

DETECCIÓN Y SANCIÓN DE CÁRTELES EN ESPAÑA

José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO*

Joan-Ramon BORRELL**

Juan Luis JIMÉNEZ***

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REVISIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.—III. BASE DE DATOS: CÁRTELES SANCIONADOS EN ESPAÑA EN EL PERIODO 1989-2017.—IV. DETECCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA.—V. SANCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA.—VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA.—REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los cárteles se consideran las prácticas restrictivas de la competencia más dañinas para los consumidores y el bienestar económico general (WERDEN, 2009). De acuerdo con la extrema gravedad de sus consecuencias sobre el bienestar, la lucha contra los cárteles debería constituir uno de los pilares básicos sobre los que sustentar una política de defensa de la competencia realmente efectiva (BORRELL y JIMÉNEZ, 2008).

Así lo entienden, en la actualidad, la mayoría de jurisdicciones del mundo al establecer una normativa en materia de competencia que realmente penalice severamente estas conductas, y al considerar la detección, desmantelamiento y sanción de los cárteles como un objetivo prioritario. No obstante, el grado de priorización de esta política e intensidad en su apli-

* **Autor de contacto:** Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Málaga, Pl. El Ejido, s/n. 29013. Málaga. jmoh@uma.es; tel.: +34 952 131 254.

** Universitat de Barcelona, Departamento de Política Económica - Institut d'Economia Aplicada (IREA) - Grup de Governos i Mercats (GiM), Carrer John M. Keynes 1-11, Spain; y, Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center. jrborrell@ub.edu; tel.: +34 934 039 722.

*** Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Despacho D. 2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria, tel.: +34 928 458 191. juanluis.jimenez@ulpgc.es.

cación no es ajeno a los cambios que se producen en su entorno político, jurídico y económico. De hecho, los efectos y reacciones a estos cambios permiten, en muchas ocasiones, delimitar distintas etapas en la evolución de la lucha contra los cárteles, como MCGOWAN (2009) y ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018) han realizado para la política anti-cártel de la Comisión Europea hacia los cárteles.

A este respecto, debe destacarse la enorme trascendencia que ha tenido la introducción de programas de clemencia, en la mayoría de países del mundo, sobre la efectividad de la política anti-cártel (BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA, 2014), hasta el punto de considerarse una piedra angular en su desarrollo. La amplia difusión e importancia dada a los programas de clemencia por las autoridades de defensa de la competencia ha motivado la aparición de un gran número de estudios teóricos, empíricos y experimentales que tratan de investigar los pros y contras de estos programas, proponiendo mejoras en su diseño, pero reconociendo todos ellos los efectos positivos que, en términos generales y hasta la actualidad, ha demostrado su aplicación en la desarticulación de cárteles y, muy probablemente, en la disuasión de su formación¹.

El presente trabajo realiza un examen de las diferentes fases que habría atravesado la política anti-cártel en España durante el intervalo de tiempo más amplio analizado hasta el momento. Concretamente, el estudio abarca el periodo comprendido entre el 7 de agosto de 1989, fecha de la entrada en vigor de la Ley 16/1989, y el 31 de diciembre de 2017². Se presta especial atención a las consecuencias de los distintos hechos relevantes en cada una de las fases, sobre los niveles de detección y sanción de los cárteles.

A diferencia de otros trabajos previos centrados en España³, este estudio profundiza en la dinámica de la actividad de detección por parte de las distintas autoridades de la competencia de ámbito nacional (TDC - Tribunal de Defensa de la Competencia hasta 2007, CNC - Comisión Nacional de la Competencia hasta 2013 y CNMC - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta la actualidad), a las que le fue encomendado hacer cumplir las normas en materia de competencia a lo largo del periodo de análisis. Asimismo, permite analizar las conexiones existentes entre las investigaciones llevadas a cabo por distintos órganos y el alcance temporal de las mismas en términos de desmantelamiento y sanción del cártel descubierto⁴.

¹ Véase MARVAO y SPAGNOLO (2018) para una recopilación reciente de las aportaciones claves en este campo de investigación.

