencia, era muy compleja la detección de este tipo de prácticas, ya que los participantes de los cárteles *“toman todas las precauciones que estén a su alcance para disimular la infracción a los ojos de los consumidores y, por supuesto, a no descubrirla a las autoridades de la competencia”* (Tierno y Peña, 2002, p.101).

Según el pensamiento de José A. Varela González, presidente del Tribunal gallego de la Defensa de la Competencia: La detección de un cártel, como ya hemos dicho, es muy compleja debido al carácter ilícito que tiene esta práctica, los ejecutivos de las empresas son muy cuidadosos a la hora de borrar las pruebas de la participación en el cártel. Por lo tanto es complicado que se encuentren pruebas directas de la existencia de los cárteles. Esto nos lleva a que la CNMC solo detecta estas prácticas por sus propias investigaciones, por denuncia de un tercero que tenga conocimiento de la actividad ilícita o por denuncia de un integrante del grupo. Es poco frecuente que tanto la CNMC como un tercero ajeno al cártel tenga acceso a la documentación necesaria para probar la actividad ilícita ya que estos acuerdos son de naturaleza muy secreta y los propios integrantes se encargan de tomar precauciones en cuanto a dejar documentos y pruebas. Ante esto es necesario incentivar de alguna forma a los propios integrantes del cártel para que denuncien. (Varela, J. (2008))

Según el pensamiento de Jesús Alfaro Águila-Real, este tipo de programas están inspirados en la Teoría de Juegos y en el dilema del prisionero. Este dilema se basa en incrementar los beneficios individuales de los prisioneros para incentivarlos a traicionar al resto, en lugar de seguir cooperando. Es decir se basa en la confianza que ambos prisioneros tengan entre ellos, ya que si ninguno confiesa salen libres, pero si uno lo hace antes que otro el beneficio solo es para él. Por tanto el miedo a que el otro confiese es lo que hace que se desestabilice la relación de confianza. El programa de clemencia se basa en desestabilizar los cárteles y sembrar la discordia entre sus integrantes, para que sospechen mutuamente hasta que uno de ellos denuncie para adelantarse al resto y así obtener mayores beneficios al ser el primero en denunciar. Por esto es importante plantearse que cuanto mayor sea la exención que recibe este primer delator, mayor será la motivación que tengan los integrantes de un cártel para denunciarlo. (Alfaro, J. 2009)

5. EVOLUCIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO EUROPEO

Debido al éxito de los primeros programas de clemencia de Estados Unidos la Comisión Europea introdujo el primer programa de Clemencia europeo en la “Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles del 18 de julio de 1996”.

Si tenemos en cuenta el pensamiento de Joan Ramón Borrell, Joan Luis Jiménez y José Manuel Ordoñez. El programa de Clemencia europeo permitió establecer las condiciones por las que las empresas que participan en un cártel pueden quedar exentas o por lo menos ver reducida la multa. Es decir introdujo las bases de los posteriores programas de clemencia de los distintos países miembro de la Unión Europea. Actualmente todos los países de la Unión Europea, exceptuando Malta, han incorporado en su normativa jurídica este tipo de programas.

Este primer programa de 1996 fue modificado el 19 de febrero de 2002 por la “Comunicación relativa a la dispensa del pago de multas y a la reducción de su importe en caso de cártel”, posteriormente fue modificado de nuevo el 8 de diciembre de 2006 por la “Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y a la reducción de su importe en casos de cártel”. (Borrel, J. et. al. (2014))

5.1 Comunicación de 1996

El programa inicial de 1996 estaba muy inspirado en los programas de EEUU y se basaba sobre todo en la reducción de las multas para las empresas que colaboraban con la investigación. Aunque se instauró en 1996 no fue hasta el 26 de enero de 1998 cuando se aplicó por primera vez el programa.

En este primer programa se establece que las empresas que cumplieran unos determinados requisitos podían obtener una reducción de la multa del 75% como mínimo e incluso alcanzar la exención total. Los requisitos son: que el solicitante haya denunciado la existencia del cártel antes de que la comisión tuviese pruebas de su existencia; ser el primero en dar dicha información; remitir a la comisión todos los documentos de prueba; finalizar la participación en las actividades ilícitas y no haber sido el instigador de las mismas. Podemos ver que estos aspectos actualmente siguen vigentes en el programa actual.

Hay que señalar que el programa europeo, a diferencia del americano, permite una reducción de la multa a aquellos otros participantes, que no siendo los primeros en denunciar, puedan aportar otras pruebas importantes a la investigación de la comisión. Sin embargo esta reducción es menor que la del primero en denunciar, estaríamos entre un 50% y un 75%.

Según José A. Varela González este programa fue utilizado en 17 casos desde su entrada en vigor y a pesar de que aumentó el número de cárteles detectados, no tuvo el éxito esperado y sus resultados fueron algo limitados. Ello

se debió sobre todo a la poca transparencia y a la discrecionalidad de las reducciones en las multas. Lo que provocaba mucha incertidumbre a las empresas que decidían cooperar. (Varela, J. (2008))

5.2 Comunicación de 2002

La reforma del 2002 fue dirigida a conferir mayor claridad en el procedimiento y así poder otorgar mayor seguridad jurídica y transparencia para garantizar que *“siempre resulte más rentable cooperar que no hacerlo, de modo que ninguna empresa que colabore de buena fe pueda verse perjudicada por ofrecer su contribución”* (Tierno y Peña, 2002, p.106).

