



FACULTAD DE DERECHO

LA PROBLEMÁTICA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LOS DAÑOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL

Autor: Javier García de Fuentes de Orbe

5º E3 B

Área de Derecho de la competencia

Tutor: Rafael Budi Hurtado

Madrid

Abril 2023

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Resumen.....	4
Palabras clave.....	4
Abstract.....	5
Key words.....	5
Acrónimos	6
1 INTRODUCCIÓN	7
1.1 Las prácticas prohibidas.....	7
1.2 Los cárteles.....	9
2 LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA.....	11
2.1 Características y objetivos del programa de clemencia	11
2.2 Origen en el derecho estadounidense.....	13
2.3 Régimen y evolución en el derecho europeo.....	15
2.4 Régimen y particularidades en el derecho español	18
2.5 Efectividad de los programas de clemencia comunitario y español	20
3 PROBLEMÁTICA ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS RECLAMACIONES PRIVADAS DERIVADAS DE LOS ÍLICITOS ANTITRUST:.....	22
3.1 Divergencias entre las acciones públicas y privadas: origen de una problemática	22
3.2 Acceso a los documentos de los programas de clemencia	24
3.2.1 <i>Análisis de la sentencia sobre el asunto Pfeiderer.....</i>	<i>24</i>
3.3 Régimen de responsabilidad: la cuantía indemnizatoria en las acciones privadas.....	27
3.4 Solución europea: Análisis e implicaciones de la Directiva de daños	29
3.4.1 <i>Régimen especial de acceso a las pruebas provenientes de las declaraciones de clemencia</i>	<i>30</i>
3.4.2 <i>Régimen especial de responsabilidad del beneficiario de exención del programa de clemencia</i>	<i>33</i>
3.5 Derivación en la legislación española.....	37
3.5.1 <i>Régimen de responsabilidad por daños antitrust anterior al Real Decreto-ley 9/2017 38</i>	
3.5.2 <i>Problemática de su aplicación temporal: cártel de los sobres de papel.....</i>	<i>41</i>
4 CONCLUSIONES	47
5 BIBLIOGRAFÍA.....	51

Resumen

Los programas de clemencia se han convertido en el mejor mecanismo de las autoridades de la competencia para luchar contra los cárteles empresariales. Sin embargo, su efectividad ha sido cuestionada por los problemas que plantea con las reclamaciones privadas por daños y perjuicios. Los beneficiados de clemencia se exponen a ser el principal objetivo de las demandas y a tener que responder de igual manera que el resto de infractores. Ante esta situación, la Unión Europea desarrolló la Directiva de daños de 2014 donde trata de conjugar los programas y las demandas civiles. En la Directiva se regula un nuevo régimen de acceso a los documentos de los solicitantes de clemencia y un nuevo régimen de responsabilidad para el beneficiario de exención. El objetivo de este trabajo es valorar si la Directiva de daños ha satisfecho de forma equilibrada tanto a los reclamantes civiles como a los solicitantes de clemencia, habida cuenta que un desequilibrio en la regulación puede colocar a una de las partes en una situación muy desprotegida. Adicionalmente, el trabajo valora los dos conflictos que ha provocado en el ordenamiento español la trasposición de la Directiva de daños: (i) la modificación del régimen de responsabilidad de los cartelistas y (ii) régimen transitorio aplicable durante la trasposición.

Palabras clave

Programa de clemencia, beneficiario de exención, reclamación privada, cartel, efectividad, régimen de responsabilidad

Abstract

Leniency programs have become the best mechanism for competition authorities in their fight against business cartels. However, their effectiveness has been questioned due to the problems they have with private claims for damages. Clemency beneficiaries are exposed to being the main target of lawsuits and having to respond in the same way as the rest of the violators. In response to this situation, the European Union developed the 2014 Damages Directive, which seeks to combine leniency programs and civil claims. The Directive regulates a new regime for access to the documents of leniency applicants and a new regime of liability for the exemption recipient. The objective of this work is to understand if the Damages Directive has satisfied both civil claimants and clemency applicants, given that an imbalance in the regulation can place one of the parties in a very unprotected situation. Additionally, the work evaluates the two conflicts that the transposition of the Damages Directive has caused in the Spanish legal system: the modification of the liability regime of cartelists and the transitional regime applicable during transposition.

Key words

Leniency program, exemption beneficiary, private claim, cartel, effectiveness, liability regime

Acrónimos

ACPERA: *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*

ADVEO: Adveo Group International

CC: Código Civil

CNC: Comisión Nacional de Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

D.T.: Disposición Transitoria

LDC: Ley de defensa de la competencia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

RAC: Red de Autoridades de Competencia

RD: Real Decreto-ley 9/2017

RDC: Reglamento de Defensa de la Competencia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca analizar la problemática entre los programas de clemencia y las reclamaciones privadas por daños y perjuicios.

En el derecho público, como se verá, el programa es la herramienta más eficaz empleada por las autoridades de la competencia para luchar contra los cárteles empresariales.

En el ámbito privado, los sujetos que han sufrido un daño por un cártel tienen el derecho de reclamar una indemnización a los cartelistas. Sin embargo, si la cartelista beneficiaria de clemencia se acoge a un programa de clemencia se acaba convirtiendo en objetivo de la mayoría de demandas. Es por ello, que, en vistas a mantener atractivo al programa, los ordenamientos jurídicos deben actualizarse, para así garantizar el uso y efectividad del programa.

En este sentido, el siguiente documento aborda las soluciones de la Unión Europea para conjugar programas de clemencia con las reclamaciones civiles, teniendo en cuenta que el legislador no puede favorecer excesivamente a uno, en perjuicio del otro. Adicionalmente, se trata las controversias que ha generado la trasposición de la “solución” europea en España.

En definitiva, el objetivo principal del trabajo será ver la conjugación que ha logrado la UE entre programa y reclamación privada.

1.1 Las prácticas prohibidas

En el campo de la competencia empresarial, existen ciertas prácticas y acciones que están prohibidas por la ley ya que buscan manipular la competencia. En el ordenamiento español, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, “LDC”) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, “RDC”) establecen las normas legales para regular estas prácticas. En el ámbito europeo se debe seguir lo establecido en los artículos 101 a 103 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”),

de 30 de marzo de 2010, y el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

Tanto en la legislación española como en la europea, se consideran ilegales las prácticas colusorias (arts. 1 LCD y 101 TFUE), a menos que se cumplan ciertas condiciones establecidas en las leyes, como contribuir a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios, fomentar el progreso técnico o económico. Además, se deben cumplir con los requisitos del apartado 3 del art. 1 LDC. Tampoco estarán prohibidas si cumplen con lo dispuesto en el art. 101.3 TFUE.

Existen varias señales que pueden indicar la presencia de colusión empresarial. Por ejemplo, el aumento del precio de un bien o servicio más allá de su coste marginal (el conocido como *Markups*), la uniformidad de precios entre empresas (siempre que sea resultado de un acuerdo), correlación negativa entre precios y demanda, mayores precios durante fases expansivas del ciclo económico, movimientos simultáneos de precios, reducción en la cantidad de categorías de precios o productos, eliminación de políticas de descuentos y ventas, cambios estructurales como guerras de precios, uniformidad en los precios de servicios complementarios, ajustes asimétricos de precios a costes y cuotas de mercado estables y reparto del mismo. En definitiva, las prácticas homogéneas o simétricas entre las empresas de un sector específico pueden ser una señal de colusión.

La segunda práctica prohibida es el abuso de posición dominante (arts. 2 LDC y 102 TFUE) que consiste en: la imposición de precios u otras condiciones de manera directa o indirecta, la limitación de la producción, la distribución o la innovación técnica, la negativa injustificada a satisfacer la demanda, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o la subordinación de contratos a otras prestaciones.

En último lugar, el art. 3 LDC habla del falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Se trata de aquellos comportamientos que limitando la libre competencia afecten al interés público. A este tipo de conductas no va destinado los programas de clemencia.

Las conductas descritas estarán prohibidas por el Derecho de la competencia salvo que se trate de casos de escasa importancia, que no se perseguirán.¹ No obstante, para el presente trabajo, la aplicación de los programas de clemencia recae exclusivamente contra las prácticas colusorias, y en concreto, contra la más famosa de ellas, los cárteles.²

1.2 Los cárteles

Pese a ser muchas las definiciones de cártel, parece acertada la aportada por AMADEO PETITBÒ, pues recoge los efectos que en la práctica tienen. Según el Catedrático de Economía el cártel *“consiste en una asociación (voluntaria o inducida) de empresas (compradoras o vendedoras de bienes y servicios; competidores reales o potenciales) que, explícitamente, coordinan sus decisiones en relación con los precios, cantidades o cualquier otra variable, contribuyendo a alterar de forma significativa y durante un periodo de tiempo suficientemente largo el funcionamiento de la libre y leal competencia en cualquier mercado relevante en perjuicio del bienestar del consumidor”*.

Las características esenciales son tres: que haya una coordinación, un impacto sobre el mercado y una relevancia temporal, ya que sino hablaríamos de otra práctica colusoria.³ Las señales que delimitan un cártel aparecen fijadas en la Disposición adicional cuarta de la LDC y son, entre otras: la fijación o coordinación de precios, el reparto y asignación de cuotas 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.⁴

Pese a conocerse los indicadores de existencia de un cártel, el gran problema que presentan es su secretismo. La existencia de una “tendencia de los competidores a conspirar” como ADAM SMITH asegura, se debe a que los beneficios que obtienen las

¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4 de julio de 2007)

² Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia (BOE 16 de agosto de 2013)

³ Petitbò, A. “Cárteles: Obsesión sin análisis”, en *Anuario de la Competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 20-25

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

empresas son muy superiores formando un cártel que si compitiesen libremente. Es por ello que las autoridades nacionales de la competencia deben buscar mecanismos que limiten dicha práctica.

El instrumento más claro parece la imposición de una cuantiosa multa, consiguiendo que el riesgo a ser descubierto y sancionado sea superior a la posibilidad de obtener mayores beneficios mediante el cártel. Sin embargo, no es el único mecanismo, pues la cooperación entre autoridades de la competencia y empresas cartelistas, que pretenden la inmunidad de sanción, ha llevado a lo que denominamos como Programas de clemencia.⁵

⁵ Ilundáin Fantova, S. *Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la competencia*, en Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2002, p. 6

2 LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

2.1 Características y objetivos del programa de clemencia

“No hay honor entre ladrones” – “No honor among thieves”

Este aforismo, que se originó en Inglaterra en el siglo XIV define perfectamente el fundamento de los programas de clemencia, pues señala que las personas que cometen actos inmorales entre sí, no pueden confiar en la lealtad o respeto mutuo.

Los programas de clemencia consisten en descuentos sobre las sanciones que reciben algunos infractores pertenecientes a un cártel si reconocen su participación en el mismo y cooperan activamente con las autoridades nacionales de la competencia para desmantelarlo.

Los rasgos más relevantes del programa de clemencia son:

- a) Es factible obtener rebajas en las multas, tanto antes como después de una investigación. Sin embargo, el descuento es mayor si una compañía proporciona información a la autoridad antes de que esta tenga evidencia de actividades ilegales.
- b) El primer individuo que informa suele recibir el trato más favorable, que incluye la inmunidad total. A esta empresa se le conoce como beneficiaria de la exención.
- c) Para recibir inmunidad, el informante no puede haber coaccionado a otras empresas para que se unan al cártel.
- d) Después de empezar a cooperar con la autoridad de la competencia, la empresa informadora, debe dejar de participar en el cártel y seguir cooperando plena y continuamente.⁶

Los programas de clemencia existen para dar una protección superior al Derecho de la competencia. Cuando el riesgo de la cartelista a ser descubierta y sancionada sea mayor

⁶ Padilla, J; Requejo, A, Watson, N. “Una perspectiva económica de la política de clemencia”, *Fundación Rafael Del Pino*, (disponible en https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-16_Una_perspectiva_economica_politica_clemencia-Varios_autores.pdf; última fecha de consulta: 3 de abril de 2023)

que los beneficios extraordinarios que le proporciona el cártel, este no se creará. No obstante, una vez formado, los incentivos para denunciarlo, y, que hacen exitoso al programa de clemencia, son:

La eficacia, en la persecución y sanción, de las autoridades nacionales de la competencia. Para que sea atractivo el programa de clemencia, las empresas partícipes en el cártel deben sentir que las probabilidades de ser descubiertas y sancionadas son altas.

