



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**LA POLÍTICA DE CLEMENCIA COMO MEDIDA DE
PREVENCIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS**

Una visión de Derecho comparado

Autor: Juan de Dios Gómez-Villalba Montañés

5º E-3 Analytics

Derecho Mercantil

Tutor: Bruno Martín Baumeister

Madrid

Abril 2023

RESUMEN

El trabajo realizado analiza los programas de clemencia como la herramienta más efectiva y fiable para combatir las prácticas colusorias. Estos programas, introducidos en Estados Unidos en 1978, se han expandido por todo el mundo y se han consolidado como la medida estrella de las autoridades de defensa de la competencia para luchar contra los cárteles. En este trabajo buscaremos analizar cómo se han regulado en distintos ordenamientos jurídicos, principalmente en el europeo y el americano, centrándonos en las principales diferencias y en casos de vital importancia. Además, analizaremos las particularidades que tiene cada Estado a la hora de aplicar los programas de clemencia, centrándonos en la clara tendencia que existe hacia una mayor convergencia.

A su vez, al aplicar los programas de clemencia, han surgido cuestiones jurídicas que han suscitado controversia y que analizaremos en detalle en el presente trabajo, especialmente la referida a la protección del solicitante de clemencia en los procesos civiles de reclamación de daños, que ha supuesto un claro problema a la hora de garantizar la eficacia de estos programas. Por último, se estudia la funcionalidad de tales programas y el efecto que tienen en los cárteles existentes y en la formación de futuros cárteles. Profundizaremos en la teoría detrás de estos y las medidas prácticas que han permitido optimizar su aplicación.

PALABRAS CLAVE

Clemencia, prácticas colusorias, cárteles, competencia, colusión.

ABSTRACT

This paper analyzes leniency programs as the most effective and reliable tool for fighting against collusive practices. These programs, introduced in the United States in 1978, have spread throughout the world and have established themselves as the key measure used by competition authorities to fight against cartels. In this paper we will seek to analyze how they have been regulated in different legal systems, mainly in Europe and the United States, focusing on the main differences and diving into cases of vital importance. In addition, we will analyze the particularities that each State has introduced when applying leniency programs, focusing on the clear trend towards greater convergence.

Furthermore, while implementing leniency programs, controversial legal issues have arisen that we will analyze in detail in this paper, especially with regard to the protection of the leniency applicant in civil damages proceedings, which has been a significant problem in ensuring the effectiveness of these programs. Finally, we will study the functionality of such programs, as well as the effect they have on existing cartels and on the formation of future cartel. We will dive into the theory behind them and the practical measures that have made it possible to optimize their application.

KEYWORDS

Leniency, collusive practices, cartels, antitrust, competition, collusion.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO II. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	10
1. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN AMERICANA	10
1.1. Política de Clemencia Empresarial (<i>Corporate Leniency Policy</i> , CLP)	10
1.2. Ley de Mejora y Reforma de las Sanciones Penales Antimonopolio (<i>Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act</i> , ACPERA)	12
1.3. Casos de especial relevancia en los que se han visto utilizados los programas de clemencia en Estados Unidos	14
2. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA	16
2.1. Condiciones necesarias para que se conceda clemencia en la Unión Europea	17
2.2. Los programas de clemencia en el Derecho español	19
CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LOS SOLICITANTES DE CLEMENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES	22
1. MEDIDAS UTILIZADAS POR LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS EN RESPUESTA A ESTA CUESTIÓN	24
2. EL ASUNTO C-360/09 PFLEIDERER CONTRA BUNDESKARTELLAMT	26
CAPÍTULO IV. RACIONALIDAD ECONÓMICA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA	29
1. EFECTO EX POST	29
1.1. Efecto desestabilizador	30
1.2. Reducción de los costes de investigación	33
2. EFECTO EX ANTE	34
2.1. Incremento de los costes de coordinación	35
2.2. Aumento de la probabilidad de detección	36
2.3. Reducción de la sanción esperada	37
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	41
1. LEGISLACIÓN	41

2.	JURISPRUDENCIA	42
3.	OBRAS DOCTRINALES	42
4.	RECURSOS DE INTERNET	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACPERA	Ley de Mejora y Reforma de las Sanciones Penales Antimonopolio	<i>Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act</i>
AD	División de Defensa de la Competencia de Estados Unidos	<i>US Antitrust Division</i>
CLP	Política de Clemencia Empresarial	<i>Corporate Leniency Policy</i>
CNMC	Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia	
DOJ	Departamento de Justicia	<i>Department of Justice</i>
FTC	Comisión Federal de Comercio	<i>Federal Trade Commission</i>
LDC	Ley de Defensa de la Competencia	
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil	
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia	
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	
UE	Unión Europea	<i>European Union</i>

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Las prácticas colusorias y, en concreto los cárteles, resultan muy dañinos para la sociedad, en especial, para los consumidores finales. Los cárteles, mediante diversos mecanismos como la fijación de precios y de las condiciones propias de los productos, el reparto del mercado o la restricción de la producción, suprimen la competencia y generan un grave daño al mercado de una región. Este daño, en lo que respecta a los consumidores, suele consistir en un aumento significativo del precio de los productos¹, resultando en una ineficiencia de mercado puesto que el precio no viene determinado por las fuerzas de oferta y demanda.

Además de ser gravemente dañinos para el interés general de la sociedad, los cárteles son muy rentables para las compañías que forman parte de los mismos, lo que supone un incentivo para que surjan y las partes los mantengan en el tiempo. La profesora Carmen García en su trabajo de investigación titulado “¿Merece la Pena Participar en un Cártel? Un Análisis de las Empresas Cartelizadas en España (1995-2014)” descubre que estas empresas aumentan significativamente los ingresos – entre un 19 y un 26% – por el hecho de participar en un cártel. Si tenemos en cuenta únicamente aquellos cárteles con una duración de 8 años o más, los ingresos aumentan entre un 29 y 50%, mientras que los beneficios entre un 82 y un 91.5%².

Es por tanto evidente que los cárteles son rentables y que encima generan un grave daño a la sociedad. Asimismo, habría que añadir que los pactos que se dan entre empresas partícipes en prácticas colusorias son de muy complicada detección³. La comunicación entre las partes es absolutamente necesaria para que se de una estrategia colusoria efectiva, siendo indispensable para intercambiar información sobre el proceso a seguir, sobre clientes y precios o sobre las condiciones que exige cada miembro del cártel. Sin embargo, esta comunicación se realiza de la forma más discreta posible, ocultándose en

¹ OECD (2002), “Hard Core Cartels – Harm and Effective Sanctions”, *Policy Brief*.

² García, C. (2018), “¿Merece la Pena Participar en un Cártel? Un Análisis de las Empresas Cartelizadas en España (1995-2014)”, *European University Institute*, PhD Thesis, Department of Economics. Disponible en <http://hdl.handle.net/1814/59224>.

³ Harrington, J. (2005), “Detecting cartels”, *Working Paper, no. 526*, The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore, MD.

todo momento y generando incentivos multilaterales para que ninguno acuda a las autoridades⁴. Es por esto por lo que existen ejemplos de cárteles que han durado muchos años, cómo el que se dio entre fabricantes de camiones entre 1997 y 2011⁵.

Ante estas prácticas colusorias tan dañinas y difíciles de detectar, los programas de clemencia se han posicionado como la medida más exitosa en la lucha contra los cárteles que atentan contra la libre competencia de los mercados y perjudican en gran medida a los consumidores finales. Estos programas consisten principalmente en que los solicitantes de clemencia podrán gozar de una reducción de la sanción o incluso una exención de la misma si acuden a las autoridades de competencia con información relevante para luchar contra el cártel. Desde 1993, año en el que Estados Unidos introdujo por primera vez un programa de clemencia verdaderamente efectivo⁶, gran parte de los estados han elaborado su propia normativa sobre la clemencia. La Unión Europea (UE), en concreto la Comisión Europea, los introdujo por primera vez en 1996, Corea del Sur fue el primer país asiático en regularlo en 1997 y para 2004, estos programas ya existían en todos los continentes.⁷

En este trabajo se pretende realizar un análisis exhaustivo de los programas de clemencia en el Derecho comparado, principalmente centrado en las diferencias claves entre la legislación americana y la europea, al igual que la conexión de esta última con la legislación española. A sí mismo, se buscará estudiar una de las principales cuestiones jurídicas suscitadas en cuanto a estos programas, la protección de los derechos de los solicitantes de clemencia en los procesos civiles. Se buscará analizar en qué consiste este

⁴ Jaspers, J.D. (2020), “Strong by concealment? How secrecy, trust, and social embeddedness facilitate corporate crime”, *Crime Law Soc Change*, vol. 73, pp. 55–72. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09847-4>.

⁵ Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 – Camiones).

⁶ Previamente, como veremos en el siguiente apartado, Estados Unidos ya había introducido una versión pionera y preliminar de los programas de clemencia, pero hasta su revisión en 1993, estos no resultaron verdaderamente prácticos.

⁷ Borrell, J., García, C., Jiménez, J. & Ordóñez de Haro, J. (2019), “25 Years of Leniency Programs: a Turning Point in Cartel Prosecution”, *CPI Antitrust Chronicle*.

problema jurídico y cómo el legislador, los Tribunales y la doctrina lo han tratado de solventar.