Con la introducción de esta reforma se separaba por primera vez la dispensa del pago de la multa y la reducción en secciones distintas de la comunicación. Para poder obtener la exención del pago de la multa era necesario que la comisión no tuviera conocimiento ninguno de la existencia del cártel denunciado, o conociendo su existencia no tuviera pruebas suficientes para probar la infracción y el denunciante las aportara. Además es necesario que el denunciante cooperara a un nivel absoluto con la comisión.

En cuanto a la reducción del importe de la multa se mantuvo siempre que las empresas que colaboraran con la comisión aportaran pruebas de valor añadido significativo. La reducción podía variar en tres bandas: entre un 50%-30% para la primera en aportar información con valor añadido, entre un 30%-20% para la segunda y por último como máximo un 20% para el resto de las que aportaran información valiosa.

Esta nueva reforma además detallaba de una forma más precisa el procedimiento a seguir para solicitar la entrada en el programa. Hay que tener en cuenta que el programa europeo, a diferencia del americano, no protege a las empresas de las reclamaciones por daños y perjuicios en vía civil. Esto constituye un problema ya que al acogerse al programa y hacerse pública la participación de las empresas en un cártel quedan expuestos a este tipo de denuncias, lo que puede desincentivar a algunas empresas a denunciar.

5.3 Comunicación de 2006

La reforma del 2006 ha sido la última y la más eficaz contra los cárteles ya que se ha logrado mejorar la transparencia del programa.

En esta comunicación se establece que la primera persona denunciante tiene la seguridad total de la exención de la multa. Aunque se añade que en el caso de que la comisión ya conociera la existencia del cártel, el denunciante deberá aportar pruebas claras, precisas y concretas de la existencia de la infracción. La comunicación especifica que las pruebas pueden ser orales o escritas y que deben contener una descripción detallada del cártel y de sus colaboradores, además se deben adjuntar todas las pruebas documentales a las que se tenga acceso.

El procedimiento y el resto de requisitos para acceder a la exención y reducción de la multa son similares a las comunicaciones anteriores. No obstante se añade la posibilidad de que el denunciante solicite un “indicador de puesto” o “marker”, mediante el cual la comisión reserva durante un periodo de tiempo el puesto al denunciante mientras este reúne la información y evita que otra empresa se adelante. Sin embargo si finalizado ese periodo la empresa no facilitara la información se pierde la reserva del puesto. (Varela, J. 2008)

6. PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

España introdujo el programa de clemencia en su ordenamiento jurídico en 2007, de forma algo tardía en comparación con el resto de países de la Unión Europea, aunque su aplicación efectiva no fue hasta febrero de 2008. Sin embargo sirvió para poder beneficiarse de la experiencia adquirida en la implantación y el desarrollo del programa en otros países.

6.1 Ley 15/2007, de defensa de la competencia

El programa de clemencia se introduce en el derecho Español a través de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia (LDC), en los artículos 65 y 66 y del Reglamento de Defensa de la Competencia.

El programa facilita la detección de los cárteles proporcionando una reducción o incluso exención de la multa a aquel participante de un cártel que sea el primero en denunciar y que aporte pruebas sustanciales para la investigación.

- En el artículo 65 LDC aclara que La CNMC puede eximir del pago de la multa a aquel sujeto que sea el primero en aportar pruebas de la existencia del cártel con las que la CNMC pueda iniciar una investigación, siempre que la CNMC no hubiese tenido pruebas con anterioridad para iniciar la investigación por si misma.

Para poder beneficiarse de la exención se deben también cumplir además los siguientes requisitos: deben cooperar de forma plena, continua y diligente con la CNMC a lo largo del procedimiento de investigación, finalizar de forma inmediata su participación en la infracción, no haber eliminado pruebas ni revelado a terceros su intención de presentar la solicitud de clemencia y no haber obligado a otras empresas a participar en el acuerdo.

Hay que tener en cuenta que si la exención se produce en una empresa, esta se extenderá a todos sus representantes legales o a las personas que formen parte de los órganos de dirección y que hayan participado en la formación del cártel. Siempre y cuando hayan cumplido con las condiciones expuestas anteriormente.

- El artículo 66 LDC establece que también podrán acogerse al programa de clemencia aquellas personas que aunque no sean la primeras en denunciar, puedan aportar nuevas pruebas de valor añadido, siempre que cumplan con el requisito de cooperación plena con la CNMC, que finalicen su participación en el cártel y que no hayan destruido elementos de prueba. En el artículo 49.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) se especifica el concepto de valor añadido como aquel “*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”.

Este artículo además establece la forma en que se debe proceder a la reducción de la multa: A la primera persona física o jurídica que aporte pruebas significativas y cumpla los requisitos se le otorgará una reducción de la sanción de entre un 30% y un 50%, a la segunda entre un 20% y un 30% y las siguientes una reducción de 20% como máximo.

La Ley establece que si las pruebas de valor añadido aportadas permiten incidir de forma directa en la sanción, la CNMC lo tendrá en cuenta a la hora de reducir la multa al sujeto que haya aportado las pruebas. La reducción de la multa a empresas incidirá también en sus representantes y órganos directivos, de la misma forma que en la exención de la multa.