² La aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, la primera ley de defensa de la competencia, no llevó a una definición jurídica precisa de lo que se consideraba un cártel, y así no hubo ninguna resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que acreditara y sancionara ningún cártel. Hasta la entrada en vigor de la Ley 16/1989 no se inicia una incipiente investigación efectiva en España sobre la existencia de cárteles para su eventual detección, identificación y sanción.

³ Véase, por ejemplo, BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ-DE-HARO (2015).

⁴ No son objeto de este estudio las resoluciones de las autoridades de competencia de ámbito autonómico que, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

Un gran número de iniciativas promovidas a lo largo del periodo objeto de análisis en España, así como aquellas que parece se abordarán en un futuro cercano, encuentran inspiración en los instrumentos y métodos introducidos por la Comisión Europea en su política contra los cárteles. No obstante, en las últimas etapas, encontramos diferencias importantes en la actitud de la autoridad de competencia para iniciar las investigaciones, así como en la severidad de los métodos de fijación de sanciones.

Por otro lado, en cuanto a la evaluación de la efectividad de las autoridades para combatir los cárteles, hay que decir que nuestros resultados no están exentos de la crítica habitual que se hace a este tipo de valoraciones, puesto que el análisis se basa únicamente en aquellos cárteles que han sido descubiertos por las autoridades, y no en la población real de cárteles, que siempre se desconoce. Por tanto, algunas de las conclusiones que se derivan del estudio hay que tomarlas con la debida cautela, aunque deben servir para orientar la investigación hacia la utilización de técnicas econométricas avanzadas, en línea con los trabajos más recientes⁵, que permitan dilucidar con precisión la efectividad de las políticas en la detección y disuasión de los cárteles.

Este trabajo muestra cómo la reforma de la ley de defensa de la competencia de 2007 y la incorporación del programa de clemencia, así como de otros mecanismos de descubrimiento y prueba directa de la existencia de cárteles, fue determinante en la mejora de la política anti-cárteles española. Desde 2008 en adelante, se han descubierto cárteles muy longevos y estables que habían quedado fuera del radar de las autoridades durante años. Adicionalmente, el trabajo muestra que a diferencia de lo que ha ocurrido a nivel europeo, la política anti-cárteles no está logrando el objetivo de disuasión en la formación de nuevos cárteles, ni en la desestabilización de los existentes.

Tras esta introducción, el apartado segundo proporciona una breve revisión de los cambios experimentados en la legislación en materia de defensa de la competencia y, particularmente, en las instituciones encargadas de hacerla cumplir en el ámbito nacional. El tercer apartado describe la base de datos que ha servido como base del estudio para la construcción de una serie de indicadores y su consecuente análisis. El apartado cuarto detalla la evolución en la detección de los cárteles que, una vez descubiertos, sabemos el periodo de tiempo en el que estuvieron activos, así como el origen del inicio de la investigación que llevó a descubrirlos y sancionarlos. El quinto apartado relata los factores que han influido en el criterio aplicado para la cuantificación de las sanciones impuestas a los cárteles, y una aproximación a sus efectos a través de la información proporcionada por una serie de indicadores. Finalmente, el sexto apartado recoge una serie

Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, han estado operativas y han detectado y sancionado un reducido número de cárteles, por ejemplo, la Resolución Transporte de viajeros de Gipuzkoa, de la Autoridad Vasca de la Competencia, de 27 de diciembre de 2017.

⁵ Véase, por ejemplo, ARMOOGUM, DAVIES y MARIUZZO (2017).

de consideraciones sobre la repercusión de las reformas emprendidas más recientemente, así como de las que parece se pretenden acometer, en la efectividad de la lucha contra los cárteles en España.

II. BREVE REVISIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

En esta sección realizaremos una breve descripción de los cambios más importantes acaecidos en el periodo de tiempo que es objeto de análisis. En particular, nos centraremos en los cambios en la normativa española en materia de defensa de la competencia, prestando especial atención a cómo han influido en la identificación y sanción de los cárteles, así como a las implicaciones que dichos cambios han tenido sobre las instituciones encargadas de hacer cumplir dicha normativa. Esta revisión permite establecer los momentos clave que nos llevan a delimitar las sucesivas etapas que ha atravesado la lucha contra los cárteles en España.