Por último, el trabajo entrará en detalle en los aspectos económicos de los programas de clemencia, para estudiar su eficacia y su funcionamiento. Con este análisis se pretende conocer el alcance de estos programas en la lucha contra los cárteles y las posibles dificultades que se van a encontrar en un futuro. Con ello, en este trabajo se buscará analizar los puntos de controversia de estos programas de clemencia y las posibles áreas de mejora para intentar optimizar estas medidas contra las prácticas colusorias.

CAPÍTULO II. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN AMERICANA

1.1. Política de Clemencia Empresarial (*Corporate Leniency Policy*, CLP)

El primer Estado que instaura los programas de clemencia como alternativa para la lucha contra las prácticas colusorias es Estados Unidos, cuyo programa se ha considerado el modelo a seguir para la mayoría de los países. De forma pionera, el Departamento de Justicia (*Department of Justice*, DOJ) americano instaura en 1978 la Política de Clemencia Empresarial (*Corporate Leniency Policy*, CLP)⁸, otorgando inmunidad a los partícipes en cárteles que informasen de sus actividades a las autoridades. Sin embargo, no resultó muy efectivo, recibiendo de media en torno a una solicitud de clemencia al año⁹, motivando por tanto a una revisión significativa de los mismos en 1993.

El éxito de la nueva política de clemencia fue inmediato, debido en gran medida a unos incentivos mayores y más garantistas frente a las empresas que quisiesen colaborar. Tres fueron los principales cambios que dieron lugar a un aumento significativo de la efectividad de la CLP: (1) la clemencia se otorga automáticamente a las compañías que cumplan con las condiciones establecidas si la investigación todavía no ha comenzado, (2) la posibilidad de que se otorgue clemencia aun cuando la investigación ya ha empezado y, por último, (3) la extensión de la protección frente a cualquier proceso penal no solo a la compañía sino que también a los empleados o directivos que cooperen con las autoridades¹⁰. En resumen, el aumento de la transparencia y de las garantías en este nuevo proceso de solicitud de clemencia que introdujo la reforma aseguraba a la empresa delatora que se vería protegida por la norma.¹¹

⁸ Klein, G. J. (2010), “Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence”, *ZEW (Centro para la Investigación Económica Europea)*.

⁹ Padilla, J., Requejo, A., & Watson, N., “Una Perspectiva Económica de la Política de Clemencia”.

¹⁰ Hammond, S. (2010), “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”, *The 24th Annual National Institute on White Collar Crime*, Department of Justice.

¹¹ OECD (2001), “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, *Policy Brief*.

Este renovado programa de clemencia permitirá a las empresas denunciar por sí mismas infracciones de las normas de defensa de la competencia y recibir clemencia a cambio de su cooperación con el gobierno. La CLP establece un conjunto de condiciones necesarias para que se pueda conceder clemencia a las empresas infractoras de las normas de competencia¹². La División de Defensa de la Competencia de Estados Unidos (*US Antitrust Division, AD*), un cuerpo especializado dentro del DOJ, es la encargada de aplicar la CLP y determinar si se dan o no estas condiciones¹³.

Para poder acogerse a la clemencia de la CLP, en concreto, a la de Tipo A – que es para aquellas empresas que la solicitan antes de haberse dado comienzo la investigación – estas deben cumplir seis condiciones, recogidas en la CLP más actualizada¹⁴:

1. *“En el momento en que el solicitante denuncia la actividad ilegal, la División de Defensa de la Competencia no ha recibido información sobre la actividad ilegal de ninguna otra fuente;*
2. *El solicitante, una vez descubierta la actividad ilegal, la comunica sin demora a la División de Defensa de la Competencia;*
3. *El solicitante informa de su participación en la actividad ilegal con franqueza y exhaustividad y hace una confesión de la fechoría que es realmente un acto corporativo, a diferencia de confesiones aisladas de directores, funcionarios y empleados;*
4. *El solicitante proporciona cooperación oportuna, veraz, continua y completa a la División Antimonopolio a lo largo de su investigación;*
5. *El solicitante hace todo lo posible por indemnizar a las partes perjudicadas, reparar el daño causado por la actividad ilegal y mejorar su programa de cumplimiento para mitigar el riesgo de participar en futuras actividades ilegales;*
y

¹² OECD (2002), “Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”, París.

¹³ US Department of Justice, Antitrust Division. “Antitrust Division Manual”, quinta edición, 2015.

¹⁴ Justice Manual, Title 7, 7-3.300 - Antitrust Division Leniency Policy and Procedures

6. *El solicitante no coaccionó a otra parte para que participara en la actividad ilegal y claramente no fue el líder u originador de dicha actividad.*”

Mediante el otorgamiento de la clemencia de Tipo A, los empleados y dirigentes de la compañía también son eximidos de responsabilidad penal. Y es que, en Estados Unidos, las prácticas colusorias, en especial los cárteles, están penados y criminalizados, al contrario que en la UE donde solo caben sanciones administrativas que, aunque muy graves, no llegan a ser delito penal.¹⁵

No ocurre lo mismo con los que reciben la clemencia de Tipo B, cuya responsabilidad penal tan solo será eximida bajo el criterio de la AD. Este tipo de clemencia se concederá a aquellas empresas que, aun no habiéndola solicitado antes de haberse iniciado la investigación, cumplen los requisitos 2 a 6 previamente mencionados. Además, deben de ser los primeros en acudir a las autoridades para pedir clemencia y la investigación no debe estar suficientemente avanzada como para conocer su implicación con suficiente convicción.¹⁶

1.2. Ley de Mejora y Reforma de las Sanciones Penales Antimonopolio (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act, ACPERA*)

La Ley de Mejora y Reforma de las Sanciones Penales Antimonopolio (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act, ACPERA*), se estableció en 2004 con el fin de optimizar la política de clemencia americana, fomentando la denuncia de infracciones de las normas de defensa de la competencia al DOJ y a la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission, FTC*), ofreciendo a las empresas incentivos

¹⁵ Fernández, I. & Castro, N. (2021), “Competition criminal law: an international and global trend?”, *Globalization and its Socio-Economic Consequences 2020, SHS Web of Conferences*, vol. 92.

¹⁶ Justice Manual, Title 7, 7-3.300 - Antitrust Division Leniency Policy and Procedures.

adicionales para la autodenuncia y la cooperación con las investigaciones antimonopolio.¹⁷

La ACPERA se introduce en Estados Unidos para complementar la CLP, buscando aumentar los incentivos para que los partícipes en cárteles acudan a las autoridades. Esto lo consigue mediante dos líneas opuestas: estableciendo sanciones más elevadas para los infractores de normas de la competencia y, por otro lado, proporcionando mayores beneficios a las empresas que denuncien por sí mismas infracciones de las mismas normas y cooperen plenamente con las investigaciones.

Esta reforma vino ante el riesgo evidente de que las empresas solicitantes de clemencia se viesen completamente desprotegidas frente a los procedimientos civiles de daños y perjuicios puesto que su deber de cooperar se extiende al deber de proporcionar documentos y declaraciones claramente incriminatorios¹⁸. Esto es un asunto que analizaremos posteriormente pero que fue de tal importancia que motivó, entre varias razones, la introducción de esta norma.

Con esta reforma, se introdujo:

1. Un aumento drástico de las sanciones penales por infracciones de normas de la competencia, en concreto, la Ley aumentó la multa máxima por este tipo de infracciones de 10 millones de dólares a 100 millones de dólares para las empresas;¹⁹
2. Protección frente a las demandas de daños y perjuicios para las empresas que denuncien y cooperen plenamente con los demandantes, en concreto, imposibilitando reclamaciones múltiples al solicitante o conjuntas junto con otros miembros del cártel y eliminando el componente punitivo de la multa por daños

¹⁷ Pub. L. no. 108-237, Tit. II, 118 Stat. 661 (22 de junio de 2004), Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act.

¹⁸ Barnett, T., Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice (2004), “Antitrust Enforcement Priorities: A Year in Review”, *ABA Section of Antitrust Law Fall Forum*. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206455.htm>.

¹⁹ Ghosal, V. & Sokol, D. (2014), “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 57, no. S3, The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics, pp. S51-S65.

que podría multiplicar por tres la cantidad a pagar, solo siendo responsables de resarcir los daños ocasionados;²⁰

3. Una ampliación de cinco a diez años del plazo de prescripción de las infracciones penales de defensa de la competencia.²¹

En conclusión, la ACPERA se introdujo para ofrecer mayores incentivos a las empresas que se autodenuncien y cooperen plenamente con las investigaciones anticompetitivas, con el objetivo de aumentar la detección y persecución de las infracciones contra la competencia en Estados Unidos. Tanto es así que, esta Ley se introdujo en junio de 2004 con el objetivo de que tuviese un efecto temporal, perdiendo eficacia a los 6 años. Sin embargo, en junio del 2010 se alargó su vigencia durante otros 10 años más hasta junio de 2020²², cuando se hizo permanente en la práctica.²³

1.3. Casos de especial relevancia en los que se han visto utilizados los programas de clemencia en Estados Unidos

Los programas de clemencia en Estados Unidos han tenido un gran éxito a la hora de descubrir compañías que estaban realizando prácticas colusorias. Podríamos destacar varios casos de notable relevancia que han servido de precedente para garantizar una correcta aplicación e interpretación de estos programas de clemencia.

Uno de los casos más significativos relacionados con los programas de clemencia por ser de los primeros en el que se otorga inmunidad plena es el de Estados Unidos contra Stolt-Nielsen S.A.²⁴ En este caso, Stolt-Nielsen, uno de los principales proveedores de

²⁰ Mueller, T. & Evans, G. “ACPERA and the Value of Uncertainty”.