6.2 Reglamento de defensa de la competencia aprobado por el real decreto 261/2008 del 22 de febrero

En la sección séptima del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008 del 22 de febrero, se recogen los procedimientos de exención y reducción de multas del programa de clemencia, concretamente en los artículos 46 al 52.

- El artículo 46 establece el procedimiento para la presentación de la solicitud para participar en el programa de clemencia. Se inicia a instancia de una empresa o persona física que participe o haya participado en un cártel, presentando una solicitud formal a la Dirección de investigación acompañada de todas las pruebas y la información que el solicitante posea sobre la infracción cometida. Deberá aportar también su nombre o razón social y el de todas las empresas que hayan participado, además de una descripción detallada del cártel que incluya sus objetivos, actividades y funcionamiento, los productos y territorios que se hayan visto afectados y la duración estimada del cártel.

- En el artículo 47 recoge el procedimiento de tramitación de la solicitud de exención del pago de la multa, donde la Dirección de Investigación procederá a investigar todas las pruebas que el solicitante haya remitido y comprobará si se cumplen los requisitos mencionados anteriormente para poder acogerse al programa, en caso afirmativo se acordará la exención de la multa y se le notificará al interesado. Si no se cumplieren los requisitos se rechazará la solicitud y se le permitirá al solicitante retirar los elementos de prueba aportados, aunque esto no impide que la Dirección de Investigación pueda seguir investigando.
- El artículo 48 del reglamento permite la presentación de solicitudes abreviadas de exención. Si el cártel tiene efecto en más de 3 estados miembro de la Unión Europea se entiende que la Comisión Europea se encuentra en mejor situación para investigar, por lo tanto en estos casos el interesado debe presentar dos solicitudes de exención. Una ante la Comisión Europea y puede presentar la otra solicitud de forma abreviada ante la CNMC.
- El artículo 49 indica que otros sujetos pueden solicitar una reducción de la multa cuando aporten un valor añadido significativo. Como ya hemos mencionado antes, se entiende por valor añadido aquel que aumente la capacidad de probar los hechos y ayude a la investigación.
- El artículo 50 recoge el procedimiento de la tramitación y presentación de la solicitud de reducción del importe de la multa de que se habla en el artículo anterior. Se iniciará a instancia del solicitante ante la Dirección de Investigación mediante una solicitud formal en la que se incluyan los elementos de prueba que se vayan a aportar. La solicitud será aceptada si las pruebas aportan valor añadido, siendo la CNMC la que fija y establece el porcentaje de reducción que se vaya a aplicar.
- El artículo 51 hace referencia a que la tramitación de las solicitudes de exención y reducción del importe de la multa serán confidenciales en todo momento.

- En el artículo 52 del RDC también se especifica lo que el legislador entiende por deber de cooperación para aquellos solicitantes de la exención o de la reducción de las multas.

Se entiende cumplido este deber cuando concurren los siguientes requisitos:

- Facilitar sin dilación a la dirección de la investigación de la CNMC toda la información y pruebas que estén en poder del denunciante
- Responder sin tardanza a todo requerimiento que pueda contribuir a la investigación
- Facilitar entrevistas con directivos y empleados
- Abstenerse de destruir u ocultar pruebas.
- Abstenerse de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción y su contenido.

Faltando este deber de cooperación puede conllevar el no poderse beneficiarse de la exención o reducción de la multa.

7. DIFERENCIAS ENTRE EL PROGRAMA ESPAÑOL Y EL EUROPEO

La autora Patricia Vidal Martínez en su artículo “Programa Español y Comunitario de Clemencia” establece que existen diferencias importantes entre el programa de clemencia europeo y el español. En el ámbito objetivo el programa de clemencia español es más restrictivo que el europeo. En cuanto al ámbito subjetivo, Europa tan solo sanciona a la empresa y no a sus empleados y por último también existen diferencias en las autoridades que aplican el programa y en los requisitos que se aplican a las multas y a las exenciones. (Vidal, P. 2009)

7.1 Ámbito objetivo

El programa europeo define su ámbito objetivo (en qué casos se aplica el programa) en el 1ª párrafo de la Comunicación europea de 1996 como *“los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo es coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas como la fijación de precios u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, reparto de mercados o restricción de las importaciones o exportaciones”*.

Sin embargo el concepto que emplea el Derecho Español en la Disposición Adicional cuarta de la LDC es mucho más restrictivo, *“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.”* Es decir al programa comunitario podrían acogerse ciertas conductas no contempladas en el español, como podrían ser los acuerdos de fijación de condiciones comerciales distintas de las de precios, los intercambios colusorios de información...

7.2 Ámbito subjetivo

El programa de Clemencia español permite acogerse al programa a todo sujeto persona física o jurídica que participe en el acto ilícito. Tal como explicamos anteriormente, el artículo 63.2 LDC establece que si el individuo que comete la infracción es una persona jurídica, a la sanción correspondiente se le añadirá una multa de hasta 60.000€ para cada representante legal o directivo de la organización. Mientras que el derecho comunitario tan solo permite acogerse al programa a la persona jurídica, es decir, a la empresa como tal y no a sus representantes.

7.3 Autoridad que aplica el programa

Siguiendo el pensamiento de Patricia Vidal Martín, el programa europeo tiene un sistema compartido de competencia entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los estados miembros. Las competencias de cada uno vienen recogidas en La Comunicación de la Comisión Europea sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, del 27 de Abril de 2004.