El primer hito en la evolución del marco normativo de defensa de la competencia lo constituye la entrada en vigor, el 7 de agosto de 1989, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 16/1989). Esta Ley derogaba el anterior referente legislativo, la Ley 110/1963, de 20 de julio⁶, y transponía la legislación comunitaria, buscando ajustar la política de competencia española a la seguida por la Comisión Europea (BORRELL, 1998).

La Ley 16/1989 conservó las principales instituciones creadas por la Ley 110/1963: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), como órgano instructor dependiente del Ministerio de Economía, y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), al que correspondían, entre otras funciones, la resolución de los expedientes. Este último órgano vio reforzada su independencia con la nueva norma, al concederle la consideración de órgano administrativo con autonomía orgánica y funcional.

En lo que se refiere a la incardinación legal de la conducta consistente en la participación en un cártel, esta quedaba recogida entre las prácticas colusorias prohibidas en el art. 1 de la Ley 16/1989, aun cuando la ley no ofrecía una definición precisa de lo que debía entenderse como cártel, que permitiera distinguir esa práctica de otros acuerdos horizontales anticompetitivos.

Cumpliendo con el proceso de descentralización en la aplicación de las normas comunitarias de competencia, iniciado por la Comisión Europea con el Reglamento (CE) núm. 1/2003⁷, el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, reconoció a los órganos de defensa de la competencia

⁶ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

⁷ Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

estatales las competencias y obligaciones derivados de esa normativa comunitaria. Esta reforma implica que la autoridad nacional de competencia, en aquel momento el TDC, también pueda resolver expedientes en los que haya que aplicar lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El segundo hito relevante en el periodo de estudio fue la entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2007, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) que derogaba la Ley 16/1989, e introducía una serie de reformas clave para la modernización de la política de competencia en España. A nivel institucional, la LDC implicaba la extinción del TDC y del SDC, cuyas funciones y medios eran traspasados a una nueva autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

La LDC establecía como órganos de la CNC: el Presidente, al que correspondía la dirección y representación de la misma, así como la presidencia del Consejo; el Consejo, entre cuyas funciones se encontraba la resolución de los procedimientos sancionadores; y la Dirección de Investigación (DI) encargada de llevar a cabo la investigación e instrucción de los expedientes previstos en la norma. Esta integración del órgano instructor en la estructura de la autoridad de competencia constituye una mejora en su independencia, comparado con el estatus del Servicio de Defensa de la Competencia en el anterior marco legal⁸.

Además de los cambios en la estructura orgánica, la nueva norma introduce numerosas novedades legislativas que directamente afectan tanto al propio concepto de cártel, como a los mecanismos para su detección y las sanciones a imponer a los participantes en estas prácticas ilegales. Así, la Disposición Adicional cuarta de la LDC introduce por primera vez una definición legal de cártel, de cuyo tenor literal se desprendería que para que un acuerdo entre competidores mereciera la catalogación de cártel, este debería ser secreto y su objeto ceñirse a alguna de las prácticas que se enumeran en dicha disposición.

Los requisitos exigidos en esta noción legal de cártel, así como la concepción más amplia aplicada en algunas resoluciones por parte del Consejo de la CNC, han sido objeto de litigio en numerosos recursos presentados ante los órganos jurisdiccionales competentes, que se han visto obligados a aclarar, entre otras cuestiones, qué se entiende por «secreto»⁹, o si prácticas no incluidas explícitamente en la definición de la LDC pueden también merecer la calificación de cártel¹⁰.

⁸ Véanse las definiciones y medidas de independencia de las autoridades de competencia en BORRELL y JIMÉNEZ (2008).