²¹ Ghosal, V. & Sokol, D. (2014), “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 57, no. S3, The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics, pp. S51-S65.

²² Pub. L. no. 111-190 § 1, 124 Stat. 1275 (9 de junio de 2010).

²³ “Congress Reauthorizes ACPERA and Repeals Sunset Provision”, *O’Melveny*, 17 de julio de 2020.

²⁴ *Stolt-Nielsen v. U.S.*, 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006).

servicios de transporte en Estados Unidos, se enfrentaba a acusaciones de realizar prácticas anticompetitivas por parte de Paul O'Brien, antiguo consejero general de la compañía, que había dimitido por esto mismo. La empresa contrató a John Nannes, antiguo fiscal general adjunto a la AD del DOJ, para que investigara las posibles infracciones contra la competencia que podría haber realizado la empresa y si existía la posibilidad de que hubiesen incurrido en responsabilidad penal. La investigación reveló que la empresa había incurrido en conductas anticompetitivas ilegales entre 1998 y 2001, cuando un ejecutivo de la empresa intercambió listas de asignación de clientes con dos de los competidores de Stolt-Nielsen. Stolt-Nielsen entregó las pruebas obtenidas al Gobierno, que firmó un Acuerdo de clemencia condicional con la empresa el 15 de enero de 2003, por el que se comprometía a no iniciar ningún proceso penal contra Stolt-Nielsen por cualquier acto o delito que pudiera haber cometido en relación con la actividad anticompetitiva denunciada.

El acuerdo establecía además que si la AD determinaba que Stolt-Nielsen había violado el acuerdo, éste sería nulo. El gobierno no procesaría a los funcionarios y directores de la empresa que admitiesen su conocimiento o participación y cooperasen plena y verazmente con la AD en su investigación. Sin embargo, la AD revocó unilateralmente el acuerdo puesto que descubrió que habían continuado con la actividad colusoria después de que O'Brien hubiese dimitido por esto mismo, por lo que iniciaron un proceso penal contra la compañía.

Los tribunales americanos establecieron que el acuerdo era válido dado que las condiciones establecidas en el mismo, entre las que se incluía la de cesación de la actividad anticompetitiva, se debían cumplir desde el momento del acuerdo y no con anterioridad a este, como pretendía la AD. Además, establece que la autoridad de defensa de la competencia no puede unilateralmente revocar el acuerdo, sino que debía acudir a los tribunales.

Otro caso de notable importancia es el de Estados Unidos contra AU Optronics²⁵. En este caso, AU Optronics, una empresa taiwanesa, fue declarada culpable por participar en

²⁵ United States v. AU Optronics Corp., no. CR 09-0110 SI (N.D. Cal. Jan. 11, 2012).

actividades colusorias, en concreto, por fijar los precios de los paneles de cristal líquido. La empresa había solicitado clemencia en virtud del CLP, pero el DOJ denegó su solicitud, alegando la falta de cooperación plena de la empresa. El caso llegó a juicio y AU Optronics fue declarada culpable y multada con 500 millones de dólares. Este caso es interesante puesto que pone de relieve la gravedad de las sanciones posibles y la importancia de cooperar plenamente con el gobierno para poder acogerse a la clemencia prevista en el CLP.²⁶

2. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su artículo 101, prohíbe todo tipo de acuerdos colusorios entre empresas y toda práctica anticompetitiva que conlleve una restricción de la competencia dentro del mercado interior de la UE. En concreto, se destaca la fijación de precios y condiciones, la limitación de la venta o producción, el reparto de mercados, la aplicación de condiciones desiguales a terceros por un mismo servicio, resultando en un grave daño para el afectado, y subordinar la celebración de un contrato a una condición que nada tiene que ver con el mismo²⁷. Estas conductas están muy duramente sancionadas.²⁸

Sin embargo, al igual que en Estados Unidos y ante el éxito de estos programas en este país, en 1996 se introduce la posibilidad de eximir o de reducir la sanción para aquellos que las han llevado a cabo a través de los programas de clemencia²⁹. Durante los primeros años, tras la entrada en vigor de los programas, estos no tuvieron mucho éxito, debido a que ciertos aspectos del procedimiento dependían del criterio y de la

²⁶ Huston, P., “United States v AU Optronics et al”, *Sidley Austin LLP*, 9 de noviembre de 2017.

²⁷ Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. DOUE. C 326/47, de 26 de octubre de 2012.

²⁸ Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOUE. C 1/1, de 4 de enero de 2003.

²⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas. DOUE. C 207/04, de 18 de julio de 1996.

discrecionalidad de las autoridades de la competencia, y estaba caracterizado por una falta de transparencia. Esto supuso que, aunque el número de cárteles que acudieron a las autoridades fuese significativo, no se cumplieran las expectativas en términos de mejoría en las investigaciones de la Comisión Europea y en la disuasión para la creación de futuros cárteles.³⁰

En 2002, se reformaron estos programas con el objetivo de mejorar su eficacia. Se introdujo la posibilidad de obtener inmunidad plena, puesto que antes tan solo cabía una reducción de las multas. Además, se asoció la cantidad que cabía reducirse de las multas al momento de la investigación en el que se proporcionaba la información. A su vez, en 2006, se llevó a cabo otra reforma con la intención de clarificar el deber de cooperación de los solicitantes de clemencia y la naturaleza de la información que debían aportar. Estas reformas garantizaron la transparencia y la certidumbre en el proceso de clemencia, lo que resultó en un aumento drástico de la efectividad de los programas y del número de solicitudes de clemencia recibidas por la Comisión.³¹

2.1. Condiciones necesarias para que se conceda clemencia en la Unión Europea

La regulación actual de los programas de clemencia se encuentra establecida en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel³². En ella se distinguen los requisitos que deben darse para poder beneficiarse de una dispensa del pago de la multa o de una reducción del importe de la multa.

Los requisitos para poder eximirse del pago completo de la multa son los siguientes:

³⁰ Brenner, S. (2009), “An empirical study of the European corporate leniency program”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 27, no. 6, pp. 639-645.

³¹ Padilla, J., Requejo, A., & Watson, N., “Una Perspectiva Económica de la Política de Clemencia”.

³² Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE. C 298/11, de 8 de diciembre de 2006.

1. El solicitante de clemencia debe ser la primera empresa en acudir a las autoridades de competencia.
2. No se concederá una exención plena si la investigación ya está lo suficientemente avanzada y se cuenta con suficientes pruebas como para sancionar al solicitante sin su cooperación.
3. El solicitante tiene un deber de cooperación plena, de forma verdadera, completa y diligente, desde el mismo momento en el que se inicia el procedimiento hasta el final del mismo. Este deber de cooperación se extiende al (1) otorgamiento inmediato de toda la información y las pruebas pertinentes; (2) la puesta en disposición de la compañía para resolver cualquier cuestión que pueda surgir; (3) la puesta en disposición de sus empleados y gestores para posibles entrevistas; (4) la abstención de todo ocultamiento o destrucción de información que pueda resultar relevante; y (5) la abstención de la divulgación del contenido y el hecho de la solicitud.
4. El solicitante de clemencia debe cesar toda implicación en la actividad colusoria salvo la estrictamente necesaria para garantizar la eficacia de la investigación.
5. No debe haber destruido, ocultado o falsificado pruebas relevantes para la investigación.
6. No se concederá una exención plena a la empresa que haya coaccionado a otras empresas para que participen o permanezcan en el cártel.

Por otro lado, si las empresas que acuden a las autoridades para solicitar clemencia no cumplen con todos estos requisitos previamente mencionados, podrán optar a una reducción de la multa si otorgan pruebas que aporten un valor añadido a la investigación. Este “valor añadido” lo analizará la Comisión en base a criterios de utilidad, relevancia y de nivel de detalle y cooperación. La reducción de la multa será mayor para las empresas que antes soliciten clemencia a las autoridades³³.

Las diferencias con los programas de clemencia en Estados Unidos son evidentes. Sin embargo, ambos ordenamientos establecen una exigencia de cooperación a las empresas

³³ La reducción para la primera empresa que aporte pruebas de valor añadido será de entre el 30% y el 50% del importe de la multa; para la segunda empresa será de entre el 20% y el 30%; y para las siguientes empresas, una reducción de hasta el 20%.

que obliga a los solicitantes a que faciliten toda la información pertinente y las pruebas del cártel. A sí mismo, ambos programas tienen la facultad de reducir o eximir del pago de las multas a las empresas que cooperen. Existe, por tanto, evidencias claras de que hay una tendencia hacia la convergencia entre los programas de clemencia de ambos ordenamientos, ya que ambos modelos han evolucionado y se han adaptado para hacer frente a los retos de la detección y persecución de los cárteles.³⁴

2.2. Los programas de clemencia en el Derecho español

El Derecho de competencia en España está inspirado en su mayoría en el Derecho de competencia de la UE. Es más, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) es un calco del artículo 101 del TFUE, prohibiendo las mismas conductas colusorias que en el Derecho comunitario. Los programas de clemencia en España no son una excepción, puesto que, ante el gran éxito de estos programas en Europa, los Estados miembros han procedido a la incorporación de los mismos en sus correspondientes ordenamientos.³⁵

Tras la reforma de 2006 de los programas de clemencia en la UE³⁶, la gran mayoría de los Estados miembros siguieron el modelo comunitario para introducir estos programas en sus ordenamientos, como fue el caso de España o Italia, y los que ya tenían sus propios programas de clemencia, como Reino Unido, los adaptaron para compaginar mejor con el establecido en la UE. España llevó a cabo esto mediante la elaboración de la LDC en 2007, estableciendo en sus artículos 65 y 66 los requisitos para que las empresas pudiesen acogerse al procedimiento de clemencia para evitar o reducir la sanción. Sin embargo, su aplicación se vio demorada debido a lo establecido en su

³⁴ Zingales, N. (2008), “European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?”, *The Competition Law Review*, vol. 5, no. 1, pp. 5-60.