Por lo tanto las solicitudes de clemencia llevadas a la Comisión Europea tendrán efectos en las autoridades nacionales de los estados miembros a los que afecten las prácticas del cártel investigado, mediante un sistema de intercambio de información. Esto a veces supone un inconveniente para la colaboración de empresas que son partícipes de cárteles internacionales, al surgir dudas sobre quién es la autoridad competente a la que deben presentar la solicitud de clemencia. Normalmente se soluciona presentando solicitudes simultáneas a cada estado en el que esté presente las actividades del cártel, pero esto conlleva la duplicidad del coste y de instancias. Para tratar de evitar este problema se creó un modelo de programa llamado “El Modelo de la RAC” donde se trata de coordinar y armonizar para todos los estados miembros las características para presentar instancias, los tipos de sanción, los casos de exención y las garantías procesales.

En el programa español la autoridad que aplica el programa es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y solo puede intervenir de forma exclusiva en los casos de cárteles que afecten solo al ámbito nacional, aunque se tiene que coordinar con las autoridades autonómicas, si bien las solicitudes de clemencia independientemente de la comunidad autónoma se presentan solo ante la CNMC. (Vidal, P. 2009)

7.4 Diferencias en los requisitos de exención

En el programa europeo para poder acogerse a la exención de la multa es necesario no sólo ser el primero en denunciar la existencia de un cártel sino que además es imprescindible que las pruebas y los documentos presentados sean útiles a la hora de llevar a cabo la investigación, es decir sean pruebas que otorguen valor añadido. La autoridad europea no permite la exención si la comisión ya ha comenzado una investigación o tiene pruebas del cártel denunciado. El programa español por el contrario es mucho más permisivo y menos estricto en este tipo de cuestiones.

Es importante tener en cuenta que al realizar la solicitud de clemencia en el programa europeo, se debe realizar a través de la declaración de empresa, que es un documento donde la empresa admite que participa en un cártel, expone lo que sabe del mismo y detalla su involucración. Sin embargo en el programa español no es necesario que la empresa admita que forma parte del cártel, tan solo que presente pruebas de su existencia. Se realiza de este modo porque se considera que admitir la participación en el mismo puede llevar a reducir la seguridad jurídica del procedimiento de clemencia y disminuir su eficacia.

8. EFICACIA DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

8.1 Motivos de la eficacia de los programas de clemencia

Los programas de clemencia, tanto el español como el europeo han resultado ser bastante efectivos por distintos y variados motivos, planteados por José A. Varela González en su trabajo.

- Uno de los motivos es que los integrantes de un cártel, aunque les interesa que el acuerdo colusorio siga en vigor, corren el riesgo de que otro partícipe les pueda denunciar a las autoridades por el mayor beneficio que conlleva ser el primero en denunciar. Por lo tanto ese miedo les lleva

a plantearse la opción de confesar en primer lugar, con lo que se acaba sembrando un ambiente de discordia y suspicacia. Entonces alguno de los integrantes acaba por confesar para obtener la exención antes que el resto. Por esto es importante plantearse que cuanto mayor sea la exención que recibe este primer delator, mayor será la motivación que tengan los integrantes de un cártel para denunciarlo. El programa español goza de una exención total del primer delator lo que incrementa enormemente su eficacia.

- Al existir este tipo de programas las empresas guardan documentación incriminatoria de la participación en el cártel, por si en un momento futuro desearan acogerse al programa, documentación que si no existieran se habría destruido y que facilita enormemente el trabajo de las autoridades a la hora de investigar, aún sin haber denuncia previa, y demostrar la existencia del cártel.
- Son eficaces también a la hora de prevenir la formación de cárteles, ya que como se incrementa la probabilidad de que sean descubiertos, se vuelve más complejo y arriesgado el formar una coalición y por ende menos atractivo.
- La cuantía y el tipo de sanciones que se imponen cuando se descubre un cártel, también es un motivo de peso para que los integrantes piensen en acogerse al programa. Además de las sanciones monetarias también se deben tener en cuenta los gastos que conlleva la defensa y la pérdida de imagen y reputación asociada a la empresa, en ocasiones incluso puede llevar a sanciones de responsabilidad penal para los directivos. Por tanto la amenaza de sanciones y pérdidas costosas aumenta la efectividad de este tipo de programas.