⁹ Véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 30 de mayo de 2013, núm. de recurso 397/2011, o la Sentencia del Tribunal Supremo 5343/2013, de 6 de noviembre, núm. de recurso 2736/2010.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2014, núm. de recurso 663/2011.

En lo que respecta al régimen sancionador aplicable a los cárteles, la nueva gradación de las infracciones de la competencia, introducida por la LDC en su art. 62, tipifica a los cárteles como conductas muy graves, y conforme a los importes máximos de las sanciones a imponer para cada tipo de infracción, recogidos en el art. 63, cualquier sujeto infractor participante en un cártel podría llegar a ser sancionado con una multa de hasta el 10 por 100 de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Por tanto, estas modificaciones reconocen explícitamente la extrema gravedad del ilícito de cártel, y facultan a la autoridad de competencia para establecer multas que puedan alcanzar los niveles más altos dentro del arco sancionador.

En lo relativo a los nuevos mecanismos de detección, la Ley de Defensa de la Competencia introduce, en sus arts. 65 y 66, un instrumento que había demostrado previamente su eficacia en el ámbito de otras jurisdicciones, incluyendo la Unión Europea, para desestabilizar y dismantelar cárteles: el conocido como programa de clemencia. En virtud de este nuevo procedimiento, los participantes en un cártel que colaboren con la autoridad, aportando elementos de prueba que permitan acreditar su existencia o la ordenación de una inspección en relación al mismo, pueden beneficiarse de reducciones en las sanciones que les habría correspondido de no haber colaborado, pudiendo llegar la Autoridad, bajo determinadas circunstancias, incluso a eximirles totalmente del pago de la sanción. La aplicación efectiva del programa de clemencia español tuvo lugar el 28 de febrero de 2008, fecha en la entró en vigor el desarrollo reglamentario de la LDC, concretamente el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que desarrolla los detalles del procedimiento de clemencia en los arts. 46 a 53 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

Otro momento clave en el desarrollo de la política española de defensa de la competencia, lo constituye la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Con su entrada en vigor, el 7 de octubre de 2013, queda extinta la CNC, cuyas funciones en materia de promoción y defensa de la competencia son asumidas por un nuevo organismo: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹¹. La organización y funcionamiento de esta institución se asienta sobre dos órganos de gobierno: el Consejo de la CNMC y el presidente de la CNMC, que también lo es del Consejo. El Consejo actúa en pleno y en salas, siendo la Sala de Competencia la que, usualmente, resuelve los expedientes de defensa de la competencia. Asimismo, la CNMC cuenta con cuatro direcciones de instrucción, y es la

¹¹ La CNMC nace integrando seis organismos encargados de la defensa de la competencia en general y la regulación económica de ciertos mercados específicos que, como consecuencia, quedaron extintos. En particular, esos organismos eran, además de la CNC, la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria (CREA).

denominada Dirección de Competencia (DC) a la que conciernen todas las labores de instrucción a las que se refiere la LDC.

Antes de terminar esta sección, no podemos omitir los cambios más recientes que se han producido en la normativa de competencia como consecuencia de la entrada en vigor, el 28 de mayo de 2017, 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.

Este Real Decreto representa la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre¹², comúnmente conocida como «Directiva de Daños», lo que supone la introducción de modificaciones en el articulado de la LDC. Así, se incorpora un nuevo Título VI «De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia», en el que se recogen, entre otras cuestiones, el reconocimiento al perjudicado del derecho a ser plenamente resarcido de los daños sufridos por una infracción de los arts. 101 o 102 del TFUE o de los arts. 1 o 2 de la LDC; el alcance de la responsabilidad de los infractores por el daño causado frente a los perjudicados; el plazo de prescripción para ejercer las acciones de resarcimiento de daños; el efecto vinculante de la constatación de una infracción de las normas de competencia por parte de una resolución firme, dictada por una autoridad española u órgano jurisdiccional competente de defensa de la competencia, ante un órgano jurisdiccional español; la regulación de la cuantificación de los daños y perjuicios; o los efectos de las soluciones extrajudiciales de controversias sobre los procedimientos de reclamación de daños.