La amenaza por la cuantía de la sanción incentiva a los participantes a colaborar y denunciar la existencia del cártel, lo que puede resultar en reducciones en la multa impuesta. Estas, son proporcionales a los beneficios obtenidos por el cártel⁷ y no incluyen los daños por reclamaciones privadas (aspecto que trataremos más adelante y centro de este trabajo). Además, las autoridades de competencia pueden imponer sanciones personales a los directivos involucrados en la creación del cártel, lo que puede resultar en consecuencias penales. Por otro lado, la reducción estará ligada a la calidad y relevancia de la información facilitada, el orden en el que se aporta, si permite abrir una investigación o es adicional a una ya en curso...

Y, finalmente, el propio diseño que tenga el programa de clemencia. Pese a que su existencia ya genera desconfianza entre los cartelistas, de su configuración dependerá que sea más o menos exitoso. Se destacan cinco cuestiones:

Así, el primer aspecto a considerar es el número de miembros del cártel que pueden beneficiarse del programa de clemencia. Por lo general, la exención total se otorga al primer participante que denuncia la existencia del cártel, mientras que se ofrecen reducciones significativas a aquellos cartelistas que proporcionen información relevante y útil para probar la existencia del cártel.

El segundo es la cuantía de reducción como resultado de acogerse al programa. Aunque cambia dependiendo del estado, con carácter general, al primero se le exime de multa y

⁷ Téngase en cuenta que la relevancia en el tiempo es uno de los aspectos clave de los cárteles y, por tanto, la cuantía de las multas suele ser muy elevada.

se ofrece reducción del 50%, 30% y 20% a los siguientes colaboradores, en función del orden en el que aportaron sus pruebas.⁸

El tercer punto es la diferencia temporal que hay entre el momento en el que pueden acogerse al programa y el momento en el que se comunica la exención o reducción. Por lo general, la resolución de la autoridad nacional de la competencia se realiza cuando cuenta con suficiente información.

En cuarto lugar, es importante la seguridad jurídica de las empresas colaboradoras. Deben tener la certeza de que saldrán beneficiadas por acogerse al programa. Un proceso poco transparente disminuye la confianza que los cartelistas puedan tener respecto del programa de clemencia y su efectividad se reducirá.

El último principio básico, para que tengan éxito los programas de clemencia, es su conjugación con las reclamaciones privadas por daños y perjuicios. Las divergencias entre las acciones privadas y públicas respecto al programa de clemencia han causado que acogerse al mismo pueda llegar a no sea rentable. Se han identificado dos problemáticas con los perjudicados civiles que han hecho que el programa pierda atractivo.⁹

Estas problemáticas, así como la solución tomada por la UE y su trasposición al ordenamiento español son el objetivo del trabajo y serán analizadas en el Título III.

2.2 Origen en el derecho estadounidense

Los programas de clemencia tienen su origen en los estudios de la teoría de juegos¹⁰, pero se parecen más a los programas de delación utilizados por la mafia italiana, conocidos

⁸ Varela González, J.A. “Características y situación actual de la política de clemencia”, en Cuadernos Europeos de Deusto (coord.) *Política de competencia: descentralización y reforma en la UE y en España*, vol. 38, Bilbao, 2008, pp. 203-247

⁹ Varela González, J.A. *Ibid.*: pp. 203-247

¹⁰ La teoría de juegos se basa en elegir una estrategia considerando lo que pensamos que los demás van a hacer, sabiendo que ellos también actuarán pensando en nuestras acciones. Un ejemplo famoso en este campo es el "Dilema del prisionero", que pertenece a la categoría de juegos llamados "Equilibrio de Nash". Este ejercicio concluye que, cuando se piensa de forma individual, cada prisionero elige la estrategia que le beneficia más a él, en lugar de pensar en el beneficio común.

como “*leggi sui pentiti*”¹¹. La primera vez que se pusieron en práctica fue en EE.UU. en 1973, con el objetivo de descubrir prácticas anticompetitivas mediante la concesión de inmunidades a cambio de información privilegiada. Sin embargo, este primer programa no fue muy efectivo, ya que solo se aceptaban denuncias previas al inicio de la investigación y la concesión de inmunidades estaba a discreción de las autoridades. Por estas razones, las empresas no estaban dispuestas a delatar sin tener asegurada previamente la concesión de inmunidad, lo que limitó el éxito del programa.

No sería hasta 1993 cuando el Departamento de Justicia de EE.UU. introdujo el “*US Corporate Leniency Program*”, que permitía a cualquier cartelista denunciar y obtener beneficios aunque el caso estuviera en curso y no hubiera pruebas suficientes de existencia de cártel. Su éxito para generar desconfianza en los cárteles y obtener información de ellos fueron las principales razones por las que gradualmente se incorporó en la legislación de competencia de muchos países.¹²

El programa estadounidense se caracteriza por conceder una exención total y automática a aquella empresa que delate la existencia de un cártel sin existir una previa investigación por la autoridad competente. La amnistía también se puede conceder cuando la investigación esté en curso, pero no será automática.

Por su parte, la inmunidad no solo se aplica a la empresa como persona jurídica, sino que también se extiende a sus trabajadores que hayan participado de manera directa en el cártel. Los empleados se benefician de que el programa de clemencia cubre la responsabilidad penal que pudiesen tener.¹³

Las infracciones del Derecho de competencia estadounidense son consideradas delitos. Analizando cronológicamente del avance de las sanciones en EE.UU, cuando se estableció el primer programa en 1973, las sanciones máximas para empresas eran de un

¹¹ Programa para aquellos sujetos habiendo formado parte de organizaciones criminales o terroristas, tras ser arrestados deciden colaborar con la policía y las autoridades judiciales para tener una reducción de la pena. Esta es la figura conocida como “chivato”.

¹² Borrell Arqué, J.R.; Jiménez González, J.L.; Ordóñez de Haro, J.M. *Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia*, ICE, núm. 876, 2014, pp. 17-36

¹³ Sánchez Navarro, D. *Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con Estados Unidos*, Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 16-17

millón de dólares y para los individuos responsables de hasta 100 mil dólares. Para 2004, las sanciones máximas por formar parte de un cartel eran de 100 millones de dólares para empresas, y para los individuos un millón de dólares y hasta 10 años de cárcel.¹⁴

En cuanto al éxito que ha tenido la creación del programa de clemencia, la suma de las sanciones impuestas entre 1987 y 1996 por cárteles internacionales no llegaba a los 300 millones de dólares, mientras que los dos años siguientes, con la aparición del programa como tal, la cuantía era de 472 millones de dólares. Siguiendo con esa progresión ascendente, en 1999, las multas eran de más de 1.100 millones de dólares.¹⁵

2.3 Régimen y evolución en el derecho europeo

El programa de clemencia de la UE está basado en el estadounidense, pero presenta algunas diferencias sustanciales. Así, de igual manera, se concede una exención total de la multa a dos tipos de solicitantes: (i) el primero en revelar su participación en un cartel proporcionando información y pruebas que permitan a la Comisión llevar a cabo una inspección que sin las declaraciones no podría realizar y (ii) aquel que sea el primero en proporcionar la información y pruebas necesarias, cuando la Comisión no tenga suficientes pruebas en ese momento para continuar con la investigación.¹⁶

Por su parte, encontramos cuatro importantes diferencias que introdujo la Comisión frente al programa de clemencia de EE. UU. En primer lugar, en la UE no existe la amnistía total y automática, sino que habrá un procedimiento sancionador y una resolución. Para que sea efectiva la exención de la multa, la Comisión deberá emitir una decisión donde especifique que al solicitante de clemencia se le ha concedido la inmunidad. En segundo lugar, el régimen comunitario no cubre a los directivos y trabajadores de las empresas acogidas al programa de clemencia, los cuales no están eximidos de responsabilidad penal -si la hubiera-. En tercer lugar, en la UE el programa cubre tanto al primer solicitante como a los subsiguientes delatores, siempre y cuando aporten nueva información con valor añadido a la Comisión. Estos solicitantes no se beneficiarán de la exención, sino de

¹⁴ Panchnou, D. *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by the United States*, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2018, pp. 3-4

¹⁵ Ilundáin Fantova, S. *op. cit.*, p. 12

¹⁶ Kloub, J. "Latin American Competition Forum: session 1: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels", en *Latin American Competition Forum OECD*, Santiago de Chile, 2009, pp. 67-148

una reducción. Finalmente, y a diferencia de EE. UU, la UE si que permite que se acojan a la clemencia las empresas cartelistas que sean líderes.¹⁷

La implementación de los programas de clemencia en la UE ha sido un proceso dividido en tres fases, cada una de ellas correspondiente a una Comunicación distinta de la Comisión en la que introducía novedades y actualizaciones al régimen de clemencia, hasta llegar al actual que tenemos.

La primera vez que se introdujo en la UE fue en 1996, aunque no estaría vigente hasta 1998, mediante la Comunicación de la Comisión (2001/C 205/05)¹⁸. En ella se introducían reducciones de entre el 10% y el 100%, de acuerdo con el momento en el que se proporcionaba la información (antes o después del inicio de la investigación) y el tipo de prueba proporcionada.

Sin embargo, este primer sistema fracasaría parcialmente por dos motivos. En primer lugar, por la escasa reducción aplicada en caso de acogerse al programa. En segundo lugar, por la discrecionalidad de la autoridad de la competencia en decidir la reducción y la poca transparencia que había en el proceso, no había una verdadera comunicación activa entre Comisión y empresa delatora.

A pesar del relativo fracaso, desde que entró en vigor hasta el siguiente régimen de clemencia europeo, de las 47 multas impuestas por cárteles a 37 de ellas se les había aplicado el programa de clemencia.¹⁹

En 2002, la Comunicación de la Comisión (2002/C 45/03)²⁰ introdujo dos mejoras de eficiencia del procedimiento. La primera fue que una vez otorgadas las pruebas se concedía la inmunidad provisional la cual podía ser revocada por la Comisión en cualquier momento posterior. La segunda fue una alineación de las reducciones con el

¹⁷ Borrell Arqué, J.R; Jiménez González, J.L; Ordóñez de Haro, J.M. *op. cit.*, pp. 17-36

¹⁸ 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 del 18 de Julio de 1996 (2001/C 205/05)

¹⁹ Padilla, J; Requejo, A, Watson, N. *op. cit.*, pp. 365-367

²⁰ Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel (2002/C 45/03)

momento en que la información se aportaba; es decir, se tenía en cuenta el orden de llegada.²¹

El nuevo régimen introducido en 2002 supuso un “cambio estructural” en lo que solicitudes de acogimiento al programa de clemencia se refiere. Hasta diciembre de 2006 se recibieron más de 167 solicitudes, de las cuales la mitad buscaban la exención total.²²

La última actualización de la inmunidad del pago de multas y actual régimen de clemencia europeo se introdujo en 2006 mediante la Comunicación de la Comisión (2006/C 298/11)²³. La reformaba buscaba hacer más transparente el proceso y por ello aclaró la naturaleza de las declaraciones y pruebas que había que aportar y el ámbito de cooperación de los solicitantes. Adicionalmente, se concedieron reducciones a las empresas que reconociendo las pruebas que tenía en su posesión la Comisión, se comprometían a abonar la sanción correspondiente.²⁴

Según los últimos datos de la Comisión, desde el nuevo régimen de 2006, se han recibido más de 550 solicitudes de clemencia y se han sancionado 54 cárteles incoados a partir de solicitudes de clemencia.²⁵

A la vista de los datos, podemos asegurar que el programa de clemencia ha sido un éxito en la lucha contra los cárteles empresariales. La solicitud de inmunidad se ha convertido en el principal mecanismo con el que cuenta la Comisión para descubrirlos y sancionarlos y desde la perspectiva del Derecho público parecen tener un encaje muy positivo. Queda analizar como está comportándose el programa con las acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios.