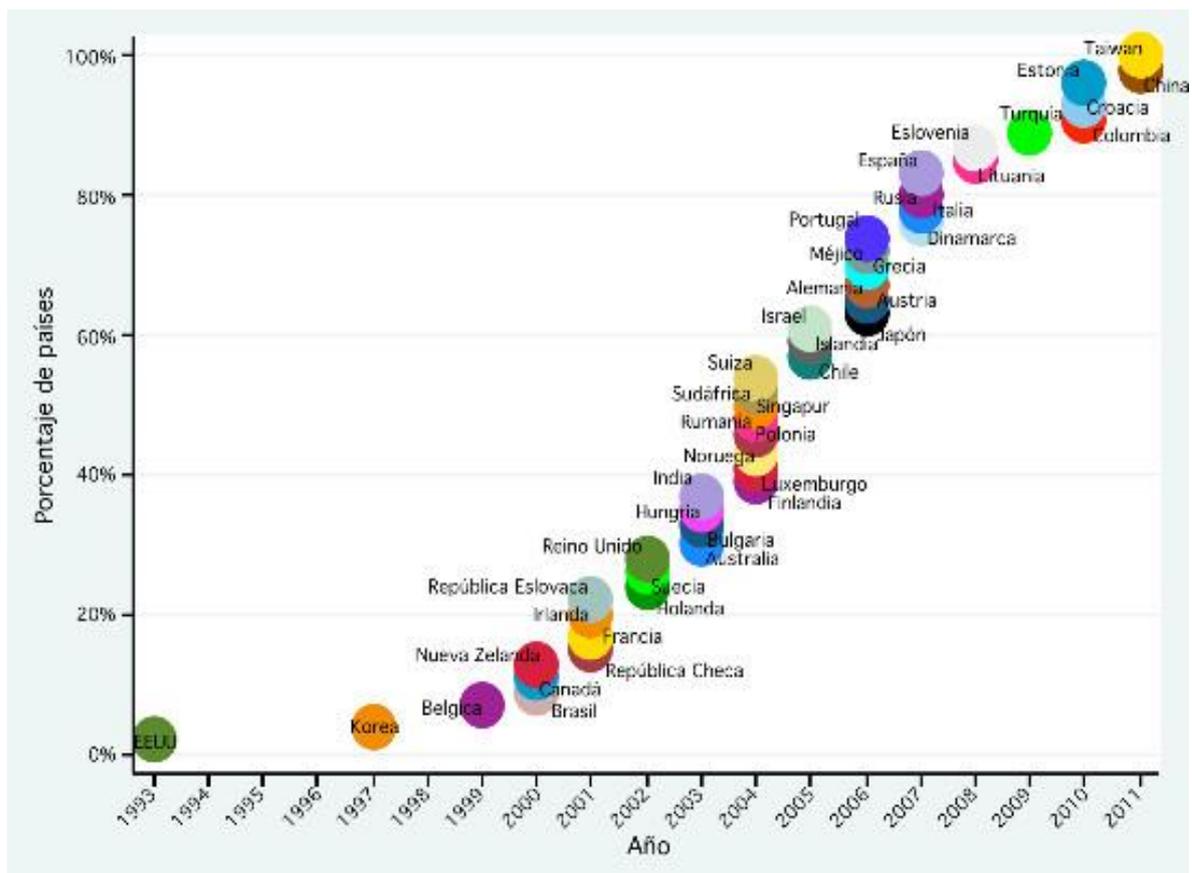
Sin embargo hay que tener en cuenta una característica que le resta eficacia al programa, que en ocasiones las pruebas que presenta un denunciante pueden no ser del todo útiles para la investigación y no conceder al denunciante la inmunidad, con lo que quedará expuesto a la investigación ya que ha admitido su culpabilidad. Por lo tanto una conducta muy restrictiva a la hora de valorar las

pruebas puede llevar a que se desaliente a ciertos denunciantes, pero una muy permisiva puede alentar a los oportunistas. Entonces para que los sujetos se acojan a estos programas deben tener la seguridad de que van a resultar beneficiados por su colaboración. (Vidal, J. 2009)

8.2 datos de la eficacia de los programas de clemencia

Podemos observar la eficacia de los programas de clemencia, tanto del europeo como del español, en el hecho de que muchos países los han adaptados a su ordenamiento jurídico y de la evolución creciente del número de cárteles detectados desde el momento que se introducen.

Gráfico 8.1: Año de adopción de los programas de clemencia en los distintos países.

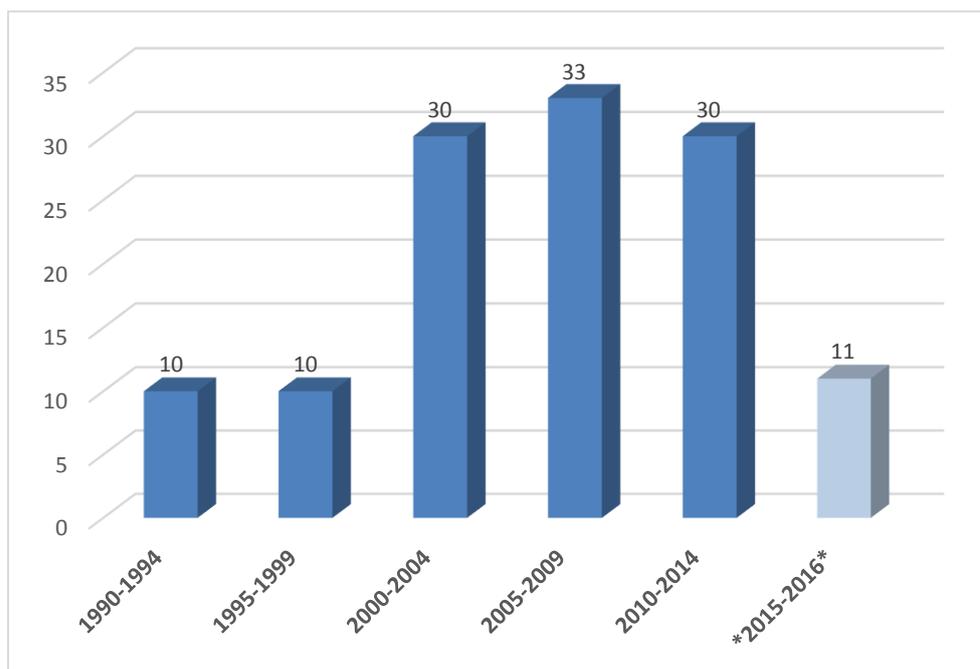


Fuente: Borrell, Jiménez y García (2014)

En este gráfico observamos que EEUU introdujo este tipo de programas en 1993. Debido a su enorme efectividad y el éxito para la desarticulación de los cárteles el resto de países los han ido incorporando de forma progresiva a lo largo de los años, siendo la Unión Europea la primera en crear su propio programa después de EEUU.