³⁵ Borrell, J., García, C., Jiménez, J. & Ordóñez de Haro, J. (2019), “25 Years of Leniency Programs: a Turning Point in Cartel Prosecution”, *CPI Antitrust Chronicle*.

³⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE. C 298/11, de 8 de diciembre de 2006.

disposición final tercera³⁷ hasta que se aprobó el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Este Reglamento regula en mucho mayor detalle el procedimiento de clemencia, asegurándose que se mantienen los criterios de transparencia y seguridad que garantizan la eficacia de los programas de clemencia.³⁸

Aunque el modelo español de política de clemencia está inspirado por el comunitario y, en gran medida, cuenta con una regulación muy similar, se han podido identificar varias diferencias notables que habría que analizar. Por ejemplo, respecto al ámbito objetivo³⁹, en el Derecho europeo, el concepto de cártel está identificado en el punto primero de la Comunicación ya citada mediante un *numerus apertus* de prácticas colusorias:

“Los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores.”

Sin embargo, en la disposición adicional cuarta de la LDC⁴⁰, cártel se define de una forma mucho más restrictiva, dando espacio a considerar que las empresas que

³⁷ Disposición final tercera de la LDC. “Entrada en vigor: 1. La presente Ley entrará en vigor el 1 de septiembre de 2007. 2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, los artículos 65 y 66 de esta Ley entrarán en vigor en el mismo momento que su reglamento de desarrollo.”

³⁸ Gutiérrez, A. & Guerra, A. (2011), “Primeras Experiencias en la Aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario 2011, pp. 135-141.

³⁹ Vidal, P., Uría Menéndez, “Programas Español y Comunitario de Clemencia”.

⁴⁰ Disposición adicional cuarta de la LDC. “Definiciones: A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.”

realizan ciertas prácticas, como el intercambio de información entre empresas con intención colusoria, no pueden acogerse a la clemencia española, pero sí a la europea. Sin embargo, en la práctica, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sí que ha sancionado estas prácticas y ha permitido que los infractores pudiesen acogerse al procedimiento de clemencia, generando cierta inseguridad jurídica.⁴¹

Otra diferencia importante entre ambos programas consiste en lo referido al ámbito subjetivo de aplicación de los mismos. En la regulación comunitaria de los programas de clemencia, no se contempla la aplicación de la clemencia a personas físicas, es decir, se concede a la empresa, no a sus empleados. Sin embargo, en la regulación española, se abre la posibilidad de considerar a las personas físicas como infractores (art. 61 de la LDC), pudiendo ser sancionados directamente por ello (art. 63 de la LDC). Además, el art. 65 y 66 de la LDC permite a los representantes o directivos iniciar los procedimientos para la solicitud de clemencia y los establece como posibles receptores de la misma.⁴²

Habiendo analizado algunas de las diferencias más relevantes existentes entre los procedimientos de clemencia en España y en la UE, es importante destacar que, con carácter general, estas diferencias no son drásticas y la aplicación efectiva de los programas está garantizada en ambos ordenamientos. Esta aplicación es generalmente uniforme en ambos ordenamientos y existen numerosos mecanismos de cooperación que permiten asegurar la eficacia de estos programas contra las prácticas que atentan contra la competencia del mercado europeo.⁴³

⁴¹ Gutiérrez, A. & Guerra, A. (2011), “Primeras Experiencias en la Aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario 2011, pp. 135-141.

⁴² Vidal, P., Uría Menéndez, “Programas Español y Comunitario de Clemencia”.

⁴³ Por ejemplo, mediante eLeniency, la herramienta en línea que permite la cooperación y el intercambio de información entre las distintas autoridades de la competencia y que garantiza la uniformidad en los procedimientos de solicitud de clemencia (López, M., 15 de abril de 2019).

CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LOS SOLICITANTES DE CLEMENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES

Habiendo analizado con profundidad la legislación comparada en relación con los programas de clemencia, cabría identificar una de las principales cuestiones jurídicas que suscitan controversia a la hora de aplicar estos programas, la protección de los derechos de defensa de los solicitantes de clemencia en los procesos civiles⁴⁴. Es indudable que, ante una medida tan drástica, que se enfrenta directamente con la imposición de probablemente las sanciones económicas más graves de multitud de ordenamientos⁴⁵, es necesaria una absoluta garantía y claridad en cuanto a los términos y el proceso. Es por ello por lo que se analizará a continuación esta cuestión de vital importancia para asegurar la eficacia de los programas de clemencia y garantizar la protección de los derechos de los afectados.

Esta cuestión ya preocupó al legislador americano entre otros al elaborar el ACPERA⁴⁶. En la mayoría de los ordenamientos, los programas de clemencia exigen a los solicitantes una cooperación plena y exhaustiva con las autoridades. Este deber de cooperación se extiende a un deber de otorgar información y documentación potencialmente incriminatoria, lo que supone al solicitante situarse en una posición del todo vulnerable frente a posibles demandas de daños por parte de privados que hayan podido verse afectados.

Ante esta situación, el legislador debe proteger al solicitante de forma efectiva principalmente por dos motivos. En primer lugar, se debe garantizar el derecho del afectado a no auto-incriminarse en un proceso judicial, puesto que este es un principio fundamental de vital importancia para resguardar la tutela judicial efectiva de los mismos.

⁴⁴ Gutiérrez, A. & Guerra, A. (2011), “Primeras Experiencias en la Aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario 2011, pp. 135-141.

⁴⁵ Ginsburg, D., & Wright, J. (2010), “Antitrust Sanctions”, *Competition Policy International*, vol. 6, no. 2, pp. 3-39.

⁴⁶ Ghosal, V. & Sokol, D. (2014), “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 57, no. S3, The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics, pp. S51-S65.

Este derecho fundamental está protegido en la gran mayoría de los Estados democráticos, por poner varios ejemplos, en Estados Unidos se introduce este derecho en la Quinta Enmienda, mientras que en España está recogido en el art. 24.2 de la Constitución española.

En segundo lugar, una protección cierta y real frente al uso contra el solicitante de la información que está aportando, asegura la efectividad de estos programas y, por tanto, permite una reducción de la actividad anticompetitiva. Esto se debe a que el incentivo existente que hace posible que los partícipes en cárteles acudan a las autoridades consiste en la eliminación o reducción de las posibles sanciones; si al acudir a este mecanismo resulta que se ponen en una situación que facilita a los privados afectados exigirles una indemnización por daños, si llegasen a hacerse con el contenido de la solicitud de clemencia, este incentivo desaparece.⁴⁷

Por ejemplo, en ciertos ordenamientos, es común que los Tribunales civiles soliciten documentación y el acceso a las pruebas otorgadas en el procedimiento de clemencia a la autoridad de defensa de la competencia. Esto muchas veces implica que en ocasiones los privados que solicitan una indemnización de daños y perjuicios se dirigen en especial contra el solicitante de clemencia por la facilidad que hay para el acceso a prueba⁴⁸. Esto ocurre en mayor medida principalmente en aquellas jurisdicciones donde los Tribunales civiles tienen la obligación de investigar y descubrir pruebas de oficio, como en Estados Unidos o en Reino Unido⁴⁹. En España en cambio, esto no es tan común dado que los Tribunales están limitados a usar las pruebas presentadas por las partes en el proceso.⁵⁰

⁴⁷ Wils, W. (2017), “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, vol. 40, no. 1, pp. 3-46.

⁴⁸ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2018), “Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat”, *Working Party no. 3 on Co-operation and Enforcement*, DAF/COMP/WP3(2018)1.

⁴⁹ OECD (2015), “Relationship between Public and Private Enforcement”, DAF/COMP/WP3(2015)14.

⁵⁰ Principio de justicia rogada, recogido en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.”

Este es un tema que sin duda preocupa a los expertos. En una encuesta reciente realizada a 30 profesionales con amplia experiencia en la aplicación de la clemencia, el 83% de los participantes indicaron que percibían una disminución del interés de sus clientes y de los incentivos que empujan a sus clientes a solicitar clemencia. El factor que se mencionó con más frecuencia para explicar esta disminución fue el aumento de la exposición a demandas civiles por daños y perjuicios⁵¹. Sin desarrollar un mecanismo que impida a los privados afectados utilizar la información auto-incriminatoria para demandar al solicitante, cesa cualquier tipo de voluntad de los miembros de un cártel en solicitar la clemencia.

1. MEDIDAS UTILIZADAS POR LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS EN RESPUESTA A ESTA CUESTIÓN

Ante esta cuestión jurídica de vital relevancia y que puede resultar ser un detrimento para la eficacia de los programas de clemencia, las autoridades encargadas de hacer cumplir la competencia han desarrollado distintos mecanismos para que, por lo menos, los solicitantes de clemencia no se vean perjudicados con respecto al resto de los miembros del cártel que no cooperaron. Por ejemplo, en Estados Unidos, la ya mencionada ACPERA, aprobada en 2004⁵², proporciona cierta protección a los solicitantes de inmunidad, limitando su responsabilidad por daños a reclamaciones individualizadas, sin existir por tanto una responsabilidad solidaria en acciones civiles relacionadas, siempre y cuando cooperen con los civiles afectados.⁵³

Por otro lado, en la UE, se introduce la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por

⁵¹ Encuesta preparada por Brussels Matters para su reunión "The European antitrust leniency calculus c.2016: ¿still worth it?" (Bruselas, 16 de junio de 2016). Disponible en http://www.brusselismatters.eu/index.html?page=489&sz_event=Leniency16.