²¹ A la segunda empresa se le concedía una reducción de entre el 30%-50%, a la tercera de entre el 20%-30% y a las siguientes de entre el 0-20%

²² Padilla, J; Requejo, A, Watson, N. *op. cit.*, pp. 365-367

²³ Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 8 de diciembre de 2006 (2006/C 298/11)

²⁴ Padilla, J; Requejo, A, Watson, N. *op. cit.*, pp. 365-367

²⁵ Podesta, A; Tsoni, M; Ferreira, N. “Antitrust: la Comisión ofrece orientaciones sobre su política y su práctica en materia de clemencia”, *Comisión Europea-Comunicado de prensa*, 2022 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_6373; última consulta 4 de abril de 2023)

2.4 Régimen y particularidades en el derecho español

Si bien, antes queda analizar cómo se ha encuadrado el programa de clemencia en el Derecho de competencia español. Como no podía ser de otra manera, se incorpora en el Título V de la LDC, su régimen sancionador, del cual son relevantes para el programa de clemencia los artículos 65 y 66. La misma LDC considera la creación de cárteles como una infracción muy grave cuyas multas pueden llegar a ser del 10% del volumen del negocio total de la cartelista en el ejercicio inmediatamente anterior.²⁶

El programa se presenta como una exoneración o reducción en el pago de la multa a la que se enfrenta la empresa o persona física partícipe en un cártel, siempre y cuando denuncie su existencia, aporte pruebas aptas para investigarlo, se comprometa a no seguir formando parte de la práctica colusoria, no desvele a terceros su intención de acogerse al programa y no haya obligado a otras empresas a formar parte del cártel.²⁷

La autoridad española de competencia designada para luchar contra los cárteles y aplicar los programas es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”)²⁸. Desde la introducción del régimen en España la cantidad de inspecciones ordenadas por la CNMC han aumentado. Es importante destacar que este aumento también se debe a una ampliación de los poderes de inspección y sanción otorgados a la CNMC. Además, la colaboración y cooperación con la Comisión Europea y otros Estados miembros a través de la Red de Autoridades de Competencia (en adelante, “RAC”) ha sido también crucial.²⁹

Aunque el régimen de clemencia español se inspira en el modelo comunitario -por formar parte de la RAC- tiene unas peculiaridades propias.

²⁶ Varela González, J.A. *op. cit.*, pp. 203-247

²⁷ Gutiérrez Hernández, A; Guerra Fernández, A. *Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la comisión nacional de la competencia*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, 2011, pp. 135-141

²⁸ La CNMC fue creada en el año 2013 mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta ley estableció la fusión de varios organismos reguladores que existían hasta entonces: la Comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA).

²⁹ Guzmán Zapater, C. “El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica”, Working Paper IE Law School, Madrid, 2012, pp. 1-24

La primera de ellas era la definición del concepto de “cártel”. Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que trasponía la Directiva de daños de 2014, la Disposición adicional cuarta de la LDC contemplaba una definición muy limitada. Solo se consideraba cártel a los acuerdos de naturaleza secreta que tuviesen por objeto: “*la fijación de precios, de cuotas de producción o venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*”. Esto suponía que muchas prácticas colusorias, reconocidas como cártel en el Derecho comunitario no eran vistas así en el ordenamiento español.

Así, por ejemplo, los acuerdos de intercambio de información entre competidores eran considerados práctica colusoria, pero no cártel, y, por ende, no podían beneficiarse de clemencia las infractoras.³⁰

Otra particularidad es el orden de recepción de las solicitudes de clemencia. En vistas a ser más transparentes, la CNMC ha dotado de un registro donde se fija la fecha y hora de entrada de la solicitud, fundamental para establecer el orden de llegada y aplicar una reducción u otra. Una vez cubierta la exención de multa³¹, en caso de que se faciliten documentos que aporten un valor añadido a la CNMC en su investigación, se podrá conceder una reducción. De hasta el 50% al primero en aportar este tipo de pruebas, de entre el 20% y 30% para el segundo, y de hasta el 20% para los siguientes (art. 66.1) LDC).³²

La última particularidad es el deber de colaboración con la CNMC, que debe ser de manera “plena, continua y diligente” como indican los arts. 65.2) y 66.1) LDC. Por su parte el art. 52) RDC recoge una lista cerrada de requisitos cuyo cumplimiento supondría que han colaborado con la CNMC. Sin embargo, la CNMC puede solicitar más “cooperación” a los solicitantes incluso cuando no está previsto en el listado del art. 52) RDC. El fundamento es sencillo, el acogimiento al programa de clemencia no implica reconocer haber pertenecido a un cártel, sino aportar pruebas a la autoridad de la competencia que le permitan probar su existencia. La carga de la prueba se invierte y son

³⁰ Gutiérrez Hernández, A; Guerra Fernández, A. *op. cit.*, pp. 138-139

³¹ Recordamos que esta puede concederse al primer solicitante que aporte pruebas antes de que la CNMC comience una investigación, o si no, a falta de este supuesto, al solicitante que aporte pruebas relevantes a la CNMC cuando esta esté investigando un posible cártel y no tenga hasta ese momento suficientes pruebas.

³² Guzmán Zapater, C. *op. cit.*, pp. 5-6

las empresas las que deben aportar pruebas que impliquen declaraciones autoinculpatorias^{33,34}.

2.5 Efectividad de los programas de clemencia comunitario y español

Con todo hay que preguntarse como han sido los resultados de los programas en la lucha contra los cárteles europeos y españoles.

Comenzando con la UE, el programa de clemencia ha sido el instrumento esencial, aplicándose a un 86% del total de sanciones a cárteles. De media, desde 2001 a 2012, del total de procedimientos sancionados, el 47% comenzaron con una solicitud de clemencia. De estas investigaciones iniciadas mediante acogimiento al programa clemencia, más del 70% de han acabado en sanción. Finalmente, en un 60% de las decisiones donde se ha aplicado el programa de clemencia se ha concedido la exención de multa.

En cuanto a la duración del procedimiento de la Comisión, desde que se solicita hasta que se resuelve, se superan los cuatro años. El tiempo en el que está operando un cártel hasta que es descubierto y sancionado es de aproximadamente 7 años, estando implicadas en el cártel un promedio de 9,1 empresas y cuatro Estados miembros.

En España, la CNMC en el periodo de 2010 a 2013 aplicó el programa en el 28% de las sanciones a cárteles. Este menor porcentaje español frente al europeo se pudo deber a cuatro factores: (i) la definición restrictiva de “cártel” de la LDC que limitaba el uso del programa, (ii) que el programa de clemencia comenzó a aplicarse mucho después en España, (iii) el mayor protagonismo y mejores recursos con los que contaba la Comisión frente a la CNMC, que le permitía actuar mejor y (iv) la elevada efectividad de las investigaciones iniciadas de oficio por la CNMC que limitaba el uso del programa, pues se detectaba y sancionaba la conducta anticompetitiva antes.

Por su parte en España, el proceso dura algo más de dos años, pero el tiempo promedio que dura el cártel es de casi 10 años (3 años más que en la UE) y el promedio de cartelistas es de 10,5. Esto se puede deber a que los primeros y más grandes cárteles sancionados en

³³ Serán este tipo de pruebas las que entrarán en conflicto con las reclamaciones privadas, como se verá más adelante.

³⁴ Gutiérrez Hernández, A; Guerra Fernández, A. *op. cit.*, pp. 139-140

España comenzaron mucho tiempo antes de que se recogiera la política de clemencia en nuestro ordenamiento³⁵. Por último, las sanciones impuestas por la CNMC son mucho más reducidas que las impuestas por la Comisión, cuyas multas son hasta 12 veces superiores.³⁶

Sin embargo, a medida que ha ido pasando el tiempo el uso del programa ha crecido significativamente, pudiendo considerarse ya asentado en nuestro Derecho de competencia. Según los últimos datos proporcionados por la CNMC, desde 2014 hasta 2019, de los 35 cárteles sancionados, en 20 de ellos se aplicó la clemencia, lo que implica un 57% de los casos. Además, el 37% de los cárteles sancionados fueron iniciados por una empresa solicitando acogerse al programa.³⁷

Sin duda, una CNMC más experimentada en el uso del programa, un concepto objetivo de “cártel” mucho más amplio y la dotación de mejores recursos para nuestras autoridades de competencia han ayudado a que su aplicación crezca. Se puede concluir que la efectividad del programa a nivel europeo y español es indiscutible y supone el principal mecanismo para detectar y erradicar los cárteles.

³⁵ A modo de ejemplo, el cártel de los sobres de papel del que hablaremos más adelante, tuvo una duración de 34 años.

³⁶ Borrell Arqué, J.R; Jiménez González, J.L; Ordóñez de Haro, J.M. *op. cit.*, pp. 17-36

³⁷ CNMC blog, “Cárteles y Programa de Clemencia, los “básicos” de competencia en cifras”, en *CNMC Blog*, 2019 (disponible en <https://blog.cnmc.es/2019/04/29/carteles-y-programa-de-clemencia-los-basicos-de-competencia-en-cifras/>; última consulta 5 de abril de 2023)

3 PROBLEMÁTICA ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS RECLAMACIONES PRIVADAS DERIVADAS DE LOS ÍLÍCITOS ANTITRUST:

3.1 Divergencias entre las acciones públicas y privadas: origen de una problemática

Analizado el programa de clemencia y viendo sus ventajas y efectividad, se dedican los siguientes apartados a la problemática que pone en riesgo su efectividad frente los cárteles: su difícil conciliación con las reclamaciones privadas por daños y perjuicios.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) ha dejado claro en sentencias como las del caso *Courgae* (C-453/99)³⁸ y *Manfredi* (C-295-298/04)³⁹ que cualquier persona, física o jurídica, ante el daño que hayan sufrido por el incumplimiento de una normativa de defensa de la competencia, tienen pleno derecho en interponer una demanda reclamando daños y perjuicios frente a aquellos que han vulnerado la normativa comunitaria.

El problema fue inicialmente desarrollado por el Libro Verde (*Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁴⁰) y el posterior Libro Blanco (*Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁴¹). El Libro Verde exploraba los retos a los que se enfrentaba la Comisión a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, tanto de las acciones derivadas como independientes. El Libro Blanco

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-453/99, de 20 de septiembre de 2001 [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0453&from=ES>] Fecha última consulta 11 de abril de 2023

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos s acumulados C-295/04 a C-298/04, de 13 de julio de 2006 [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0295&from=ES>] Fecha última consulta 11 de abril de 2023

⁴⁰ Comisión Europea, *LIBRO VERDE: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Comisión, Bruselas 2005, pp. 1-13

⁴¹ Comisión Europea, *LIBRO BLANCO: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Comisión, Bruselas, 2008, pp. 1-14

abordaba la reparación completa de las víctimas por los daños sufridos, con el objetivo de disuadir la comisión de las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Sin embargo, según datos de la Comisión Europea, hace una década solo en uno de cada cuatro casos en donde se habían producido ilícitos de competencia, las víctimas incoaban reclamaciones por daños y perjuicios. Por aquel entonces, las diferencias en los procedimientos, medios de prueba o legislaciones a aplicar de los diferentes Estados miembros hacían muy complicado que las demandas progresasen, lo que acababa beneficiando a las empresas infractoras, que solo recibían una sanción por la vía pública.⁴²

A pesar de ser legítimo el derecho a reclamar, las demandas indemnizatorias chocan frontalmente con los programas de clemencia, dando origen a dos problemáticas..

La primera consiste en el riesgo al que se exponen los beneficiados de un programa de clemencia por el uso de sus documentos autoinculpatorios en las demandas privadas de resarcimiento que se dirigen contra ellos. Las víctimas, acabado y publicado el expediente sancionador de las autoridades de la competencia, pueden identificar fácilmente a las empresas que han reconocido el ilícito, corriendo estas el riesgo de una avalancha de demandas *follow-on*⁴³ por los daños causados. Esto se contempla perfectamente en la sentencia del *Competition Appeal Tribunal* inglés sobre el caso “*Emerson Electric Company and others vs. Morgan Crucible Plc*” de 2007 donde la empresa en cuestión se acogió al pertinente programa de clemencia, lo que provocó que los perjudicados interpusieran con mayor facilidad demandas de resarcimiento.