Como ya he comentado anteriormente España fue de los últimos de la Unión Europea y casi del resto de países en introducirlo en su ordenamiento. El último que ha optado por acogerse a este tipo de programas ha sido Taiwán en el año 2011.

Gráfico 8.2 Evolución del número de casos de cártel descubierto por la Comisión Europea en el periodo 1990-2016



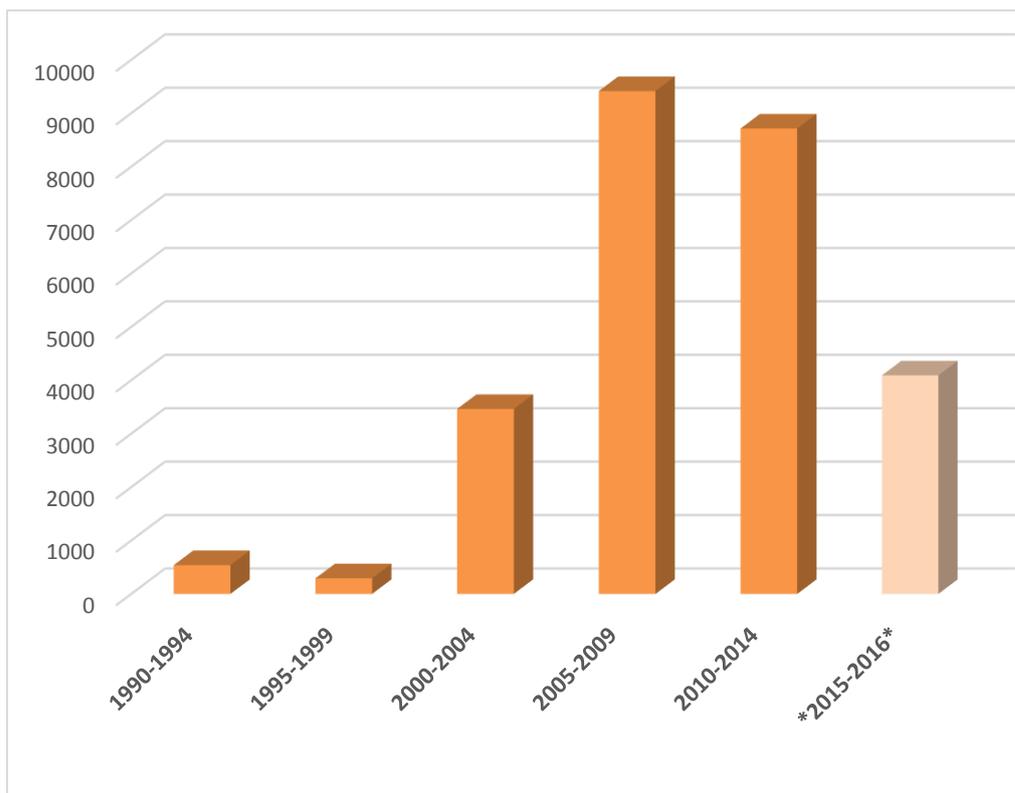
Fuente: Comisión Europea

Lo primero que podemos observar en este gráfico es que el número de cárteles detectados ha ido en aumento desde que se introdujo el programa por primera vez en 1996 (aunque debemos tener en cuenta que no se comenzó a aplicar hasta 1998), y aumentó de forma más sustancial después de la primera y segunda reforma en 2002 y 2006. Debemos tener en cuenta que el último dato

2015-2016 tan solo es de un único año, mientras que los anteriores corresponden a un cúmulo de 4 años, aun así tan solo en ese año ya se han detectado 11 cárteles por lo que podemos ver una tendencia creciente mayor que en los pasados.

En solo un año después de esta última reforma se produjeron 20 solicitudes de clemencia, frente al total de las 16 que se han producido desde la introducción del programa en 1996 hasta la reforma. Por lo tanto podemos concluir que después de las reformas el programa se ha vuelto mucho más eficaz.

Gráfico 8.3. Multas impuestas por la comisión Europea durante el periodo 1990-2016



Fuente: Comisión europea

Podemos observar que el importe de las multas impuestas tiene una evolución creciente desde la reforma de 2002, evidentemente cuantos más cárteles se detectan mayor es el montante de las multas impuestas.

9. CASO

Vamos a comentar el primer caso al que se le aplica el programa de clemencia español (el caso de los fabricantes de gel), para ver con un ejemplo cómo funciona el programa de clemencia en la práctica.

El expediente S/0084/08 de fabricantes de gel ha sido el primer caso originado por una solicitud de clemencia al programa español, que se produjo justo el día siguiente a la entrada en vigor del programa. Este cártel fue creado en 2005 y estaba compuesto por Henkel, Sara Lee, Puig, Colgate y Colomer. Las dos empresas que lo denunciaron fueron Henkel y Sara Lee.