⁵² Stephan, A. & Nikpay A. (2014), "Leniency Theory and Complex Realities", *Centre for Competition Policy*, Working Paper no. 14-8. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2537470>.

⁵³ Preguntas frecuentes sobre "Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters Update" publicado el 26 de enero de 2017. Disponible en www.justice.gov/atr/page/file/926521/download.

las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea⁵⁴. Esta Directiva busca mejorar el proceso de reclamación de indemnizaciones en tribunales nacionales por causa de infracciones al Derecho de competencia, estableciendo normas comunes respecto a los plazos de prescripción, la cuantificación del daño, la responsabilidad solidaria y otras cuestiones relevantes. Además, se limita la responsabilidad de las empresas que han recibido inmunidad en virtud del programa de clemencia de la Comisión Europea o de una autoridad nacional de competencia en cuanto a las acciones por daños y perjuicios que sus propios compradores o proveedores directos o indirectos puedan interponer⁵⁵. Esta misma Directiva también exime de la divulgación de las declaraciones y solicitudes de clemencia, pero la información que era pública o se había obtenido con anterioridad a la solicitud sí que se podrá divulgar si es necesario.⁵⁶

En España, cuyo modelo de solicitud de clemencia está inspirado principalmente por el de la Unión Europea, se garantiza la confidencialidad de la solicitud de clemencia, de acuerdo con el artículo 51 del RDC⁵⁷. Sin embargo, en relación con el procedimiento administrativo en sí, el RDC otorga una mayor protección a los documentos que hayan sido elaborados específicamente para el procedimiento de clemencia, como las

⁵⁴ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE-L-2014-83627.

⁵⁵ Jiménez, V. (2015), “La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, pp. 151-174.

⁵⁶ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2018), “Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat”, *Working Party no. 3 on Co-operation and Enforcement*, DAF/COMP/WP3(2018)1.

⁵⁷ Art. 51 del RDC: “Tratamiento de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa: 1. La Comisión Nacional de la Competencia tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, y formará pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud que considere de carácter confidencial, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante. 2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, no se pondrán obtener copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud.”

declaraciones por parte del solicitante. La Dirección de Investigación de la CNMC mantiene por tanto la confidencialidad de los documentos que acompañan a la solicitud de clemencia hasta que se produce la remisión del Pliego de Concreción de Hechos, dando acceso a los mismos para aquellos interesados, pero no permitiendo hacer copias a aquellos que hayan sido creados en el marco de la solicitud de clemencia.⁵⁸

Sin embargo, ante la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, mediante la disposición adicional segunda de la LDC, se introduce el artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que dictamina la cooperación entre la CNMC y los órganos judiciales en todo caso salvo en lo referido a todos los documentos obtenidos en el ámbito de las solicitudes de clemencia. Este no hace distinción alguna sobre el trato de confidencialidad de los documentos elaborados específicamente para el procedimiento de clemencia y los que ya existían antes, por lo que se entiende que la confidencialidad va más allá que la prevista en el art. 51 del REC, asegurando la protección de los solicitantes de clemencia. Sin embargo, todavía no se ha visto la aplicación de esta disposición en la práctica, por lo menos en España, por lo que a continuación analizaremos en detalle un caso de gran relevancia, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que muestra la aplicación práctica de la cuestión analizada con anterioridad.⁵⁹

2. EL ASUNTO C-360/09 PFLEIDERER CONTRA BUNDESKARTELLAMT

El asunto C-360/09 *Pfleiderer* contra *Bundeskartellamt*, del 14 de junio de 2011, es el caso de mayor importancia a nivel europeo sobre la cuestión del acceso a los expedientes de las autoridades de competencia en los procedimientos civiles de daños. Esta sentencia presentada ante el TJUE supuso un precedente a la hora de establecer cómo los tribunales de los Estados miembros de la UE debían de abordar la confidencialidad de la información recabada en los procedimientos de solicitud de clemencia.

⁵⁸ Gutiérrez, A. & Guerra, A. (2011), “Primeras Experiencias en la Aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario 2011, pp. 135-141.

⁵⁹ CNMC, “Programa de Clemencia: Lucha contra Cárteles”.

El asunto afectaba a *Pfleiderer*, una empresa alemana que había sido sancionada por el *Bundeskartellamt*, la autoridad alemana encargada de la defensa de la competencia, por participar en un cártel. *Pfleiderer* solicitó acceso al expediente del *Bundeskartellamt* para preparar una demanda por daños y perjuicios contra otros miembros del cártel. Sin embargo, el *Bundeskartellamt* denegó el acceso alegando motivos de confidencialidad. Ante esta situación los tribunales alemanes elevaron una cuestión prejudicial para que el TJUE determinase cual era la forma adecuada de actuar en una situación como esta en la que se encontraban.⁶⁰

El TJUE dictaminó que, si bien no existe un derecho absoluto de acceso a los expedientes de las autoridades de competencia, las empresas pueden solicitar el acceso si pueden demostrar un interés legítimo en la información y si los beneficios del acceso superan los riesgos de revelar información confidencial. En resumen, no se debe imposibilitar en la práctica la reclamación de daños.⁶¹

El Tribunal también subrayó que las autoridades de competencia tienen el deber de equilibrar los intereses de la empresa que solicita el acceso con la necesidad de proteger la información confidencial, para garantizar la eficacia de los programas de clemencia. Esto significa que las empresas deben proporcionar una razón específica para su solicitud, como la preparación de una reclamación de daños y perjuicios, y demostrar que la información que buscan es pertinente y necesaria para su reclamación. Además, el Tribunal sostuvo que, si la autoridad de competencia deniega el acceso, debe proporcionar una decisión motivada que explique su decisión, incluidas las razones específicas para retener la información.

La sentencia fue significativa porque aclaró las circunstancias en las que las empresas pueden solicitar el acceso a los expedientes de las autoridades de competencia en los procedimientos civiles por daños en casos de defensa de la competencia. La sentencia ha

⁶⁰ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2018), “Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat”, *Working Party no. 3 on Co-operation and Enforcement*, DAF/COMP/WP3(2018)1.

⁶¹ Gutiérrez, A. & Guerra, A. (2011), “Primeras Experiencias en la Aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario 2011, pp. 135-141.

servido de orientación a los tribunales nacionales europeos a la hora de determinar cuándo se puede levantar la confidencialidad de las pruebas recabadas en procedimientos de clemencia, siendo necesario analizar cada caso concreto.⁶²

Por otro lado, es interesante analizar las conclusiones del Abogado General Mazak, que sí distingue entre los documentos elaborados en virtud del procedimiento de solicitud de clemencia y el resto. Este considera que los primeros deben gozar de una mayor protección frente al levantamiento de su confidencialidad, mientras que los segundos deberían poder ser accesibles a los afectados puesto que entiende que los casos por los cuales una autoridad administrativa no pueda cooperar con los tribunales deben ser muy limitados.⁶³

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2011. Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt. Petición de decisión prejudicial: Amtsgericht Bonn - Alemania. Competencia. Asunto C-360/09, ECLI:EU:C:2010:782.

⁶³ Conclusiones del Abogado General Sr. Jan Mazak, presentadas el 16 de diciembre de 2010, el asunto Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt (C-360/09), ECLI:EU:C:2010:782.

CAPÍTULO IV. RACIONALIDAD ECONÓMICA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

Como ya hemos observado, los programas de clemencia son la herramienta por excelencia para la lucha contra los cárteles y las prácticas anticompetitivas en gran parte de los ordenamientos jurídicos del planeta. Habiendo analizado su regulación en el Derecho comparado y habiendo visto alguna de sus principales cuestiones jurídicas de interés, debemos identificar su funcionamiento y su racionalidad económica, es decir, cómo funcionan y cómo podrían optimizarse.

Para estudiar esto, nos centraremos en el efecto *ex post* y *ex ante* que tienen estos programas contra los cárteles y la formación de los acuerdos colusorios y anticompetitivos. *Ex post*, por un lado, porque se analizará el mecanismo mediante el cual los programas de clemencia consiguen dismantelar los cárteles una vez estos ya se han creado y consolidado, estando en pleno funcionamiento. *Ex ante*, por otro lado, ya que se estudiará el efecto disuasorio que estos programas generan sobre posibles acuerdos colusorios que se puedan establecer.⁶⁴

1. EFECTO *EX POST*

Los programas de clemencia desempeñan un papel importante en la desestabilización y el fracaso de un cártel ya existente. Al ofrecer incentivos para que una empresa coludida revele la existencia del acuerdo y coopere con las autoridades de defensa de la competencia, estos programas pueden exponer las prácticas anticompetitivas del cártel y ayudar a las autoridades a tomar medidas para dismantelarlo. Esto lo consigue mediante dos formas principalmente, al introducir un elemento desestabilizador que quiebra el equilibrio existente en el acuerdo colusorio, y mediante la reducción de los costes de investigación que permiten descubrir los cárteles con mayor facilidad.⁶⁵

⁶⁴ Padilla, J., Requejo, A., & Watson, N., “Una Perspectiva Económica de la Política de Clemencia”.