La segunda problemática versa sobre el régimen de responsabilidad aplicable a los beneficiarios de clemencia. Mientras que algunas tesis apuntan a que deben tener un régimen de responsabilidad semejante al de los demás cartelistas -respondiendo solidariamente-, otras apuntan a la aplicación de un régimen especial.

Si una de las finalidades del programa era generar desconfianza entre los miembros del cártel, ofreciendo una vía de escape muy atractiva a sus integrantes, la posibilidad de que

⁴² Díez de Uré, A; Troncoso Ferrer, M. *La Propuesta de Directiva relativa a las demandas por daños causados por ilícitos de competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Bruselas, 2013, pp. 1-3

⁴³ Acciones de seguimiento que persiguen una tutela privada, son de carácter indemnizatorio y se añaden a la represión previa del ilícito por una autoridad de la competencia

en la vía civil se conozcan las declaraciones autoinculpatorias y deban responder de igual manera que el resto de infractores, reduce la efectividad del programa y favorece a la proliferación de los cárteles. En otras palabras: el programa pierde su atractivo.

Sin embargo, como se introducía anteriormente, la problemática no recae sobre las acciones civiles independientes (*stand-alone claims*), sino sobre las acciones de seguimiento o *follow-on*. Su complejidad es mayor, pues, primero de manera pública y después privada, se está reaccionando contra el mismo ilícito -el cártel-, aplicándose dos sistemas de sanción diferentes. También el riesgo que corren las empresas es superior, pues se exponen a demandas mucho más cuantiosas y con un mayor impacto mediático.

La contradicción que se produce entre el derecho público y el privado, hace que se deban tomar medidas encaminadas a satisfacer a ambas partes. Por un lado, la regulación debe evitar que se conozcan las empresas que se acogen al programa y debe limitar su régimen de responsabilidad. Por el otro lado, la regulación, no pueden perjudicar al demandante que ha reclamado una indemnización por daños y perjuicios y deben garantizar que sea totalmente resarcido por el ilícito *antitrust*.⁴⁴ En otras palabras, debe conseguir un equilibrio.

3.2 Acceso a los documentos de los programas de clemencia

El primer conflicto entre el *private* y *public enforcement* surge por la posibilidad de conocer las declaraciones autoinculpatorias y otros medios de prueba de los solicitantes de clemencia. Mientras que los reclamantes quieren la exhibición de dichos documentos, las empresas beneficiadas pretenden que tengan carácter confidencial. La primera vez que surge este conflicto es en la sentencia sobre el asunto *Pfleiderer*.

3.2.1 Análisis de la sentencia sobre el asunto Pfleiderer

La sentencia del TJUE caso C-360/09, asunto “*Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*”⁴⁵ acaba concluyendo que son los tribunales y jueces de los

⁴⁴ Pérez Fernández, P. “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones derivadas de resarcimiento de los daños derivados de los ilícitos antitrust”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2013, pp. 1-23

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de junio de 2011, caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG* contra *Bundeskartellamt*, [versión electrónica – base de datos <https://eur->

Estados miembros los que, según su ordenamiento interno y el caso particular, deben concretar cuándo se debe dar acceso a la información del que se acogió al programa de clemencia y cuando no. Si bien, siempre ponderando los intereses del Derecho europeo.

La sentencia viene precedida por la multa de 62 millones de euros que en mayo de 2008 interpuso el *Bundeskartellamt* a tres fabricantes de papel decorativo y a cinco personas personalmente responsables, por la fijación de precios y limitación conjunta de las capacidades de fabricación. Para fijar dicha multa la autoridad pública alemana recibió parte de la información y pruebas en el marco del programa de clemencia. *Pfleiderer*, cliente de las empresas que habían compuesto el cártel y afectada por el mismo, solicitó, con intención de interponer una demanda contra los fabricantes⁴⁶, al *Bundeskartellamt* que le proporcionase todo el expediente sancionador.

La autoridad competencial alemana concedió información limitada a *Pfleiderer*: únicamente parte de las pruebas y resoluciones sancionadoras, pero de manera anónima. Ante la escasa información aportada, *Pfleiderer* volvió a solicitar toda la documentación, incluidas las solicitudes de clemencia y la información todavía custodiada por el *Bundeskartellamt*. En esta ocasión, la autoridad pública concedió una versión del expediente donde seguía sin aportar las solicitudes de clemencia ni los secretos comerciales.

Finalmente, la negativa llevó a que *Pfleiderer* recurriese al Juzgado de Bonn las resoluciones incompletas del *Bundeskartellamt*. De acuerdo con el artículo 267 TFUE, el tribunal interpuso cuestión prejudicial haciendo hincapié en los art. 11 y 12 del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, es decir, en la necesidad de colaboración entre las autoridades nacionales y la Comisión Europea en cuanto a defensa de la competencia.

lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0360&from=ES] Fecha última consulta 11 de abril de 2023

⁴⁶ La demanda por daños ascendía hasta los 60 millones de euros

El TJUE, como ya se indicó, contestó que no existía en el Derecho comunitario disposiciones acerca del derecho al acceso a los documentos obtenidos mediante los programas de clemencia a nivel de los Estados miembros. En este sentido, el tribunal, expone que *“corresponde a los Estados miembros establecer y aplicar las normas nacionales sobre el derecho de acceso de las personas perjudicadas por un cártel a los documentos de los procedimientos de clemencia.”* No obstante, el TJUE deja claro que debe respetarse el principio de efectividad del Derecho de la UE⁴⁷, lo que implica que debe mantenerse un equilibrio entre los beneficiados de clemencia y las víctimas reclamantes.⁴⁸ Las normativas nacionales no podían hacer imposible la reclamación privada de los daños, ni prácticamente pública la documentación aportada al solicitar la clemencia.

A juicio del alto tribunal deben interpretarse los programas de clemencia como “instrumentos útiles” para hacer frente a los cárteles por su carácter disuasorio. Así, a la vista de las características del caso, las necesidades de acceder a la documentación o los intereses en juego, deberán los tribunales nacionales, de acuerdo a lo señalado en la norma interna, denegar o permitir el acceso a la documentación de los programas de clemencia.

En este sentido, conviene hacer un pequeño análisis de lo que el Abogado General Mazák del TJUE previamente propuso. En sus conclusiones, distingue entre los documentos que ya existían previamente -los que se encontraban ya en poder de la autoridad de la competencia- y los informes presentados por las empresas con la solicitud de clemencia. Los primeros nunca podrían contar con protección, mientras que los segundos debían indudablemente estar protegidos y, por ende, jamás podrían usarse en las reclamaciones privadas.

El Abogado General concluye que las reclamaciones privadas no puedan beneficiarse de las declaraciones autoinculpatorias ya que esto afectaría al programa de manera negativa e, incluso, al derecho a un proceso equitativo y a

⁴⁷ Las decisiones que tomen los tribunales de los Estados miembros no pueden entorpecer o hacer prestamente imposible el ejercicio de los derechos que sí reconoce el ordenamiento jurídico comunitario.

⁴⁸ Martí Grau, R. *Clemencia y responsabilidad solidaria por los daños de un cartel*, UPF, Barcelona, 2021, pp. 57-62

una tutela judicial efectiva. Al negar el acceso a dichos documentos, el Abogado General Mazák posiciona la aplicación del derecho público sobre la del derecho privado (el derecho a reclamar de las víctimas) con el objetivo de no desincentivar el uso de este programa para destapar los cárteles.⁴⁹

La sentencia del caso *Pfleiderer* deja un marco de interpretación abierto, pues queda a discreción de los Estados miembros la determinación de cuando si y cuando no se puede acceder a la documentación confidencial de los beneficiados de clemencia. Sin embargo, por primera vez se prestaba atención a esta problemática y es el precedente a la solución de la UE.

3.3 Régimen de responsabilidad: la cuantía indemnizatoria en las acciones privadas

El segundo problema entre las acciones privadas y el programa de clemencia recae sobre régimen de responsabilidad aplicable al beneficiado de exención. Es decir, responderá civilmente de igual manera que el resto de cartelistas, o tendrá algún beneficio que le coloque en una posición más favorable.

La cuestión planteada tiene su origen en EE. UU. En su legislación se prevén dos mecanismos para que indemnización y programas de clemencia convivan.

En primer lugar, si la empresa infractora quiere acogerse a la exención de la multa necesita previamente expresar -públicamente- su intención de indemnizar a todos los perjudicados por el ilícito anticompetitivo.⁵⁰

En segundo lugar, *el Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (en adelante, “*ACPERA*”) de 2004 establece que la empresa que ha cooperado satisfactoriamente con los demandantes que le reclaman, puede beneficiarse de indemnizaciones privadas significativamente inferiores. En este sentido, el *ACPERA* señala que solo responden civilmente por los daños objetivamente causados a sus demandantes (daños por cuantía simple) tomando únicamente como referencia las ventas

⁴⁹ Pérez Fernández, P. *op. cit.*, pp.1-23

⁵⁰ Gray, R Spratling. “*The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions*”, Antitrust Division U.S. Department of Justice, Washington, D.C. 1998, pp. 8-11

que han hecho sobre ellos. No tienen que indemnizar por el triple de los daños (*treble damages*) como sucedería en condiciones normales, donde además la cuantía se calcularía sobre las ventas totales de todos los miembros del cártel. Tampoco responderían solidariamente junto al resto⁵¹, solo teniendo que satisfacer a sus demandantes.⁵²

La alternativa que por tanto ofrece el *ACPERA* conjuga perfectamente la aplicación pública y privada de los programas de clemencia. Por un lado, la autoridad de la competencia estadounidense mantiene la efectividad y atractivo del programa. Por el otro lado, el demandante ve como es resarcido por la cuantía que precisamente había “perdido” por la empresa que se acoge al programa de clemencia.

En la UE no había, hasta 2014, un régimen indemnizatorio, en caso de incumplirse su normativa de defensa de la competencia. Indagando entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros hay que mencionar la solución tomada por Hungría. A partir de junio de 2009 estableció que la empresa acogida al programa de clemencia podía abstenerse de indemnizar las demandas por daños y perjuicios si las demás infractoras del cártel contaban con suficientes recursos para hacerlo. Aun siendo demandada conjuntamente con las otras cartelistas, la empresa beneficiada de clemencia tenía una responsabilidad subsidiaria y solo debía pagar cuando se probase que las demás demandadas no contaban con fondos suficientes. No obstante, de un modo un tanto contradictorio, la normativa húngara no protegía al beneficiario de la exención de las reclamaciones posteriores que las otras infractoras le dirigiesen; es decir, quedaba libre la vía de regreso.⁵³

En cualquier caso, hasta que se aprobase la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, Hungría era el país de la UE más avanzado en la protección simultánea de los reclamantes privados y la empresa que se acoge a la clemencia.

⁵¹ La solidaridad y el *treble damages* hacía que las reclamaciones privadas sean muy cuantiosas

⁵² Green, J; McCall, I. “*Leniency and civil claims: Should leniency programmes extend to private actions?*” *Competition Law Insight*, 2009, pp. 3-5

⁵³ Pérez Fernández, P. *op. cit.*, pp. 1-23

3.4 Solución europea: Análisis e implicaciones de la Directiva de daños

La contradicción entre el *private* y *public enforcement* llevó a que la Unión Europea tomase cartas en el asunto con la publicación de la 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. En adelante la Directiva de daños.