En lo referente específicamente a los cárteles, a diferencia del resto de infracciones de la LDC para las que recae en el demandante la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos, se establece la presunción, salvo prueba en contrario, de la existencia de daño. Además, en consonancia con las medidas adoptadas por la Comisión, se establecen disposiciones que buscan proteger la eficacia del programa de clemencia, como la imposibilidad de que un tribunal en un procedimiento de reclamación de daños pueda ordenar la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco del programa de clemencia.

Pero las modificaciones a la LDC introducidas por el Real Decreto-ley 9/2017 no se han limitado exclusivamente a transponer lo establecido en la Directiva Europea de Daños, sino que modifica una disposición nuclear en la lucha contra los cárteles en España. Concretamente, introduce modificaciones en la redacción de la Disposición Adicional cuarta de la LDC que contiene, como hemos comentado previamente, la definición legal de cártel. En la nueva redacción, se amplían los supuestos para los que cabe

¹² Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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.

entender el concepto de cártel, añadiendo, a los acuerdos, las prácticas concertadas entre competidores, así como expresando el carácter no exhaustivo de la lista de prácticas subsumibles en ese concepto, aun cuando se planteen como ejemplos una serie de ellas, al abrir esa caracterización a todas las prácticas cuyo objetivo sea coordinar el comportamiento entre competidores o influir en los parámetros de competencia. Asimismo, la nueva definición elimina el requisito de «secreto» para que la práctica anticompetitiva entre competidores sea considerada un cártel.

Los efectos de estos últimos cambios tendrán que ser evaluados en el futuro, ya que posiblemente se manifestarán en la evolución que siga de los cárteles detectados y sancionados en los próximos años. En cualquier caso, en la última sección de este trabajo plantaremos una serie de reflexiones sobre posibles consecuencias de estas modificaciones de la LDC, así como de las que han de acometerse, como es el necesario desarrollo del procedimiento español de transacción, ya que con la transposición solo se llega a aclarar lo que se entiende por «solicitud de transacción».

III. BASE DE DATOS: CÁRTELES SANCIONADOS EN ESPAÑA EN EL PERIODO 1989-2017

Este trabajo está basado en los datos e información obtenidos a partir de todas las resoluciones de expedientes sancionadores de cárteles dictadas por cada una de las tres autoridades de ámbito nacional encargadas de aplicar la normativa española de defensa de la competencia, desde la aprobación y entrada en vigor de la Ley 16/1989 hasta 31 de diciembre de 2017. Concretamente, nuestra base contiene ochenta y siete casos de cárteles (87). De estos, catorce (14) fueron casos sancionados por el TDC (1989-2007), treinta y ocho (38) por el Consejo de la CNC (2007-2013), y treinta y cinco (35) por el vigente Consejo de la CNMC (2013-hasta diciembre de 2017)¹³.

Debemos destacar que, tal como se puede comprobar en el Anexo I, el número de casos analizados no es coincidente con el número de resoluciones consideradas en nuestra muestra. Esto es así, puesto que en determinados asuntos la autoridad dictó más de una resolución para un mismo caso de cártel. Asimismo, la autoridad de competencia en ocasiones ha sancionado a más de un cártel en un mismo caso, como discutiremos más adelante.

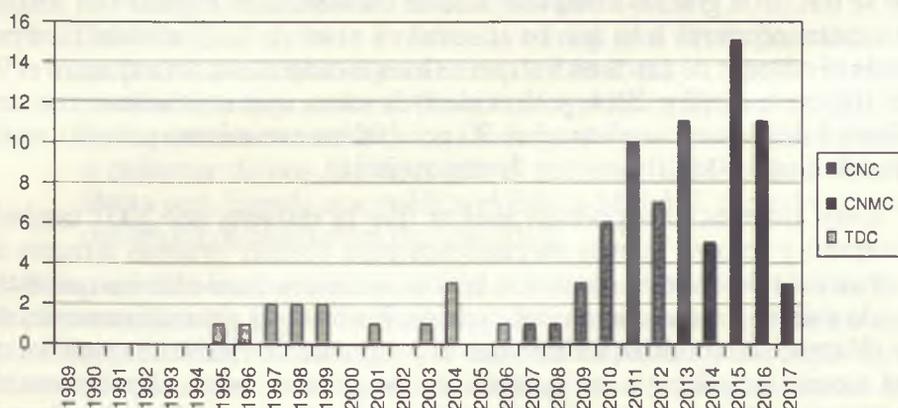
Así, en el expediente 395/97 Vacunas antigripales, el TDC publicó una segunda resolución para corregir un error material que existía en la primera. También el Consejo de la CNC, por diferentes razones, separó en varios expedientes las conductas infractoras de participantes en un mismo cártel, como sucedió en los siguientes asuntos: S/0084/08 Fabricantes de gel y