⁶⁵ Funta, R. (2012), “Legal and Economic Analysis of Cartels, their Enforcement and the Leniency Program”, *Danube, Law and Economics Review* 2. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3071046>.

En términos del efecto desestabilizador, la posible revelación de una empresa coludida puede generar desconfianza entre las demás empresas del cártel y erosionar la cohesión entre los miembros del mismo. La revelación también puede generar tensiones internas dentro de las empresas coludidas, especialmente si una empresa se presenta como clemente y ofrece cooperar mientras que las otras no lo hacen. En este caso, la empresa que solicita clemencia puede recibir una reducción de las sanciones o incluso inmunidad completa, lo que puede llevar a la disolución del cártel. Esta incertidumbre, miedo incluso, sobre cómo actuarán el resto de los partícipes en el cártel es lo que genera un efecto claramente desestabilizador en los cárteles consolidados.

Además, los programas de clemencia pueden reducir los costes de investigación necesarios para dismantelar un cártel. Al ofrecer una fuente de información interna y valiosa sobre el acuerdo colusorio, las autoridades antimonopolio pueden reducir significativamente los costes y el tiempo necesarios para investigar y sancionar a las empresas participantes. La cooperación de una empresa clemente puede proporcionar pruebas, documentos y testimonios que pueden ayudar a las autoridades a construir un caso más sólido y presentar pruebas más convincentes en el juicio.⁶⁶

En resumen, los programas de clemencia pueden desempeñar un papel importante en el fracaso de un cártel al introducir un efecto desestabilizador y reducir los costes de investigación necesarios para dismantelarlo.

1.1. Efecto desestabilizador

Para entender mejor cómo funciona el efecto desestabilizador de los programas de clemencia, debemos entender la teoría de juegos que hay detrás de estos. La teoría de juegos es una herramienta útil para analizar el comportamiento estratégico de las empresas en un cártel y predecir cómo pueden responder a los incentivos ofrecidos por los programas de clemencia. En particular, la teoría de juegos sugiere que la cooperación

⁶⁶ Padilla, J., Requejo, A., & Watson, N., “Una Perspectiva Económica de la Política de Clemencia”.

y la no cooperación entre los miembros del cártel pueden ser vistas como un juego en el que las empresas buscan maximizar sus beneficios.⁶⁷

En un cártel, las empresas participantes tienen un incentivo para coludir y fijar precios más altos que los que existirían en un mercado competitivo. Sin embargo, las empresas también se enfrentan a un incentivo individual para desviarse del acuerdo y bajar los precios para aumentar su propia participación en el mercado. El dilema al que se enfrentan las empresas coludidas es que, si todas desobedecen el acuerdo, entonces el resultado será un mercado competitivo en el que todas las empresas tendrán peores resultados, aunque la sociedad y, sobre todo el consumidor final, se vería claramente beneficiada.

La existencia de un programa de clemencia puede cambiar el equilibrio del juego y llevar a las empresas a delatarse mutuamente para obtener una recompensa. Si una empresa cree que otra empresa se ha presentado como clemente y ha proporcionado información a las autoridades antimonopolio o que existe un riesgo real de que haga esto mismo, entonces esa empresa puede tener un incentivo para hacer lo mismo y obtener una recompensa similar. Es un claro dilema del prisionero⁶⁸, en el cual los miembros del cártel maximizan sus beneficios si mantienen la actividad colusoria, pero en el momento en el que existe una probabilidad suficiente de que alguno acuda a las autoridades, entonces la mejor opción es confesar ellos también⁶⁹.

Esto se pronuncia más cuando es tan solo al primero de los delatores a quien se le concede la clemencia puesto que existe un componente evidente de urgencia, reflejado en que, si otro miembro se adelanta, el daño es mucho mayor para los otros miembros del cártel. Cuanto mayor sea la diferencia entre el beneficio obtenido por el primer delator y

⁶⁷ Harrington, J. (2005), "Detecting cartels", *Working Paper, no. 526*, The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore, MD.

⁶⁸ El dilema del prisionero es un concepto de la teoría de juegos en el que dos individuos se enfrentan a una situación en la que pueden cooperar o desertar el uno contra el otro. El dilema surge porque la elección óptima de cada persona depende de lo que elija la otra. Si ambas personas cooperan, ambas reciben una recompensa moderada. Sin embargo, si una persona deserta y la otra coopera, el desertor recibe una recompensa mayor, mientras que el cooperador recibe una recompensa menor. Si ambas personas desertan, ambas reciben una recompensa baja. Por tanto, ambas personas tienen un incentivo para desertar, aunque ambas estarían mejor si cooperaran.

⁶⁹ Won, S. (2020), "An Improvement of Leniency Programs Where There Exists the Coordination Problem". Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3554793>.

el resto, mayor peso tiene esa “carrera por delatar”, aumentando la eficacia de los programas de clemencia⁷⁰. Es por esto mismo por los que muchos ordenamientos otorgan una mayor reducción de la sanción al primero que acude a las autoridades o incluso una exención total, como hemos visto previamente.

Por otro lado, cuanto mayor sea la probabilidad de detección, mayor será el incentivo para las empresas coludidas a delatarse mutuamente. En este sentido, la probabilidad de éxito del programa de clemencia se ve reforzada por el efecto multiplicador de la teoría de juegos, en el que la delación de una empresa puede desencadenar una cadena de delaciones de otras empresas⁷¹. Esta probabilidad de detección no tiene que ser objetiva y real, sino que es la probabilidad de detección subjetiva, es decir, la que los miembros del cártel piensan que existe⁷². Esta probabilidad de detección subjetiva se puede aumentar de dos maneras, según entiende Mullainathan: por un lado, mediante la realización de controles aleatorios de mano de las autoridades de competencia y no solo siguiendo pistas objetivas, o, por otro lado, haciendo ampliamente públicos aquellos casos en los que se hayan sancionado cárteles.⁷³

En resumen, la teoría de juegos sugiere que los programas de clemencia pueden aumentar su efectividad al crear incentivos para que las empresas coludidas se delaten mutuamente. El aumento de la probabilidad de detección y la oferta de mayores recompensas a los primeros en acudir a las autoridades son dos de los factores más importantes que las empresas toman en cuenta a la hora de tomar la decisión de delatarse mutuamente. Al comprender cómo las empresas pueden responder a estos incentivos, las autoridades de la competencia pueden diseñar programas de clemencia más efectivos para dismantelar los carteles y promover la competencia en los mercados.

⁷⁰ Spagnolo, G. (2005), “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, *Stockholm School of Economics Consip Spa, and C.E.P.R.*

⁷¹ Motta, M. & Polo, M. (2003), “Leniency programs and cartel prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, no. 3, pp. 347-379.

⁷² Rabin, M. (2002), “A Perspective on Psychology and Economics”, *European Economic Review*, vol. 46, no. 4-5, pp. 657-685.

⁷³ Mullainathan, S. (2002), “A Memory-Based Model of Bounded Rationality”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, no. 3, pp. 735-774.

1.2. Reducción de los costes de investigación

Los programas de clemencia también tienen un impacto en la reducción de los costes de investigación en los que deben incurrir las autoridades de la competencia. Al contar con la información proporcionada por las empresas que delatan la existencia de un cartel, las autoridades pueden tener acceso a más fuentes de pruebas y obtener un mayor conocimiento de las prácticas colusorias que están teniendo lugar. De esta manera, los programas de clemencia pueden ser más efectivos para descubrir y dismantelar los carteles, mientras que reducen los costes asociados con la investigación.⁷⁴

Un tema interesante es si resulta rentable conceder recompensas a los siguientes delatores y no solo al primero. Para ello, es importante considerar que los programas de clemencia están diseñados para incentivar a las empresas a delatarse mutuamente y proporcionar información sobre la existencia de un cartel. Si se otorgan recompensas a los siguientes delatores, esto puede crear un incentivo adicional para que las empresas proporcionen información y acelerar el proceso de investigación. Con un mayor número de fuentes de información, de origen distinto, es posible obtener pruebas más claras, útiles y fiables que pueden aumentar la efectividad y la rapidez de las investigaciones.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta que la concesión de recompensas a los siguientes delatores puede tener algunos efectos secundarios no deseados. Por ejemplo, puede disminuir la eficacia del programa al disminuir el incentivo de la primera empresa en delatar, ya que saben que pueden obtener una recompensa aunque otra empresa les preceda. Además, podría ser más difícil para las autoridades antimonopolio evaluar la credibilidad y la calidad de la información proporcionada por las siguientes empresas que se presentan como clementes, al estar estas en una situación crítica en la

⁷⁴ Kaplow, L. & Shavell, S. (1994), "Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior", *Journal of Political Economy*, vol. 102, no. 3, pp. 583-606.

que están dispuestas a todo por conseguir una reducción de la multa, lo que podría dificultar la investigación.⁷⁵

En general, es una decisión que debe ser evaluada caso por caso por las autoridades de defensa de la competencia en función de las circunstancias específicas de cada caso y las características de las empresas involucradas. Sin embargo, es importante destacar que los programas de clemencia, en general, han demostrado ser una herramienta efectiva para combatir la colusión existente en los mercados mediante la reducción de los costes de la investigación y la introducción de un elemento desestabilizador en los cárteles.