La diversidad de legislaciones en materia de competencia y reclamación por daños de los Estados miembros hacia necesaria una armonización europea.⁵⁴ La finalidad de la Directiva de daños es asegurar que cualquier individuo que haya sufrido daños como resultado de una violación de las leyes de competencia pueda reclamar una compensación total y efectiva (art. 1.1). Se busca de este modo garantizar que haya una competencia libre en la UE y que todos los Estados miembros cuenten con una protección similar.⁵⁵

En cuanto su ámbito objetivo, la Directiva de daños abarca las violaciones del Derecho de la competencia a nivel europeo, establecidas en los artículos 101 y 102 del TFUE, y a nivel nacional (incluidas en los arts. 1 y 2 de la LDC). Se aplica a las infracciones analizadas por la Comisión, la CNMC, las autoridades autonómicas de defensa de la competencia y los tribunales de los Estados miembros.⁵⁶

Respecto a su ámbito subjetivo, la Directiva de daños cubre las infracciones sufridas por personas físicas, jurídicas u organismos públicos. Las víctimas pueden ejercer sus derechos mediante demandas *stand alone* o *follow-on*, dependiendo de si la condena de la infracción proviene de un previo expediente de la autoridad de la competencia o no. Por el otro lado, el art. 2.2) considera infractor tanto a las empresas como a las

⁵⁴ Jiménez Serranía, V. *La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015, pp. 151-155

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Vidal Martínez, P; Arranz Fernández-Bravo, T. *Aspectos sustantivos de la trasposición al ordenamiento español de la Directiva de Daños por infracciones del derecho de la competencia*, La Ley Mercantil, nº 38, Madrid, 2017, pp. 3-4

asociaciones y, desde una perspectiva del derecho público europeo, son responsables las sociedades matrices respecto de los ilícitos que cometan sus filiales.⁵⁷

Contextualizada, los próximos subapartados están destinados a analizar la solución que plantea la Directiva a (i) la exhibición de las declaraciones autoinculporatorias de los beneficiados de clemencia y (ii) al régimen de responsabilidad que deben tener. En definitiva, las dos problemáticas que, respecto al programa de clemencia hay entre las acciones privadas y las acciones públicas.

3.4.1 *Régimen especial de acceso a las pruebas provenientes de las declaraciones de clemencia*

En los apartados 26 y 27 de la exposición de motivos, la Directiva presenta la problemática que hay entre las *private enforcement* y los programas de clemencia. Menciona que los programas de clemencia son importantes para el cumplimiento del Derecho de la competencia en la UE, pero podrían desalentar la cooperación de las empresas si se exhibiesen las declaraciones autoincriminatorias que hacen para acogerse. Adicionalmente, la exposición comenta el derecho de las partes perjudicadas a acceder a las pruebas relevantes para hacer valer su reclamación, pudiendo los órganos jurisdiccionales verificar el contenido de los documentos accesibles para garantizar que se respeten las limitaciones impuestas a la exhibición de pruebas.⁵⁸

Recordando lo visto anteriormente, la inseguridad aplicativa que generó el TJUE con la sentencia del asunto *Pfleiderer* permitiendo a cada tribunal nacional decidir cuando estaba permitida la exhibición de las declaraciones de clemencia es solucionado por la Directiva de daños, donde se establece una protección armonizada a las declaraciones que conceden la clemencia.⁵⁹

El artículo 6 de la Directiva reza lo siguiente:

⁵⁷Jiménez Serranía, V. *op. cit.*, pp. 156-157

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Jiménez Serranía, V. *op. cit.*, pp. 164-166

6. “Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas:

a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia. [...]

7. Un demandante podrá presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional nacional acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18. En dicha evaluación, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas.”

MIGANI considera, por su claridad en la redacción, a este artículo el “punto de equilibrio” crucial entre la aplicación privada y pública del Derecho de la competencia. Las declaraciones para acogerse al programa gozan de máxima protección y no se exhiben como prueba en el expediente que hace la autoridad de la competencia, ya sea la Comisión u órgano nacional. Pasan, incluso concluido el procedimiento administrativo, a una “lista negra” del que no pueden los tribunales nacionales permitir el acceso.⁶⁰

La normativa, queriendo acabar con la inseguridad derivada de la arbitrariedad judicial de los asuntos *Pfleiderer* y *Donau Chemie*, acoge una postura muy protectora. En este sentido, el art. 6.6.a) aboga por brindar protección a todas las solicitudes de clemencia, no solo a las que hayan sido exitosas o hayan resultado en una sanción. Además, para garantizar la calidad y éxito de las solicitudes de clemencia, la protección se aplica a todos los documentos, incluso sobre aquellos que no se habrían generado si la empresa en cuestión no hubiera solicitado clemencia; es decir, la protección reforzada recae también sobre aquellos documentos que hubieran sido producidos para precisamente evidenciar su pertenencia al cártel.⁶¹

⁶⁰ Migani, C. *Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and an Effective Private Competition Law Enforcement*. *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 92-99

⁶¹ Hutton, C; Chaplin, P. *Striking the right balance. A look at public and private enforcement of competition law in Europe*, *Competition Law Insight*, 2012, pp. 15-16

La regla especial de no poder acceder a las declaraciones se aplica, por tanto, a todo solicitante de clemencia. Los documentos que se encuentran en la “lista negra”, según la definición que da la Directiva 2014/104 en su artículo 2.16) de “*declaración en el marco de un programa de clemencia*”, incluyen cualquier declaración, escrita o verbal, hecha voluntariamente por una empresa o una persona física en la que se describan los conocimientos que poseen sobre un cártel y su papel en él, con el fin de obtener exención o reducción de multas.

La regla especial busca desactivar el posible riesgo al que se expondrían las empresas cooperantes o sus directivos -independientemente de que se hayan beneficiado de la totalidad de la exención o solo de una parte- premiando su cooperación con las autoridades de la competencia mediante la imposibilidad de que sus declaraciones sean usadas contra ellos mismos. Así, las empresas que deseen solicitar clemencia ante la Comisión o autoridad nacional tienen una posición mucho más favorable en términos de protección y certidumbre que la otorgada antes de la adopción de la Directiva de daños.⁶²

Finalmente, la creación de la Directiva 2014/104/UE más garantista de la confidencialidad de los programas clemencia, ha tenido un fuerte impacto en las relaciones entre la Comisión y los Estados miembros. En 2015 la Comisión modificó el apartado 35 bis) de la *Leniency Notice*⁶³ indicando que nunca transmitiría a los órganos jurisdiccionales nacionales las declaraciones formuladas por las empresas que buscaban favorecerse de la clemencia. Con ello, se rompía el principio de cooperación entre Comisión y Estados miembros, fundamental para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, ante la posibilidad de que se usasen las declaraciones en las reclamaciones privadas por daños y perjuicios.⁶⁴

⁶² Álvarez San José, M. “Las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia”, en *Anuario de la Competencia 2017*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 189-214

⁶³ Comunicación sin efecto jurídico de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. De los apartados 31 a 35 bis, trata los efectos de su aplicación sobre las declaraciones de las empresas.

⁶⁴ Álvarez San José, M. *id.*, pp. 189-214

3.4.2 *Régimen especial de responsabilidad del beneficiario de exención del programa de clemencia*

En el apartado 38 de la exposición de motivos, la Directiva explora la responsabilidad que deben tener las empresas que cooperan mediante el programa de clemencia. Para las autoridades de la competencia los programas son cruciales para descubrir y sancionar los cárteles, reduciendo el daño que en su conjunto causan. No obstante, existe la posibilidad de que la resolución de la autoridad de la competencia, que constata una infracción, se haga firme antes para el beneficiario de clemencia que para el resto de infractoras. Si esto sucede, acaba convirtiéndose el beneficiario de la dispensa en el objetivo principal de cualquier litigio, lo que implica que solo él responderá al conjunto de demandas *follow-on* que se interpongan.

Las empresas no querrán acogerse a la clemencia, pues aun recibiendo una inmunidad de sanción en el derecho público, en el derecho privado harán frente a un mayor número de reclamaciones. En aras a evitar el desincentivo del programa, la Directiva dedica los apartados 4, 5 y 6 de su art. 11 a establecer su régimen de responsabilidad, en caso de que haya reclamaciones privadas.⁶⁵

La regla general viene recogida en el art. 11.1) de la Directiva que contempla la responsabilidad solidaria y conjunta de todos los infractores (para estos efectos, los miembros del cártel). Esta solidaridad externa implica la posibilidad de exigir la indemnización a cualquiera de los cartelistas, pudiendo responder todos ellos individualmente del monto total. Internamente, cuando uno o varios infractores hayan abonado la cantidad, se genera una obligación de compensar por los que no satisficieron, pero en función de su “responsabilidad relativa”.⁶⁶

En cuanto a la responsabilidad a la que deben hacer frente el TJUE en su Sentencia de 5 de junio de 2014, asunto C-577/12, *Kone y otros*, deja claro que la

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Martí Grau, R. *op. cit.*, pp. 86-87

indemnización viene calculada con los precios artificialmente elevados, comparándolos con otra competidora que no formase parte del cártel.⁶⁷

Como regla especial, el beneficiario de clemencia será responsable solidaria y conjuntamente con el resto de infractores “*solo ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia*”. Del mencionado art. 11.4) podemos sacar dos conclusiones. En primer lugar, la reducción del riesgo a ser demandado, delimitándose su responsabilidad solidaria junto al resto de infractores solo ante sus proveedores o adquirientes directos e indirectos. En segundo lugar, la excepcionalidad de tener que resarcir otras reclamaciones debido a la poca probabilidad de que el resto de infractores sean insolventes. Además, esta improbable responsabilidad subsidiaria (por la insolvencia conjunta del resto de cartelistas), deberá ser demostrada por el demandante que tendrá la carga de probar la imposibilidad de resarcimiento del resto de partícipes.

Se consigue una doble protección del beneficiario del programa de clemencia: una limitación a la probabilidad a ser demandado y una menor cuantía indemnizatoria a la que hacer frente. Cambia, con la Directiva de daños, la defensa jurídica del beneficiario que pasa de ser el primer sujeto pasivo de todas las reclamaciones por daños y perjuicios a convertirse en el último recurso al que dirigir las demandas.⁶⁸

Antes de analizar las relaciones internas entre cartelistas y beneficiario de clemencia, hay que aclarar a quién precisamente cubre el art. 11.4) de la Directiva de daños. La utilización del término “beneficiario de clemencia” por la Directiva no deja claro si recoge a todos los que solicitan clemencia o solo al que goza de la exención. BROKELMANN aclara que se aplica únicamente al beneficiario de la exención, basándose en las versiones redactadas de la Directiva en otras lenguas.

⁶⁷ Sentencia del TJUE, de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, Kone AG y otros [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0557&from=ES>] Fecha última consulta 11 de abril de 2023

⁶⁸ Álvarez San José, M. *op. cit.*, pp. 189-214

Así, el precepto usado en la versión alemana (“*Kronzeuge*”), la francesa (“*immunité*”) y la inglesa (“*immunity*”) no deja margen de dudas.⁶⁹

Y es que, el trato diferencial se fundamenta en el papel clave de ser la primera empresa en reconocer su participación en un cartel, facilitando a las autoridades de la competencia su detección. Aunque la solución de la Directiva suponga un desincentivo para los beneficiarios de la reducción, si la exención de la responsabilidad conjunta y solidaria se concediese a todos los que se acogen al programa, se eliminarían los efectos positivos de ser el primero. Además, hay que considerar que el beneficiario de una reducción de multa tiene más posibilidades de apelar la decisión sancionadora en vía administrativa, lo que no sucede con el beneficiario de exención. Esto se debe a que el beneficiario de la reducción puede estar en desacuerdo con el porcentaje de reducción aplicado por la autoridad nacional de la competencia, lo que retrasa la resolución definitiva y evita que sea el objetivo principal de las reclamaciones de daños, las ya mencionadas demandas “*follow-on*”.⁷⁰

Aclarado lo anterior, hay que hablar del derecho de repetición del beneficiario de la exención. La redacción del artículo 11.5) reza lo siguiente:

“Los Estados miembros velarán por que todo infractor pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia. El importe de la contribución de un infractor al que se haya concedido la dispensa en el pago de multas en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.”

En primer lugar, conviene entender, por su ambigüedad, el significado de “responsabilidad relativa”. Si un infractor cumple con la reclamación privada, puede recuperar del resto de infractores el monto del daño que causó a sus propios proveedores o compradores, y, adicionalmente, aquellos costes generados por formar parte de un cártel. La “responsabilidad relativa” se refiere a aquellos costos

⁶⁹ Brokelmann, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, Revista General de Derecho Europeo, núm. 37, 2015, pp. 13-14

⁷⁰ Álvarez San José, M. *op. cit.*, pp. 189-214

que hayan sido generados a otros agentes privados que no sean proveedores o compradores directos o indirectos; es decir, el conocido como el daño "efecto paraguas".⁷¹⁷² Por lo tanto, la solidaridad también recaerá sobre este tipo de daños.