El cártel consistía en incrementar el precio de los productos de gel en un 15% mediante la reducción de los formatos de envase, por lo tanto mantenían el mismo precio pero ofertando una menor cantidad de producto. Como ya he mencionado los pactos en materia de precios son conductas prohibidas que falsean la libre competencia del mercado y perjudican a los consumidores.

Henkel, Sara Lee y Puig redujeron los formatos de las marcas, La Toja, Fa, Magno, Sanex, Lactovit, kinesia y Heno de Pravia entre junio de 2006 y mayo del 2007. Sin embargo Colgate sí que hizo publicidad pero nunca llegó a reducir los envases ya que había finalizado su participación en el cártel, por lo que la multa impuesta por la CNMC fue menor.

La resolución del expediente S/0084/08 de fabricantes de gel se llevó a cabo el 21 de enero del 2010, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolvió:

- Las empresas Henkel, Sara Lee, Colgate y Puig, habían participado en la creación de un cártel cuyo objetivo fue llevar a cabo una política comercial común, a través de la reducción del tamaño de los envases manteniendo un precio constante.
- Se otorgó a Henkel un exención total de la multa en virtud del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007, por ser la primera empresa en denunciar la existencia del cártel.

- Se otorgó a Sara Lee una reducción del 40% de la multa correspondiente por aportar datos de valor añadido significativo.
- Imponer a los responsables las siguientes multas: Sara Lee (3.715.874 €), Puig (2.437.317 €) y Colgate (2.066.840 €).
- Se ordenó a todas las empresas sancionadas la publicación de la resolución en dos diarios de ámbito nacional de gran difusión en un plazo de dos meses, asumiendo su coste. Con una multa de 600€ por cada día de retraso.
- Incoación de un expediente sancionador a Colomer por indicios de infringir el artículo 1 de la LDC.

Se inició la investigación contra Colomer tramitada en el expediente S/0224/10 y se resolvió el 29 de Junio de 2011, que Colomer si infringió el artículo 1 de la LDC por la creación del cártel de gel. Pero del que se separó el 8 de febrero del 2006 antes de que iniciará la investigación. Por lo que se le impuso una sanción de tan solo 170.300€

Colgate, Sara Lee, Colomer y Puig no conformes con la citada resolución interpusieron recursos contencioso-administrativos contra la Audiencia Nacional. Por lo que quedo suspendida la ejecución de la sanción siempre que se aportará aval correspondiente. Los recursos se resolvieron de la siguiente forma.

- El recurso de Colgate fue estimado. Se anuló la resolución del 21 de enero de 2010 ya que se consideró que no quedaba suficientemente acreditada la participación de este en el cártel, además de que lo abandono públicamente en el 2006.
- El recuso de Puig fue desestimado alegando la caducidad del expediente, por lo que se anuló la resolución del 21 de enero del 2010.
- El recurso contencioso-administrativo de Sara LEE fue desestimado.
- En el caso de Colomer fue desestimado por pérdida del objeto del recurso, ya que la resolución del 29 de junio del 2011 y la sanción impuesta fueron anuladas. Se anularon porque no se acreditó su participación en el cártel de forma adecuada.

En el posterior informe de vigilancia del 7 de junio de 2016 se comprobó que todas las empresas habían cumplido con lo impuesto. Henkel publicó la resolución en el País y en el Mundo; Sara Lee, Colgate y Puig en La Razón y en ABC.

Sara Lee hizo efectivo el pago de la sanción (3.715.874€) el 18 de Septiembre de 2013. En cuanto a Colgate y Puig una vez anulada la resolución y la sanción, se le procedió a levantar el aval bancario. A Colomer se le devolvió el importe de la sanción que ya había hecho efectiva con anterioridad a la nulidad de la resolución.

En este caso concreto de los carteles de gel opino que el resultado fue bastante ineficaz, ya que al final tan solo Sara Lee tuvo que hacer frente a la sanción. A Colgate se le eliminó la sanción por no haber suficientes pruebas de su participación en el cártel, siendo uno de los principales motivos de eficacia del programa la mayor facilidad para conseguir estas pruebas.

10. CONCLUSIÓN

El programa de clemencia entró en vigor en España en el 2008, más tarde que otros países europeos, por lo que se benefició de la experiencia adquirida, lo que ha llevado a lograr unos resultados altamente eficaces en la lucha contra los cárteles. Esta lucha en la actualidad ha cobrado mucha importancia, y disminuir y desarticular los acuerdos colusorios es uno de los objetivos principales de las autoridades de la defensa de la competencia tanto a nivel nacional como europeo.

Ambos programas son muy similares pero tienen diferencias muy importantes. El programa español tiene una mayor seguridad jurídica ya que se reducen los deberes de colaboración para obtener la exención o reducción de la multa. Sin embargo se introducen ciertos elementos que generan mayor incertidumbre como el limitado concepto de cártel establecido en la LDC, que excluye ciertas prácticas que el programa comunitario sí entiende que son actos de un cártel.

Los programas de clemencia resultan ser muy efectivos por el montante tan elevado de las multas que se imponen y en mayor medida por el beneficio tan importante (la exención total de la multa) que obtiene la primera empresa que denuncia al resto de participantes en el cártel. Este es el mayor incentivo que tienen las empresas para cooperar con las autoridades de la competencia y traicionar a sus compañeras. Otro motivo importante de eficacia del programa es la facilidad de la autoridad de la competencia de conseguir pruebas una vez iniciada la investigación. Las empresas van a tener un 50%, un 30% y un 20% de reducción en las multas en función del orden en que vayan cumpliendo con los requisitos. Esta manera de graduar la exención del pago se convierte en un aliciente para que las empresas pasen a ser informantes y resulte mucho más sencilla la obtención de elementos probatorios respecto a la existencia del cártel.