2. EFECTO *EX ANTE*

Los programas de clemencia no solo permiten atacar aquellos cárteles ya consolidados, sino que también son herramientas utilizadas por las autoridades de la competencia para desincentivar la formación de cárteles y promover la competencia en general en el mercado. Estos programas pueden tener un efecto doble en cuanto a la formación de nuevos cárteles.

Por un lado, los programas de clemencia pueden aumentar los costes de coordinación para los miembros de un cartel existente, ya que la posibilidad de que uno de ellos se convierta en un informante de las autoridades puede disuadir a los demás de participar en la colusión. Además, el hecho de que la probabilidad de detección y sanción sea mayor también puede disuadir a los actores del mercado de participar en prácticas colusorias en un primer lugar.

Por otro lado, estos programas suponen una reducción de la sanción efectiva esperada para los nuevos cárteles que se formen, lo que podría incentivar a los actores del mercado a formar nuevos cárteles. Esto se debe a que saben que, si son descubiertos, pueden reducir la sanción cooperando con las autoridades de competencia a través del programa

⁷⁵ Motta, M. & Polo, M. (2003), “Leniency programs and cartel prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, no. 3, pp. 347-379.

de clemencia. Esto puede llevar a una situación en la que se formen nuevos cárteles con la expectativa de que podrán reducir su sanción en caso de ser descubiertos.⁷⁶

2.1. Incremento de los costes de coordinación

En primer lugar, los programas de clemencia suponen un aumento significativo de los costes de coordinación necesarios para la elaboración de acuerdos colusorios, reduciendo el posible beneficio que deriva de estas prácticas que, como vimos anteriormente, son de una importante cantidad⁷⁷. Podemos destacar tres formas, entre otras, por las que se consigue incrementar los costes de coordinación⁷⁸:

- En todos los ordenamientos, los programas de clemencia no permiten la reducción o exención de sanciones para aquellos instigadores de las prácticas colusorias. Esto supone que las empresas buscarán alejarse del papel del promotor del cártel, dificultando la creación de los mismos.
- Los programas de clemencia actuales, en la mayoría de los casos, extiende la posibilidad de otorgarla a individuales que acudan a las autoridades, no solo a las empresas⁷⁹. Esto implica que las instituciones que participan en prácticas colusorias deben elaborar mecanismos para evitar que empleados conozcan de las mismas o si las conocen, que se evite que acudan a las autoridades.⁸⁰
- Los programas de clemencia introducen un componente de suspicacia en las relaciones de los miembros del cártel, por lo que, para evitar dejar evidencias, se

⁷⁶ Padilla, J., Requejo, A., & Watson, N., “Una Perspectiva Económica de la Política de Clemencia”.

⁷⁷ García, C. (2018), “¿Merece la Pena Participar en un Cártel? Un Análisis de las Empresas Cartelizadas en España (1995-2014)”, *European University Institute*, PhD Thesis, Department of Economics. Disponible en <http://hdl.handle.net/1814/59224>.

⁷⁸ Spagnolo, G. (2005), “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, *Stockholm School of Economics Consip Spa, and C.E.P.R.*

⁷⁹ Por ejemplo, en la UE a través de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

⁸⁰ Aubert, C., Rey, P. & Kovacic, W. (2006), “The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, no. 6, pp. 1241-1266.

promueve las reuniones en persona, evitando el uso de documentos o mecanismos de comunicación telemáticos, lo que incrementa el coste de manejar estos cárteles.

2.2. Aumento de la probabilidad de detección

Los programas de clemencia están diseñados para animar a las empresas que han participado en cárteles a que informen por sí mismas de su participación a las autoridades de competencia a cambio de una reducción de las multas o la inmunidad judicial. Es precisamente por esto por lo que aumentan la probabilidad de detección y sanción de los cárteles, principalmente por tres motivos⁸¹:

- Al proporcionar un incentivo a las empresas que soliciten clemencia, ya sea multas reducidas o inmunidad judicial, los programas de clemencia animan a las empresas a denunciar su participación en cárteles. Esto aumenta la probabilidad de que los cárteles sean detectados y sancionados, ya que es más probable que las empresas acudan a las autoridades cuando tienen algo que ganar y mucho que perder en el caso de que otra empresa decida pedir clemencia antes que ellos.
- La exigencia de cooperación obliga a que faciliten información detallada sobre el cártel, incluida su estructura, miembros y actividades. Esta información puede ser utilizada por las autoridades de competencia para construir un caso contra el cártel y el resto de los participantes. Esto conlleva un incremento de la probabilidad de detección y sanción de los cárteles al proporcionar a las autoridades pruebas a las que no podrían haber accedido de otro modo.
- Los programas de clemencia a menudo implican la cooperación entre las autoridades de competencia de diferentes jurisdicciones. Esto puede conducir a un mejor intercambio de información y coordinación entre las autoridades, lo que

⁸¹ Harsanyi, J. & Selten, R. (1988), "A General Theory of Equilibrium Selection in Games", Cambridge: MA, *MIT Press*.

puede aumentar la probabilidad de detección y sanción de los cárteles internacionales.⁸²

2.3. Reducción de la sanción esperada

Sin embargo, los programas de clemencia no solo tienen un efecto positivo en cuanto a evitar la creación de futuros cárteles. El establecimiento de reducciones de las multas, o incluso exenciones, a cambio de cooperar con las autoridades implica que la sanción esperada por los miembros del cártel se ve reducida, por lo que el coste efectivo de participar en un cártel puede verse reducido. Esto implica que existe un posible efecto negativo en la función disuasoria *ex ante* de los programas de clemencia al verse amortiguado el efecto de las multas por una posible reducción en caso de otorgarse clemencia.⁸³

Cabría pensar que una forma de evitar este efecto sería agravar las sanciones, resultando por tanto en multas más altas para compensar la posible reducción por los programas de clemencia. Sin embargo, esto no soluciona el problema debido a que ocasionaría una modificación de las decisiones de inversión de las compañías y posibles efectos colaterales que harían ineficaces estos programas.⁸⁴

En resumen, el efecto de los programas de clemencia en la formación de nuevos cárteles es ambiguo y puede depender de varios factores, incluyendo la efectividad del programa, la naturaleza del mercado y la capacidad de las autoridades de competencia para detectar y sancionar prácticas colusorias. Por lo tanto, es importante que estas autoridades diseñen programas de clemencia efectivos que puedan desincentivar la formación de cárteles sin incentivar la creación de nuevos.

⁸² OECD (2022), “Recommendation of the Council Concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings”, OECD/LEGAL/0408.

⁸³ Motta, M. & Polo, M. (2003), “Leniency programs and cartel prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, no. 3, pp. 347-379.

⁸⁴ Padilla, J. & Requejo, A. (2000), “Financial distress, bank debt restructurings, and layoffs”, *Spanish Economic Review*, vol. 2, pp. 73-103.

CONCLUSIONES

Tras el análisis exhaustivo que se ha realizado en el presente trabajo de los programas de clemencia, hemos podido comprobar cómo estos programas son la herramienta más eficaz y fiable para la lucha contra las prácticas colusorias. Estos programas, introducidos en Estados Unidos tan pronto como en 1978, se han extendido por todo el mundo, en especial durante los años noventa y la primera década de los 2000, y se han consolidado como la medida estrella de las autoridades de defensa de la competencia para destruir cárteles y desincentivar el establecimiento de acuerdos anticompetitivos.

En Estados Unidos, como hemos analizado, estos programas adquieren verdaderamente relevancia en 1993, tras la introducción de la estudiada CLP, puesto que se garantizan las exigencias de transparencia y se asegura a los solicitantes de clemencia que recibirán la exención o reducción de la sanción si cumplen las condiciones establecidas. Tras el considerable éxito de estas políticas en Estados Unidos, se introducen en Europa en 1996 y posteriormente se reforman en 2002 y 2006 para aumentar su eficacia. Poco a poco, los Estados miembros de la UE los van introduciendo en sus propios ordenamientos y a España llegan en 2007 mediante la aprobación de la LDC.

Cada Estado difiere en la manera en la que aplica los programas de clemencia, ya sea en el procedimiento que siguen, las condiciones que exigen a las empresas solicitantes o los incentivos a las empresas. Sin embargo, hay una clara tendencia hacia una mayor convergencia entre los mismos a lo largo del Derecho comparado, centrado en aquellos aspectos de los programas que se han podido comprobar que aumentan su efectividad. Esta tendencia hacia procedimientos universales de clemencia se ha visto reforzada con la creación de mecanismos de cooperación internacional entre las distintas autoridades de competencia, siendo especialmente relevante ante los cárteles internacionales.

A su vez, hay ciertos componentes que son característicos de los programas en la gran mayoría de ordenamientos. Por ejemplo, se otorga un incentivo, ya sea la exención plena de la multa o una reducción, para que aquellas empresas partícipes en cárteles acudan a las autoridades, otorguen información relevante para la investigación y cooperen completamente con las autoridades de la competencia. Este incentivo será mayor para las

empresas que primero acudan a las autoridades y, especialmente, si es antes de que se haya iniciado la investigación.

Sin embargo, a la hora de aplicar los programas de clemencia, hemos podido observar que han surgido numerosas cuestiones jurídicas que han suscitado controversia. La principal que hemos podido identificar es la que hemos analizado en este trabajo, la protección del solicitante de clemencia en los procesos civiles de reclamación de daños. La regla general es que existe un deber de cooperación entre las autoridades de la competencia y los tribunales, lo que puede desincentivar a las empresas infractoras a que acudan a las autoridades puesto que las pruebas incriminatorias que entreguen podrían ser usadas en su contra. Sin embargo, ante este evidente problema, como ya hemos podido comprobar, se han introducido medidas para garantizar la confidencialidad de los documentos obtenidos en el marco de una solicitud de clemencia. En la UE, tras el caso de *Pfleiderer* contra *Bundeskartellamt*, el TJUE exige que las autoridades de los Estados miembros balanceen el interés del afectado en garantizar que se le indemnice por los daños causados con el interés del solicitante para que se proteja la confidencialidad.