Por su parte, al beneficiario de la exención solo queda su responsabilidad interna limitada al perjuicio ocasionado sobre sus compradores y proveedores directos e indirectos. Si ha respondido ya por dicho importe, internamente, queda exento de responsabilidad, no teniendo que satisfacer por los daños causados a terceros distintos. Esta interpretación favorable, lleva a un desequilibrio, dentro del propio cártel, que incentiva el empleo que los programas de clemencia.⁷³

A la vista de lo anterior, las empresas infractoras con una menor cuota de mercado tendrán más incentivos de solicitar la clemencia, pues se beneficiarán de no tener que hacer frente solidariamente a todos los sobrecostes generados por las demás empresas del cártel. Los daños "efecto paraguas" a terceros distintos provocados por una empresa con mayores cuotas de mercado serán muy superiores a la una infractora con menor cuota, la cual, sin embargo, deberá responder por ellos solidariamente.

Por lo tanto, cuando hay más empresas diferentes en un cártel, es más probable que las empresas con cuotas de mercado más pequeñas busquen la clemencia. Esto se debe a que no solo son responsables de los daños causados a sus propios clientes y proveedores, sino que también tienen que asumir los sobrecostes del cártel en la misma medida que los miembros con mayores cuotas de mercado.⁷⁴

Con todo, cobra sentido el art. 11.6) que recoge el daño a terceros distintos provocados por el beneficiario de clemencia, determinándose su contribución "en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio". Siguiendo con la tesis de MARTÍ MIRAVALLS, en caso de no haber cubierto las reclamaciones de sus

⁷¹ Herrero Suárez, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de Transposición de la directiva*, Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 8, Nº 1, Valladolid, 2016, p. 171.

⁷² Álvarez San José, M. *op. cit.*, pp. 189-214

⁷³ Martí Miravalls, J. *Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, Actas de Derecho Industrial, vol. 37, 2016, p. 46.

⁷⁴ Álvarez San José, M. *op. cit.*, pp. 189-214

propios compradores o proveedores directos o indirectos, deberá responder por el perjuicio ocasionado a partes distintas afectadas. Si las ha cubierto, no responderá internamente.⁷⁵

Tras analizar el impacto que ha tenido la Directiva de daños en la conjugación de los programas de clemencia y las reclamaciones privadas, se procede a estudiar su trasposición al ordenamiento jurídico español.

3.5 Derivación en la legislación española

La Directiva 2014/104/UE, sería traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Entraba en vigor el 27 de mayo de 2017, a pesar de que el art. 21.1) de la Directiva de daños establecía que la fecha máxima para estar traspuesta era el 27 de diciembre de 2016.

El Real Decreto-ley (en adelante, “RD”) modifica varias normativas internas, no obstante, para el presente trabajo solo cabe hablar de dos de ellas. Primero, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la “LEC”) que incorpora una nueva Sección 1.ª bis: *“Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”*, la cual solo incluye el art. 283 bis). Segundo, la LDC en la que se introduce un nuevo Título VI *“De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia”* que recoge desde el artículo 71 al 81.

La Directiva de daños solucionaba las dos problemáticas entre acciones privadas y programas de clemencia en sus artículos 6.6) y 11.4). Como sea visto, el primero excluía la exhibición de declaraciones en programas de clemencia, mientras que el segundo establecía responsabilidad solidaria y conjunta para compradores y proveedores directos o indirectos y subsidiaria frente al resto. Estas problemáticas son transpuestas en los artículos 283 bis i) de la LEC y 73.4) de la LDC, respectivamente.

⁷⁵ Martí Miravalls, J. *op. cit.*, p. 46

En cuanto al ámbito objetivo, el art. 71) de la LDC contempla los daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del TFUE, lo que equivale en nuestro ordenamiento interno con los arts. 1 y 2 de la LDC. Por tanto, solo persigue y castiga los abusos de posición de dominio y los acuerdos restrictivos de la competencia tanto a nivel comunitario como español⁷⁶. En este sentido, el RD no es aplicable sobre las prácticas comerciales desleales reguladas en la Ley de Competencia Desleal, aun en los casos en los que pudiesen calificarse como una infracción del art. 3) de la LDC. La exposición de motivos deja claro esta exclusión, aplicándose para este supuesto el régimen de reclamación por daños y perjuicios anterior.⁷⁷

Contextualizada la trasposición española de la Directiva, se dedican los siguientes subapartados a tratar las dos problemáticas que generó el RD 9/2017. Por un lado, la modificación del régimen de responsabilidad de los miembros del cártel. Por el otro, la aplicación de la Directiva durante su plazo de trasposición.

3.5.1 Régimen de responsabilidad por daños antitrust anterior al Real Decreto-ley 9/2017

Históricamente, en España, las reclamaciones privadas por ilícitos del Derecho de la competencia se han dividido en dos grupos: (i) aquellas acciones civiles que buscan la nulidad, parcial o total, de los contratos por ser contrarios a la normativa y (ii) las acciones de responsabilidad patrimonial, donde la víctima de la infracción busca obtener una indemnización.

En el tema que nos ocupa nos centramos en este segundo tipo de acciones; en concreto, cuando la conducta ha provenido de un cártel.⁷⁸ Hasta la entrada en vigor del RD, en España, el régimen de responsabilidad privada por incumplimiento del Derecho de la competencia se encuadraba dentro del art. 1902

⁷⁶ A estos efectos, también resulta de aplicación sobre las infracciones de los arts. 1 y 2 de la LCD que sean de nivel autonómico, juzgadas por sus respectivas autoridades autonómicas de defensa de la competencia y no la por la CNMC

⁷⁷ Vidal, P; Capilla, A; Gual, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, 2017, pp. 39-41

⁷⁸ Martí Grau, R. *op. cit.*, p. 73

CC: “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

El TS declaraba que el régimen aplicable por infracciones de la competencia era el de la responsabilidad extracontractual, independientemente de que hubiese vínculo contractual entre demandante e infractor. La base de esta responsabilidad era que las demandas indemnizatorias no buscan reparar el daño que ha generado un contrato, sino que tenían la finalidad de resarcir una conducta prohibida por el Derecho de la competencia.⁷⁹

Estando permitido el acceso a las declaraciones autoinculporatorias, el cartelista, estaba encargado de probar la inexistencia de una conducta ilícita *antitrust* y demostrar que la infracción fue el resultado de un error excusable genuino. El demandante, por su parte, no tenía que demostrar la infracción, invirtiéndose el régimen probatorio.⁸⁰

Antes del RD, la responsabilidad entre miembros del cártel se consideraba como una solidaridad impropia, según la jurisprudencia⁸¹. Esto significa que no se podía establecer una cuota de participación a cada infractor ya que no se podía individualizar su responsabilidad. Por lo tanto, cuando la sentencia condenatoria establecía la solidaridad, esta era impropia.⁸²

La responsabilidad solidaridad impropia se aplicaba de manera igual sobre todos los infractores, sin distinguir a aquellos beneficiados por la exención o reducción.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2012, de 8 de junio de 2012 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/47c54a4d73e1a1966a7c70e9593956f2675a1f83eb6545c9>]. Fecha última consulta: 29 de marzo 2023

⁸⁰ Sentencia del Juzgado Primera Instancia núm. 4 de Madrid, núm. 9/2005, de 7 de junio de 2005 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/00324c8d0ed2277e/20181105>] Fecha última consulta: 29 de marzo de 2023

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/2003, de 14 de marzo de 2003, [versión electrónica – base de datos <https://vlex.es/vid/reclamacion-cantidad-indeminizacion-da-fa-17748670>] Fecha última consulta: 30 de marzo de 2023

⁸² Carrasco Perera, A. *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, en Gómez-Acebo & Pombo, 2017, p. 3

El régimen de solidaridad impropia cambia con el nuevo art. 73.1) LDC que introduce una responsabilidad conjunta y solidaria para las empresas que hayan infringido la normativa de competencia. Salvo determinadas excepciones, entre las que se encuentra la responsabilidad del beneficiado de clemencia, la regla general es la de una solidaridad “propia”. La responsabilidad pasa a ser *ex lege* y a no estar determinada por una resolución condenatoria.⁸³

Pese a lo anterior, en el fondo, la solidaridad que recoge el art. 73.1) LDC sigue siendo impropia, pues no se ha establecido entre las partes infractoras un acuerdo previo para responder conjuntamente en caso de ser descubiertos. La solidaridad propia no será aplicable por no poder determinarse las cuotas de participación de los cartelistas. Constituido un cártel y cometida una infracción de manera “conjunta”, la solidaridad es impropia pues es establecida a través de la sentencia, sin entrar a considerar las cuotas de participación.⁸⁴

En esta línea, a favor de la solidaridad impropia, se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid en su Sentencia 7 de mayo de 2018⁸⁵: *“el daño en un supuesto de cártel que infringe el derecho de la competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cártel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo, por lo tanto: es indiferente en el presente caso que algunas de las demandas no hubieran tenido relaciones comerciales con la actora, pues estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria impropia, en que todas las partícipes del cártel responden en tal forma del daño causado como consecuencia de la existencia del mismo”*.⁸⁶

A modo de conclusión, el nuevo art. 73.4) LDC no modifica, en la práctica, el régimen de responsabilidad de los cartelistas. Los tribunales siguen aplicando la

⁸³Vidal Martínez, P; Arranz Fernández-Bravo, T. *op. cit.*, pp. 10-11

⁸⁴ Carrasco Perera, A. *op. cit.*, p. 3

⁸⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, núm. 162/2018, de 7 de mayo de 2018 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8367964cc69255b0/20180615>] Fecha última consulta 31 de marzo de 2023

⁸⁶ Jiménez Cardona, N. *Las acciones de indemnización por infracción de las normas de competencia: Especial consideración a la Directiva 2014/104/CE*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2020, pp. 360-361

solidaridad impropia pues no son capaces de establecer cuotas de participación y consideran que se trata de una responsabilidad extracontractual.

3.5.2 *Problemática de su aplicación temporal: cártel de los sobres de papel*

El segundo problema el RD 9/2017 ha sido su régimen de transitoriedad en relación a las acciones privadas por ilícitos *antitrust* y los programas de clemencia. La Disposición Transitoria (en adelante, “D.T.”) 1ª del RD distingue un régimen distinto para las normas de carácter procesal y las de carácter sustantivo:

“1. Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo.

2. Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.”

Las previsiones del art. 3) del RD son aquellas que afectan a la LDC, mientras que las recogidas en el art. 4) del RD modifican la LEC, lo que puede generar dificultades a la hora de interpretar la D.T.⁸⁷

SARAZÁ JIMENA aclara la D.T. indicando que después de la reforma de la LDC los procesos judiciales que buscan indemnizar por daños podrán utilizar las nuevas normas procesales sobre la obtención de pruebas introducidas en la LEC. Sin embargo, si las infracciones ocurrieron antes de la reforma de la LDC, se aplicarán las antiguas disposiciones de la LDC en estos procesos judiciales.⁸⁸

En resumen, la interpretación correcta de la D.T. es que las nuevas normas procesales se aplicarán solo a las infracciones que ocurran después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, mientras que las infracciones anteriores seguirán siendo juzgadas bajo el derecho sustantivo anterior a la reforma.

⁸⁷ Díez Estella, F. “La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales” en Centro Universitario Villanueva (comp.), *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 11, N.º 1, Centro Universitario Villanueva, Madrid, 2019, pp. 276-277

⁸⁸ Sarazá Jimena, R. “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia” en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia, 2018, p. 16

Como ya se ha comentado, la trasposición de la Directiva en materia del programa de clemencia ha colocado al beneficiado de clemencia en una posición más ventajosa frente al resto de cartelistas. Los solicitantes de clemencia tienen la protección procesal de que sus declaraciones no serán exhibidas (art. 283.6 bis i) LEC). Y, el beneficiario exento solo responderá solidariamente frente a sus compradores y proveedores directos e indirectos y subsidiariamente frente a otros terceros perjudicados (art. 73.4 LCD).