¹³ Debemos señalar que en este estudio no hemos tenido en cuenta las consecuencias que las Sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes han tenido sobre las Resoluciones dictadas por las autoridades de competencia.

S/0224/10 Colomer; S/0120/08 Transitarios y S/0269/10 Transitarios 2; y S/0226/10 Licitaciones de carreteras y S/0385/11 Campezo Construcciones. Por último, la Sala de Competencia de la CNMC dictó nueva Resolución, S/DC/0517/14 Bodegas José Estévez, una vez que la Audiencia Nacional había declarado la caducidad del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones respecto de la entidad José Estévez, S. A., considerando que no había prescrito la conducta infractora, previamente acreditada en la Resolución S/0091/08 Vinos Finos de Jerez¹⁴. Asimismo, hemos considerado oportuno incluir como casos de cárteles tanto de la Resolución S/0464/13 Puerto Santander como de la S/DC/0503/14 Fabricantes de Turrón¹⁵.

Como se puede observar en la Figura 1, atendiendo a la dinámica de la actividad sancionadora de cárteles a lo largo del periodo objeto de estudio, se aprecia una reducida actividad por parte del TDC, distribuida irregularmente a lo largo del periodo que estuvo operativo, lo que contrasta con el considerable aumento de los casos de cárteles sancionados a partir de la entrada en funcionamiento de la CNC, impulsada por el éxito de la entrada en vigor del programa de clemencia a finales de febrero de 2008. Este éxito ha encontrado continuidad posteriormente con la labor realizada por la CNMC, aunque se observa un acusado descenso de la actividad sancionadora en el año 2017, con un número de casos más propio de etapas tempranas en la lucha contra los cárteles. En cualquier caso, es esta última autoridad la que sanciona en el año 2015 la cifra más elevada de casos de cárteles en un mismo año, con un total de 15.

Figura 1. Número de casos de cárteles por autoridad sancionadora y año (1989-2017)



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

¹⁴ En estos casos, en los que existen dos fechas de resolución, hemos optado por tomar en consideración la más temprana, a efectos de obtener las variables relevantes.

¹⁵ Aun cuando estos casos no parecen haber merecido la caracterización de cártel en las memorias publicadas por la CNMC en los años 2015 y 2016, respectivamente, en nuestra opinión las conductas infractoras sancionadas caben claramente en la definición de cártel establecida en la Ley 15/2007.

La importancia del programa de clemencia en la resolución de los casos se ilustra en la Tabla 1, donde se expresa el porcentaje sobre el total, de casos en los que alguno de los miembros de los cárteles se acogió al programa de clemencia, así como aquellos en los que, específicamente, la investigación se inició gracias a la presentación de una solicitud de clemencia.

Tabla 1. Casos de cárteles con aplicación del programa de clemencia por año de resolución (% sobre total de casos)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
% Acogidos a clemencia	50	40	57,1	36,4	40	20	27,3	66,7
% Iniciados por solicitud de clemencia	50	30	28,6	36,4	40	20	9,1	66,7

Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

Destaca el considerable número de casos de cárteles en los que se aplicó el programa de clemencia hasta el año 2014, con porcentajes superiores al 36 por 100, dando paso a una etapa en la que el programa representa un papel menos relevante durante los años 2015 y 2016, para volver a un porcentaje muy elevado en el año 2017, aunque este último dato se debe interpretar con cautela al estar referido a un año donde únicamente se resolvieron tres casos de cárteles.