Esta cuestión se ha estudiado en detalle y ya han surgido múltiples medidas para contrarrestarlo. A su vez, un gran número de investigadores, principalmente economistas, han desarrollado múltiples estudios sobre estos programas y cómo funcionan. En esto nos hemos centrado en la parte final del trabajo, analizando el efecto que tienen los programas en los cárteles existentes y la formación de futuros cárteles. Hemos podido identificar que, mediante la introducción de un componente desestabilizador y la reducción de los costes de investigación, estos programas pueden resultar en la disolución de los cárteles existentes.

En este sentido, se puede aumentar el efecto desestabilizador de los programas aumentando la probabilidad de detección e incrementando la diferencia entre el premio de la primera empresa en pedir clemencia y el del resto. Otra cuestión de interés es el doble efecto de premiar al resto de las empresas que acudan a las autoridades, puesto que aumentan las fuentes de información, aumentando la calidad de las pruebas, pero resultando en detrimento para el efecto desestabilizador previamente mencionado dado que reduce el incentivo de la primera empresa en pedir clemencia, puesto que siempre pueden pedirla, incluso aunque alguien ya haya solicitado clemencia.

Por último, el efecto disuasorio de estos programas no es tan evidente como parece. Por un lado, como hemos podido comprobar, estos programas aumentan los costes de coordinación y la probabilidad de detección, que dificultan drásticamente la formación y el mantenimiento de los cárteles. Por otro lado, en teoría los programas de clemencia son un beneficio que están obteniendo empresas que han cometido infracciones contra la competencia, por lo que aumenta la rentabilidad efectiva de participar en un cártel. Por tanto, el efecto sobre la formación de cárteles es incierto y solo el paso del tiempo podrá asegurar la eficacia real que tienen estos programas en la desincentivación de la creación de cárteles.

Los programas de clemencia se han asentado como las mejores herramientas contra las prácticas anticompetitivas. El ejemplo de Estados Unidos y de la UE han sido pruebas evidentes de que son un paso a favor de conseguir una competencia perfecta en el mercado. Sin embargo, economistas y juristas deberán trabajar juntos para solventar aquellas cuestiones de vital importancia que sirven para aumentar la eficacia de los programas de clemencia y proteger los derechos de todos los involucrados.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

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

Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas. DOUE. C 207/04, de 18 de julio de 1996.

Constitución Americana, Quinta Enmienda.

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE-L-2014-83627.

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, DOUE-L-2019-30517.

Justice Manual, Title 7, 7-3.300 - Antitrust Division Leniency Policy and Procedures

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4 de julio de 2007).

Pub. L. no. 108-237, Tit. II, 118 Stat. 661 (22 de junio de 2004), Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act.

Pub. L. no. 111-190 § 1, 124 Stat. 1275 (9 de junio de 2010).

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE 27 de febrero de 2008).

Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOUE. C 1/1, de 4 de enero de 2003.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. DOUE. C 326/47, de 26 de octubre de 2012.

2. JURISPRUDENCIA

Conclusiones del Abogado General Sr. Jan Mazak, presentadas el 16 de diciembre de 2010, el asunto Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt (C-360/09), ECLI:EU:C:2010:782.

Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 – Camiones).

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de junio de 2011. Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt. Petición de decisión prejudicial: Amtsgericht Bonn - Alemania. Competencia. Asunto C-360/09, ECLI:EU:C:2010:782.

Stolt-Nielsen v. U.S., 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006).

United States v. AU Optronics Corp., no. CR 09-0110 SI (N.D. Cal. Jan. 11, 2012).

3. OBRAS DOCTRINALES

Aubert, C., Rey, P. & Kovacic, W. (2006), “The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, no. 6, pp. 1241-1266.

Barnett, T., Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice (2004), “Antitrust Enforcement Priorities: A Year in Review”, *ABA Section of Antitrust Law Fall Forum*. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206455.htm>.

Borrell, J., García, C., Jiménez, J. & Ordóñez de Haro, J. (2019), “25 Years of Leniency Programs: a Turning Point in Cartel Prosecution”, *CPI Antitrust Chronicle*.

Brenner, S. (2009), “An empirical study of the European corporate leniency program”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 27, no. 6, pp. 639-645.

CNMC. “Programa de Clemencia: Lucha contra Cáteles”.

Fernández, I. & Castro, N. (2021), “Competition criminal law: an international and global trend?”, *Globalization and its Socio-Economic Consequences 2020, SHS Web of Conferences*, vol. 92.

Funta, R. (2012), “Legal and Economic Analysis of Cartels, their Enforcement and the Leniency Program”, *Danube, Law and Economics Review* 2. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3071046>.

García, C. (2018), “¿Merece la Pena Participar en un Cártel? Un Análisis de las Empresas Cartelizadas en España (1995-2014)”, *European University Institute*, PhD Thesis, Department of Economics. Disponible en <http://hdl.handle.net/1814/59224>.

Ghosal, V. & Sokol, D. (2014), “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 57, no. S3, The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics, pp. S51-S65.

Ginsburg, D., & Wright, J. (2010), “Antitrust Sanctions”, *Competition Policy International*, vol. 6, no. 2, pp. 3-39.

Gutiérrez, A. & Guerra, A. (2011), “Primeras Experiencias en la Aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario 2011, pp. 135-141.

Hammond, S. (2010), “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”, *The 24th Annual National Institute on White Collar Crime*, Department of Justice.

Harrington, J. (2005), “Detecting cartels”, *Working Paper*, no. 526, The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore, MD.

Harsanyi, J. & Selten, R. (1988), “A General Theory of Equilibrium Selection in Games”, Cambridge: MA, *MIT Press*.

Jaspers, J.D. (2020), “Strong by concealment? How secrecy, trust, and social embeddedness facilitate corporate crime”, *Crime Law Soc Change*, vol. 73, pp. 55–72. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09847-4>.

Jiménez, V. (2015), “La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, pp. 151-174.

Kaplow, L. & Shavell, S. (1994), “Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior”, *Journal of Political Economy*, vol. 102, no. 3, pp. 583-606.

Klein, G. J. (2010), “Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence”, *ZEW (Centro para la Investigación Económica Europea)*.

Motta, M. & Polo, M. (2003), “Leniency programs and cartel prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, no. 3, pp. 347-379.

Mueller, T. & Evans, G. “ACPERA and the Value of Uncertainty”.

Mullainathan, S. (2002), “A Memory-Based Model of Bounded Rationality”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, no. 3, pp. 735-774.

OECD (2001), “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, *Policy Brief*.

OECD (2002), “Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”, París.

OECD (2002), “Hard Core Cartels – Harm and Effective Sanctions”, *Policy Brief*.

OECD (2015), “Relationship between Public and Private Enforcement”, DAF/COMP/WP3(2015)14.

OECD (2022), “Recommendation of the Council Concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings”, OECD/LEGAL/0408.

OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2018), “Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the

Secretariat”, *Working Party no. 3 on Co-operation and Enforcement*, DAF/COMP/WP3(2018)1.

Padilla, J. & Requejo, A. (2000), “Financial distress, bank debt restructurings, and layoffs”, *Spanish Economic Review*, vol. 2, pp. 73-103.

Padilla, J., Requejo, A., & Watson, N., “Una Perspectiva Económica de la Política de Clemencia”.

Rabin, M. (2002), “A Perspective on Psychology and Economics”, *European Economic Review*, vol. 46, no. 4-5, pp. 657-685.

Spagnolo, G. (2005), “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, *Stockholm School of Economics Consip Spa, and C.E.P.R.*

Stephan, A. & Nikpay A. (2014), “Leniency Theory and Complex Realities”, *Centre for Competition Policy*, Working Paper no. 14-8. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2537470>.

US Department of Justice, Antitrust Division. “Antitrust Division Manual”, quinta edición, 2015.

Vidal, P., Uría Menéndez, “Programas Español y Comunitario de Clemencia”.

Wils, W. (2017), “Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, vol. 40, no. 1, pp. 3-46.

Won, S. (2020), “An Improvement of Leniency Programs Where There Exists the Coordination Problem”. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3554793>.

Zingales, N. (2008), “European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?”, *The Competition Law Review*, vol. 5, no. 1, pp. 5-60.

4. RECURSOS DE INTERNET

“Congress Reauthorizes ACPERA and Repeals Sunset Provision”, *O’Melveny*, 17 de julio de 2020.

Encuesta elaborada por Brussels Matters. "The European antitrust leniency calculus c.2016: ¿still worth it?" (Bruselas, 16 de junio de 2016). Disponible en http://www.brusselismatters.eu/index.html?page=489&sz_event=Leniency16.

Huston, P., “United States v AU Optronics et al”, *Sidley Austin LLP*, 9 de noviembre de 2017.

López, M., “La Comisión Europea lanza eLeniency: Procedimientos de clemencia, transacción y cooperación online”, *Cuatrecasas*, 15 de abril de 2019.

Preguntas frecuentes sobre “Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters Update” publicado el 26 de enero de 2017. Disponible en www.justice.gov/atr/page/file/926521/download.