Aunque hay ciertos elementos que pueden desalentar a las empresas a participar en estos programas. Por ejemplo, una vez que el cártel es denunciado, se investiga y se hace público, queda expuesto a posibles demandas por daños y perjuicios por parte de los consumidores que hayan sido agraviados por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por el cártel. Además la pérdida de imagen que conlleva que los consumidores conozcan su participación en un cártel puede llevar a que se reduzcan las ventas futuras de las empresas. Esto podría llevar a algunas empresas a plantearse si merece asumir estos riesgos por participar en estos programas.

Hay que señalar sin duda la doble moral de este tipo de programas. Por una parte incrementan las posibilidades de eliminar las prácticas anticompetitivas y es una herramienta muy eficaz para la detección de cárteles. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a aquellas empresas que participan en un cártel para obtener beneficios extras y luego denuncian a los demás integrantes del cártel, y obtienen la exención total de la multa, no se les impone ningún tipo de penalización por las actividades ilegales cometidas. Es decir, empresas que realizan actos ilícitos quedan exoneradas de cualquier tipo de sanción.

Incluso podemos añadir que el programa hace menos costoso la formación de algunos cárteles, ya que si las empresas saben que son investigadas siempre pueden ver sus multas reducidas denunciando su existencia, es decir, los programas de clemencia no disuaden a las empresas a no cometer conductas anticompetitivas sino que se fomenta que las empresas una vez cometida la infracción y posiblemente obtenido el beneficio de la misma, se eximan del pago de la multa al traicionar al resto de participantes.

Si hacemos un balance y ponemos las ventajas de la finalización de los cárteles denunciados, y las multas impuestas al resto de participantes, en relación a que los actos ilícitos queden sin sanción, podemos concluir que las ventajas tienen un peso mayor, ya que si no existieran este tipo de programas sería muy compleja la detección de los cárteles y todos los integrantes quedarían sin sanción. Además de que la mera existencia del programa hace que se desestabilicen los cárteles desde dentro por el miedo a que algún integrante denuncie al resto, lo que puede llevar a que algunos cárteles finalicen su actividad sin necesidad de que intervenga la autoridad de la competencia.

11. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, J. (2009) “Eficacia de los programas de clemencia” Almacén de derecho.

Berenguer, L. (2012): “Reflexiones en torno al programa de clemencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº28.

Borrel, J., Jiménez, J. y Ordoñez, J. (2014): “Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia

Crucelegui, J. (2010): “La protección de los consumidores en la política de defensa de la competencia”. *La protección de las personas consumidoras y usuarias ante los nuevos productos, servicios y modalidades de venta*. Garcia-cruces, J.A. Tratado de derecho de la competencia y la publicidad. Tomo 1. Editorial Tirant lo Blanch.

Crucelegui, J. (2011): “Los efectos de los carteles en la innovación y el bienestar social”. Encuentro de la defensa de la competencia como instrumento de modernización de las estructuras económicas.

Gutierrez, A. y Guerra. A. (2011): “Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la comisión nacional de la competencia”. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*. Nº Extra 1.

Guzmán, C. (2012): “El programa de clemencia en el sistema Español de defensa de la competencia: una visión práctica” *Actualidad jurídica Uría Menéndez*.

Pérez, P. (2013): “La problemática relación ente los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antritus*”.

Tierno M.L. y Peña, M.A. (2002): “La comunicación sobre la dispensa del pago del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso de cártel”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*”.

Varela, J. (2008): “Características y situación actual de la política de clemencia”. Cuadernos europeos de Deusto, Nº 38

Vidal, P. (2009): “Programa español y comunitario de clemencia”. *Los acuerdos horizontales entre empresas*.

Comisión nacional de la competencia: Comunicación sobre el programa de clemencia (2013). Disponible en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia> [consulta: 05/02/2017]

Comisión nacional de los mercados y la competencia: programa de clemencia. Disponible en <https://www.cnmc.es/ambitos-deactuacion/competencia/programa-de-clemencia> [consulta: 18/11/2016]

Observatorio de la competencia: competencia desleal. Disponible en http://www.andi.com.co/cif/Documents/OBSERVATORIO_DE_COMPETENCIA_No_6_Gu%C3%ADa%20_Competicencia%20_Desleal.pdf [consulta: 07/12/2016]

Hay derecho: El programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia (2012). Disponible en <http://hayderecho.com/2012/01/17/el-programa-de-clemencia-en-el-sistema-espanol-de-defensa-de-la-competencia/> [Consulta: 22/04/2017]

Almacén de derecho: Eficacia de los programas de clemencia (2013). Disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/11/eficacia-de-los-programas-de-clemencia.html> [consulta: 16/01/2017]

El mundo: Competencia multa a Colgate, Sara Lee y Puig por crear un cártel de fabricantes de gel (2010). Disponible en <http://www.elmundo.es/mundodinero/2010/01/27/economia/1264598313.html> [consulta: 18/05/2017]

<http://definicion.de/economia-de-mercado/>. Pérez, J. y Gardey, A. 2009[consulta: 26/02/2017]