Sin embargo, el porcentaje de casos en los que se aplicó clemencia o que se iniciaron gracias a una solicitud de clemencia en España son sustancialmente inferiores a lo que ha sucedido a nivel de la Comisión Europea donde el número de casos en los que se ha aplicado clemencia alcanzó el 94 por 100 entre 1998 y 2014, y el número de casos que se iniciaron con una solicitud de clemencia alcanzó el 70 por 100 en ese mismo periodo según ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018).

Estos diferenciales podrían indicar que la reforma del 2007 también incorporó y reforzó nuevos mecanismos para obtener pruebas directas de la existencia de cárteles como son las inspecciones domiciliarias que están siendo más utilizadas que en la Comisión Europea. O alternatively, estos diferenciales podrían indicar que el programa de clemencia español no está siendo tan efectivo en la detección de cárteles como el programa de clemencia europeo, y por ello, las autoridades han mantenido otras formas de detección de cárteles en paralelo a la aplicación del programa de clemencia.

En este estudio, también descenderemos a nivel de cártel. Así, según la información recabada, la población de cárteles que habrían sido detectados y sancionados por las autoridades nacionales hasta el año 2017 se elevaría a 100 cárteles. Esta cifra, mayor que el número de casos de cárteles sancionados, se explica por el hecho de que en determinados casos se identificó a

más de un cártel. Por ejemplo, en la Resolución de la Sala de Competencia en el expediente S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW se sancionaron a los participantes en siete cárteles, y en el expediente S/DC/0562/15 Cables BT/MT, se sancionaron a los miembros en cinco cárteles. De esta forma, durante el periodo en el que estuvo operativo, en total, el TDC sancionó 15 cárteles, la CNC 38 y la CNMC 47.

Para la construcción de los indicadores presentados en este trabajo, se ha obtenido para cada caso y cártel la siguiente información:

1. Inicio de la investigación: fecha que figura en la resolución como el momento en el que se inició la investigación del cártel por parte del órgano instructor. Asimismo se ha distinguido si el inicio de la investigación obedeció a la presentación de una denuncia, a la presentación de una solicitud de clemencia (a partir de la entrada en vigor del programa, el 28 de febrero de 2008), o a la propia iniciativa del órgano instructor competente.
2. Inicio del cártel: fecha de inicio del cártel según las investigaciones realizadas (o la confesión, en el caso de la delación).
3. Fin del cártel: fecha en la que el cártel finalizó, bien como consecuencia de las actuaciones de las autoridades de competencia, o bien por rotura interna del mismo, conforme a la información que consta en la resolución del caso.
4. Duración del cártel: número máximo de años que el cártel estuvo funcionando.
5. Duración de la investigación: número de años desde la fecha de inicio de la investigación del cártel hasta la fecha en la que se dictó la resolución por la autoridad de competencia.
6. Sanción total: cuantía de la multa oficial final fijada para todas las empresas participantes en el caso de cártel, tal y como consta en la resolución sancionadora. Al objeto de poder comparar los importes de las sanciones establecidos a lo largo del periodo, se ha procedido a deflactar dichos importes por el deflactor del Producto Interior Bruto para España que publica el Banco Mundial, estando expresados en euros constantes del año 2010.

Para terminar este apartado, se ofrece información sobre los casos de cárteles examinados según la autoridad de competencia vigente en cada etapa. En particular, se muestran una serie de estadísticos descriptivos relativos a la duración de los casos de cárteles sancionados, así como a la duración de las investigaciones que dieron lugar a las resoluciones por parte de la autoridad competente en cada etapa (véanse Tablas 2 y 3).

La duración media de los cárteles incluidos en los casos resueltos durante el periodo analizado casi alcanzó los nueve años. Cabe destacar que la longevidad promedio de los cárteles sancionados aumentó alrededor del doble durante la etapa de la CNC, con respecto a la etapa anterior, y ha continuado aumentando en el periodo que abarca desde el inicio de mandato de la CNMC hasta el año 2017.