Por tanto, aclarada la interpretación de la D.T. y recordados los beneficios de la clemencia cabe preguntarse si: ¿puede el solicitante de clemencia beneficiarse del régimen especial habiendo participado en un cartel sancionado antes de la entrada en vigor de la Directiva de daños, pero cuyas reclamaciones privadas se están ejerciendo durante su plazo de transposición?⁸⁹⁹⁰

Lo que se trae a debate es el siguiente escenario: un cártel que ha sido sancionado por la CNMC antes de entrar en vigor la Directiva de daños (antes de noviembre 2014) y en él que había un beneficiario de clemencia. Las reclamaciones privadas son realizadas tras la entrada en vigor de la Directiva de daños, pero antes de entrar en vigor el RD 9/2017 (mayo 2017). La pregunta es cuál es el régimen de responsabilidad aplicable al beneficiario de clemencia durante dicho plazo.

En la práctica, la problemática, aparece reflejada en las sentencias por reclamaciones privadas del “cártel de los sobres de papel”. Este consistió en una serie de conductas anticompetitivas que se produjeron entre varias empresas del sector de los sobres de papel entre 1977 y 2010. Durante esa época, fijaron precios y se repartieron el mercado de los sobres usados en los procesos electorales, limitaron el desarrollo técnico del mercado compartiéndose entre los cartelistas las innovaciones tecnológicas y, por último, fijaron precios y se repartieron los clientes que usaban sobres blancos.

⁸⁹ Álvarez San José, M. *op. cit.*, pp. 189-214

⁹⁰ Díez Estella, F. *op. cit.*, pp. 277-278

La Comisión Nacional de Competencia (en adelante, “CNC”) impuso el 25 de marzo de 2013 una sanción de más de 44 millones de euros a varias empresas⁹¹ por formar y mantener durante más de 30 años el cártel de los sobres de papel.⁹² La resolución de la CNC eximia del pago, por acogerse el primero al programa de clemencia y permitir a la autoridad nacional ordenar las inspecciones, al grupo Adveo Group International, S.A. y a su filial Unipapel Transformación y Distribución, S.A (en adelante, “ADVEO”). Posteriormente, aplicaban una reducción de multa del 40% a Antalis Envelopes Manufacturing S.L y del 30% al grupo Tompla, ambas por aportar información relevante.⁹³

Tras la condena por la CNC vinieron una serie de reclamaciones privadas, donde algunos de los tribunales interpretaron la responsabilidad de ADVEO de acuerdo a la normativa vigente en esa época (todavía no se había traspuesto la Directiva), mientras que otros interpretaron su responsabilidad de acuerdo al “espíritu y finalidad de la Directiva”, lo que desembocó en fallos opuestos.⁹⁴

Hay que tener en cuenta que las reclamaciones privadas se interpusieron una vez publicada la Directiva de daños, pero con anterioridad a la entrada en vigor del RD 9/2017; es decir, se hicieron durante el periodo con el que cuentan los Estados miembros para transponerla.

En este sentido, en la Sentencia 2166/2018, del Juzgado Mercantil n. 7 de Barcelona de 6 de junio de 2018, ADVEO plantea que su responsabilidad por reclamaciones privadas debe interpretarse conforme al art. 11 de la Directiva de daños, a pesar de no estar traspuesta (RD 9/2017), y, por ende, solo debe responder solidariamente frente a sus compradores directos o indirectos. Todo partiendo de la base de que ninguno de los demandantes lo ha sido.

⁹¹ Andaluza de Papel, S.A., Antalis Envelopes Manufacturing, S.L., Argansobre, S.A., Emilio Domenech Mirabet, S.A., Envel Europa, S.A., Grupo Tompla Sobre Exprés, S.L., Hispapel, S.A., Maespa Manipulados, S.L., Pacsa, Papelera del Carrion, S.L., Maespa Manipulados, S.L., Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de Papel (SAM), Manipulados Plana, S.A., Sobre Industrial, S.L., Sobres Izalbe, S.A., y Unipapel Transformación y Distribución, S.A.

⁹² Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, Exp. S/0316/10 *Sobres de papel* [versión electrónica – base de datos <https://vlex.es/vid/-430245130>] Fecha última consulta: 30 de marzo de 2023

⁹³ Díez Estella, F. *op cit.*, p. 289

⁹⁴ Díez Estella, F. *Ibid.*, pp. 276-277

El tribunal argumenta que no puede aplicarse el efecto directo de Directivas no traspuestas en plazo⁹⁵, pues todavía se encuentra dentro del mismo. Sin embargo, sí que invoca las resoluciones del TJUE en los asuntos *Kolpinguis Nijmegen BV* (As. 80/86) y *Konstantinos Adeneler y otros* (As. C-212/14) sobre la “interpretación conforme” de la norma de acuerdo con el contenido y finalidad de la Directiva, aun estando en plazo de trasposición. Concluye de este modo que *“de conformidad con estas sentencias se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta la directiva comunitaria desde su entrada en vigor, e interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho nacional, y muy especialmente las disposiciones de adaptación, de conformidad con la Directiva”*.

Considera que el régimen de responsabilidad solidaria del art. 1902 del Código Civil (en adelante, “CC”) debe interpretarse conforme a la Directiva de daños, donde se establece una excepción a la responsabilidad solidaria de los cartelistas. Por tanto, la responsabilidad de ADVEO será de naturaleza subsidiaria, solo resarciendo en caso de probarse la insolvencia del resto de cartelistas. Además, como el demandante no es un adquirente directo o indirecto suyo no responderá solidariamente.⁹⁶

El tribunal interpreta que durante el plazo de trasposición al beneficiario de clemencia se le tiene que aplicar el régimen especial de responsabilidad del 11.4) de la Directiva.

Tres meses después el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona resolvía otra demanda privada cuyo fallo era contrario al ya analizado. Analizando el contenido y finalidad de la Directiva, considera que se está produciendo un “exceso de

⁹⁵Concepto introducido por la jurisprudencia del TJUE que significa que las normas y disposiciones establecidas en una directiva de la UE pueden ser invocadas ante los tribunales nacionales por los ciudadanos y empresas. Esto permite que las disposiciones de la directiva tengan efectos vinculantes y aplicables directamente en los estados miembros de la UE, sin necesidad de que se adopten medidas nacionales de implementación.

⁹⁶Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, núm. 2166/2018, de 6 de junio de 2018 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/00324c8d0ed2277e/20181105#>] Fecha última consulta 31 de marzo de 2023

interpretación conforme”. Resulta irrelevante que ADVEO tenga la condición de clemente, pues “*su condición es extraña a los presupuestos de responsabilidad del régimen de responsabilidad que invoca la actora y que resulta aquí aplicable*”. ADVEO es un cartelista más que responderá a la reclamación privada conjunta y solidariamente junto al resto de cartelistas, como establece el art. 1902 CC. Finalmente, el tribunal sintetiza en tres reglas que el régimen aplicable es el de la solidaridad impropia: (i) la irretroactividad de las normas procesales (art. 2 LEC), (ii) la irretroactividad de las previsiones del art. 3 RD 9/2017 (reformando la LDC) que recoge su D.T. y (iii) el régimen transitorio que establece la Directiva de daños -transposición, aplicación en el tiempo y entrada en vigor-.⁹⁷

En este caso, el tribunal sigue una interpretación estricta de la norma. Mientras no esté traspuesta la Directiva en España, se seguirá aplicando el régimen del art. 1902 CC a todos los miembros del cártel.

La interpretación de la responsabilidad de ADVEO volvería a seguir el criterio de la “interpretación conforme” al contenido y finalidad de la Directiva en la Sentencia 4995/2018, del Juzgado Mercantil n. 7 de Barcelona, de 21 de diciembre de 2018.⁹⁸ Tras ello, las resoluciones contradictorias fueron recurridas, pronunciándose sobre el asunto la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia 201/2020, de 10 de enero de 2020. En ella argumenta que no es aplicable el “principio de interpretación conforme” a la Directiva de daños por encontrarse todavía en plazo de transposición y que el art. 1902 CC no es insuficiente para cumplir con el espíritu y finalidad de la Directiva, pues la solidaridad impropia garantiza la plena indemnización de todo perjudicado.⁹⁹

⁹⁷Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, núm. 2726/2018, de 5 de septiembre de 2018 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>] Fecha última consulta 31 de marzo de 2023

⁹⁸Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, núm. 4995/2018, de 21 de diciembre de 2018 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>] Fecha última consulta 31 de marzo de 2023

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 15 de Barcelona, núm. 201/2020, de 10 de enero de 2020 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1c9515aea8c89a95/20181105>] Fecha última consulta 31 de marzo de 2023

En definitiva, respondiendo a la pregunta planteada, el solicitante de clemencia podrá beneficiarse del régimen especial de responsabilidad subsidiaria del art. 73.4 LDC solo para aquellas infracciones cometidas tras la entrada en vigor (27 de mayo de 2017) del Real Decreto-ley 9/2017. Sin embargo, si se presentaron reclamaciones privadas antes de que entrara en vigor el RD¹⁰⁰, se aplicará el régimen de solidaridad impropia establecido en el art. 1902 CC. Tal y como la reciente jurisprudencia establece, no puede hacerse una interpretación conforme a la Directiva, pues tanto los cárteles como las reclamaciones son anteriores al plazo máximo que cuentan los Estados miembros para trasponer la Directiva, esto es, el 27 de diciembre de 2016.¹⁰¹

Finalmente, como interpretación personal, considero que para el plazo que versa entre la fecha máxima para trasponer la Directiva (27 de diciembre de 2016) y la fecha de entrada en vigor del RD (27 de mayo de 2017), sí que podría aplicarse el efecto directo de la Directiva, concediéndose la responsabilidad subsidiaria al beneficiario de exención. La Directiva de daños debería de estar traspuesta y se debería proteger al beneficiario de exención de las reclamaciones privadas que se le dirigiesen durante dicho periodo de tiempo.

¹⁰⁰ A modo aclaratorio, si la demanda privada se está produciendo antes de la entrada en vigor del RD, está claro que la infracción -el cártel- es anterior en el tiempo.

¹⁰¹ Jiménez Cardona, N. *op cit.*, pp. 102-103

4 CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha analizado inicialmente el origen, características y efectividad de los programas de clemencia, para posteriormente abordar su problemática con las reclamaciones privadas por daños y perjuicios.

Como se ha visto, el programa de clemencia consiste en la concesión de una serie de beneficios económicos -exención o reducción de multa- a las empresas pertenecientes a un cártel cuando acudan a las autoridades de la competencia y aporten información que, o bien les permita iniciar una investigación o bien les facilite continuar una.

Tras originarse en los EE. UU. el programa ha evolucionado mucho hasta ser el que actualmente tenemos regulado en los arts. 65 y 66 de la LDC. Si bien, en cada estado, los programas presentan sus particularidades, lo que es indudable es que se ha convertido en el principal instrumento para detectar y erradicar los cárteles.

La efectividad en la UE es incontestable siendo aplicado en un 86% de los cárteles sancionados. La tardía incorporación en el ordenamiento español o su restrictiva aplicación -por la antigua definición de cártel- llevó a que inicialmente el programa no tuviera el éxito esperado. Sin embargo, ya estando asentado en nuestro Derecho de competencia, el programa es el instrumento fundamental de la CNMC para la lucha contra los cárteles, aplicándose en casi el 60% de los casos.

Explicado lo anterior, el primer objetivo del trabajo ha sido analizar la solución que la Directiva de daños ha dado a los dos problemas que tiene el programa con las acciones privadas: el de acceso a las declaraciones autoinculpatorias de los solicitantes de clemencia y el del régimen de responsabilidad aplicable al beneficiario de clemencia. Ambos, han comprometido la efectividad del programa ante la posibilidad de tener que hacer frente los solicitantes a una avalancha de demandas *follow-on*.

La trasposición de la Directiva de daños mediante el RD ha sido el segundo objetivo. Con ella surgieron dos complejidades. Por un lado, la modificación del régimen de responsabilidad de los miembros de un cártel, y por el otro, el régimen de responsabilidad aplicable al beneficiario de exención durante el periodo de trasposición de la Directiva.

Se procede a dar un cierre a cada una de estas cuatro problemáticas:

En primer lugar, en cuanto al acceso a las pruebas aportadas por los solicitantes de clemencia, la sentencia sobre el asunto *Pfleiderer* marcaba un antes y un después, pues por primera vez, se hacía referencia a la cuestión. Sin embargo, la solución del TJUE no aclaró el régimen aplicable, dejándolo a interpretación de los tribunales nacionales. La inseguridad jurídica provocada por *Pfleiderer* llevó a que la Directiva de daños acogiera la posición más proteccionista.

En ella, se prohíbe la exhibición como medio de prueba de cualquier clase de documento o declaración, verbal o escrita, que aporte el solicitante de clemencia. Se otorga la máxima protección posible (pasan las pruebas a una “lista negra”) al solicitante de clemencia, aun no beneficiándose de exención o reducción, por los documentos que presente a la autoridad competente.

Con esta primera problemática se crea un desequilibrio entre acciones privadas y programas de clemencia, concediéndose una mayor protección a los solicitantes de clemencia. El demandante no podrá hacer uso de las declaraciones autoinculpatorias, y las pruebas que presente en el proceso judicial, para resarcirse por los daños y perjuicios, serán peores.

El segundo problema es el de la responsabilidad que debe tener el beneficiario de clemencia, pues de no tener un régimen especial corre el riesgo de ser el objeto de la mayoría de reclamaciones. El Derecho comunitario no sigue la regla estadounidense de tener que indemnizar por el triple de los daños causados y en su caso establece un régimen de responsabilidad conjunta y solidaria a todos los miembros del cártel.

Sin embargo, y exclusivamente para el beneficiario de exención, la Directiva de daños contempla una responsabilidad solidaria y conjunta solo ante sus compradores y proveedores directos o indirectos. Para el resto de reclamaciones, como los daños provocados a terceros distintos por el “efecto paraguas”, tendrá una responsabilidad subsidiaria debiendo probarse previamente la insolvencia del resto de cartelistas. Ahora bien, como apunta la doctrina, si cubre las reclamaciones de sus adquirentes y proveedores directos o indirectos, internamente no estará obligado a satisfacer a terceros

distintos. Es decir, si los cubre, no tendrá una responsabilidad subsidiaria ante otras partes perjudicadas.

El régimen de responsabilidad del beneficiario de exención cambia drásticamente. Se limitan el número de reclamaciones a las que tiene que hacer frente (responsabilidad subsidiaria) y se reduce la cuantía que debe pagar (solo a sus compradores y proveedores directos o indirectos).

Solo protegido el beneficiario de la exención, sale más beneficiado de la redacción de este precepto el *private enforcement* que tiene la posibilidad de exigir a cualquiera de los infractores la totalidad de su reclamación.

Vemos, que el sistema que utiliza la Directiva para satisfacer a ambas partes se divide en dos. Por un lado, se crea un desequilibrio a favor de los programas de clemencia en el Derecho procesal, siendo confidenciales las declaraciones de todos los solicitantes de clemencia. Por el otro lado, se crea un desequilibrio a favor de los demandantes privados, pues los cartelistas responderán solidariamente por todas las reclamaciones civiles que haya. No obstante, la Directiva de daños protege en todo momento al beneficiario de la exención, por la importancia que juega en la detección y erradicación de los cárteles.

Por el lado del RD, hay una controversia sobre cómo se debe responsabilizar a los miembros de un cártel por sus acciones ilegales. Con el nuevo régimen de responsabilidad, la solidaridad es propia, lo que significa que se establece automáticamente por ley. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia siguen aplicando la solidaridad impropia, pues no importa que haya acuerdo entre cartelistas sobre cómo responder. Lo harán conjuntamente pues, creando un cártel, no es posible determinar la participación exacta de cada miembro y la solidaridad es establecida por la sentencia.

En último lugar, la problemática más compleja versa sobre la posibilidad de que se aplique el régimen de responsabilidad especial del beneficiario de exención durante el periodo de trasposición de la Directiva de daños. La cuestión es planteada durante el conjunto de reclamaciones privadas presentadas a raíz de la resolución sancionadora del “cártel de los sobres de papel”.

La jurisprudencia acaba dictaminando que solo en las reclamaciones posteriores a la entrada en vigor del RD podrá aplicarse el régimen especial del beneficiario de exención. Para las anteriores, deberá aplicarse la normativa española vigente en ese momento (art. 1902 CC). Ahora bien, y como reflexión personal, para las reclamaciones durante el plazo que hay entre la fecha máxima para trasponer la Directiva de daños y la fecha en la que entró en vigor el RD si que podría aplicarse el régimen especial, pues entra en juego el efecto directo de las Directivas.

Por tanto, podemos concluir, que los programas de clemencia son más efectivos que nunca, tanto a nivel comunitario como español. Su principal desincentivo, las reclamaciones privadas, ha sido positivamente paliado y conjugado por la Directiva de daños. Se garantiza la protección documental de todos los solicitantes de clemencia y se asegura la integra reclamación civil, solo colocando en una posición privilegiada al beneficiario de exención, precisamente por el interés que hay en cubrir su figura. Los tribunales españoles siguen aplicando para los cartelistas el régimen de solidaridad impropia, y solo para las reclamaciones posteriores al RD pueden los beneficiarios de exención tener un régimen de responsabilidad subsidiaria.

5 BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007 (BOE 30 de marzo de 2010)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889)

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)

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 (BOE 5 de diciembre de 2014)

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 31 de enero de 1991)

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

Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE 27 de mayo de 2017)

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

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2012, de 8 de junio de 2012 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/47c54a4d73e1a1966a7c70e9593956f2675a1f83eb6545c9>] Fecha última consulta: 29 de marzo 2023

Sentencia del Juzgado Primera Instancia núm. 4 de Madrid, núm. 9/2005, de 7 de junio de 2005 [versión electrónica – base de datos
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/00324c8d0ed2277e/20181105>]
Fecha última consulta: 29 de marzo de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/2003, de 14 de marzo de 2003, [versión electrónica – base de datos <https://vlex.es/vid/reclamacion-cantidad-indeminizacion-da-fa-17748670>] Fecha última consulta: 30 de marzo de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, núm. 2166/2018, de 6 de junio de 2018 [versión electrónica – base de datos
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/00324c8d0ed2277e/20181105>]
Fecha última consulta: 31 de marzo de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, núm. 2726/2018, de 5 de septiembre de 2018 [versión electrónica – base de datos
<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>] Fecha última consulta: 31 de marzo de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, núm. 4995/2018, de 21 de diciembre de 2018 [versión electrónica – base de datos
<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>] Fecha última consulta: 31 de marzo de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 15 de Barcelona, núm. 201/2020, de 10 de enero de 2020 [versión electrónica – base de datos
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1c9515aea8c89a95/20181105>]
Fecha última consulta: 31 de marzo de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de junio de 2011, caso C-360/09, asunto Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt, [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0360&from=ES>] Fecha última consulta: 11 de abril de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, núm. 162/2018, de 7 de mayo de 2018 [versión electrónica – base de datos <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8367964cc69255b0/20180615>] Fecha última consulta: 31 de marzo de 2023

Sentencia del TJUE, de 5 de junio de 2014, asunto C 557/12, Kone AG y otros [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0557&from=ES>] Fecha última consulta: 11 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-453/99, de 20 de septiembre de 2001 [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0453&from=ES>] Fecha última consulta: 11 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos s acumulados C-295/04 a C-298/04, de 13 de julio de 2006 [versión electrónica – base de datos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0295&from=ES>] Fecha última consulta: 11 de abril de 2023

3. Obras doctrinales

Álvarez San José, M. “Las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia”, en *Anuario de la Competencia 2017*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 189-214

Borrell Arqué, J.R; Jiménez González, J.L; Ordóñez de Haro, J.M. *Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia*, ICE, núm. 876, 2014, pp. 17-36

Brokelmann, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, Revista General de Derecho Europeo, núm. 37, 2015, pp. 13-14

Carrasco Perera, A. *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, en Gómez-Acebo & Pombo, 2017, p. 3

Díez de Uré, A; Troncoso Ferrer, M. *La Propuesta de Directiva relativa a las demandas por daños causados por ilícitos de competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Bruselas, 2013, pp. 1-3

Díez Estella, F. “La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales” en Centro Universitario Villanueva (comp.), *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 11, N.º 1, Centro Universitario Villanueva, Madrid, 2019, pp. 276-277

Gray, R Spratling. “*The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions*”, Antitrust Division U.S. Department of Justice, Washington, D.C. 1998, pp. 8-11

Green, J; McCall, I. “*Leniency and civil claims: Should leniency programmes extend to private actions?*”, Competition Law Insight, 2009, pp. 3-5

Gutiérrez Hernández, A; Guerra Fernández, A. *Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la comisión nacional de la competencia*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, 2011, pp. 135-141

Guzmán Zapater, C. “*El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica*”, Working Paper IE Law School, Madrid, 2012, pp. 1-24

Herrero Suárez, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de Transposición de la directiva*, Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 8, N° 1, Valladolid, 2016, p. 171.

Hutton, C; Chaplin, P. *Striking the right balance. A look at public and private enforcement of competition law in Europe*, Competition Law Insight, 2012, pp. 15-16

Ilundáin Fantova, S. *Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la competencia*, en Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2002, p. 6

Jiménez Cardona, N. *Las acciones de indemnización por infracción de las normas de competencia: Especial consideración a la Directiva 2014/104/CE*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2020, pp. 360-361

Jiménez Serranía, V. *La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015, pp. 151-155

Kloub, J. “Latinamerican Competition Forum: session 1: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, en *Latin American Competition Forum OECD*, Santiago de Chile, 2009, pp. 67-148

Martí Miravalls, J. *Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, Actas de Derecho Industrial, vol. 37, 2016, p. 46

Migani, C. *Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and an Effective Private Competition Law Enforcement*. *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 92-99

Panchnou, D. *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by the United States*, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2018, pp. 3-4

Pérez Fernández, P. “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones derivadas de resarcimiento de los daños derivados de los ilícitos antitrust”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2013, pp. 1-23

Petitbò, A. “Cárteles: Obsesión sin análisis”, en *Anuario de la Competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 20-25

Sánchez Navarro, D. *Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con Estados Unidos*, Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 16-17

Sarazá Jimena, R. “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia” en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia, 2018, p. 16

Varela González, J.A. “Características y situación actual de la política de clemencia”, en Cuadernos Europeos de Deusto (coord.) *Política de competencia: descentralización y reforma en la UE y en España*, vol. 38, Bilbao, 2008, pp. 203-247

Vidal Martínez, P; Arranz Fernández-Bravo, T. *Aspectos sustantivos de la trasposición al ordenamiento español de la Directiva de Daños por infracciones del derecho de la competencia*, La Ley Mercantil, nº 38, Madrid, 2017, pp. 3-4

Vidal, P; Capilla, A; Gual, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, 2017, pp. 39-41

4. Recursos de internet

Padilla, J; Requejo, A, Watson, N. “Una perspectiva económica de la política de clemencia”, *Fundación Rafael Del Pino*, (disponible en https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-16_Una_perspectiva_economica_politica_clemencia-Varios_autores.pdf; última consulta 3 de abril de 2023)

Podesta, A; Tsoni, M; Ferreira, N. “Antitrust: la Comisión ofrece orientaciones sobre su política y su práctica en materia de clemencia”, *Comisión Europea-Comunicado de prensa*, 2022 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_6373; última consulta 4 de abril de 2023)

CNMC blog, “Cárteles y Programa de Clemencia, los “básicos” de competencia en cifras”, en *CNMC Blog*, 2019 (disponible en <https://blog.cnmc.es/2019/04/29/carteles-y-programa-de-clemencia-los-basicos-de-competencia-en-cifras/>; última consulta 5 de abril de 2023)

Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, Exp. S/0316/10 *Sobres de papel* (disponible en <https://vlex.es/vid/-430245130>; última consulta 30 de marzo de 2023)