Tabla 2. Duración en años de los cárteles por caso y autoridad sancionadora

	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínima</i>	<i>Máxima</i>
1989-2007 TDC (14 casos)	4,67	3,00	6,41	0,02	26,02
2007-2013 CNC (38 casos)	9,19	7,10	7,69	0,42	33,81
2013-2017 CNMC (35 casos)	10,07	10,92	6,83	0,20	28,60
Periodo 1989-2017 (87 casos)	8,82	7,00	7,32	0,02	33,81

Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

Tabla 3. Duración de la investigación en años

	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínima</i>	<i>Máxima</i>
1989-2007 TDC (14 casos)	3,35	3,03	1,15	2,03	5,49
2007-2013 CNC (38 casos)	2,45	2,41	0,53	1,65	3,87
2013-2017 CNMC (35 casos)	2,50	2,28	0,68	1,65	4,08
1989-2017 Periodo (87 casos)	2,62	2,41	0,78	1,65	5,49

Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

Los valores promedios de la duración máxima no parecen alejarse de los obtenidos en otros estudios referidos a cárteles descubiertos en otros países. Así, LEVENSTEIN y SUSLOW (2006) recopilan esos resultados y señalan que la duración máxima promedio en esos estudios estaría entre 3,7 y los diez años. Teniendo en cuenta la elevada dispersión, debe también prestarse atención al valor de la duración en mediana de los cárteles sancionados, que para todo el periodo estaría en siete años, cifra semejante a la duración de los cárteles sancionados por el Consejo de la CNC.

Aunque realizaremos un análisis más detallado en la siguiente sección respecto al momento de detección de los cárteles y la autoridad que operaba en dicho momento, estos datos apuntarían inicialmente a una progresiva mayor efectividad de las sucesivas autoridades para dismantelar cárteles que no habían sido detectados en etapas previas.

En lo que respecta a los casos extremos en la duración de los cárteles considerados en la muestra, señalar el valor mínimo correspondiente al cártel sancionado en la Resolución del TDC en el expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante con una duración de una semana; al que le sigue, como

segundo valor mínimo en duración, el cartel sancionado en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expediente S/484/13 Redes abanderadas, con una duración de dos meses y trece días. Por otro lado, en lo referente al valor máximo de la duración de los carteles sancionados, esta se corresponde con la del cartel que fue objeto de la Resolución del Consejo de la CNC, en el expediente S/0316/10 Sobres de papel, que casi alcanzó los treinta y cuatro años.

Si analizamos la duración de las investigaciones que llevaron a las autoridades de competencia en cada etapa a sancionar los carteles (véase Tabla 3), la duración promedio de la investigación para todo el periodo superó los dos años y medio. El promedio de la duración de las investigaciones asociadas a los casos sancionados por el TDC superó los tres años. Sin embargo, las investigaciones de los casos sancionados por la CNC y la CNMC alcanzaron, en media, valores muy similares, pero inferiores en algo más de seis meses a la duración en la etapa inicial del TDC.

Resulta llamativo que esa diferencia sea, aproximadamente, la existente entre el plazo máximo para resolver un expediente sancionador que tenía el TDC conforme a lo establecido en la Ley 16/1989 (dos años) y el plazo actualmente existente de acuerdo a lo dictado en el art. 36.1 de la Ley 15/2007 (dieciocho meses), aun cuando ese plazo máximo se computa desde la fecha del acuerdo de incoación de expediente sancionador, que siempre es posterior a la fecha de inicio de la investigación, momento que hemos considerado para calcular la duración de la investigación. En cualquier caso, el mayor plazo legal para adoptar la resolución del que habría dispuesto el TDC, puede considerarse un factor relevante para explicar la mayor duración promedio de las investigaciones en los casos de carteles sancionados por esa institución, en comparación con la duración de las investigaciones realizadas en las etapas de la CNC y la CNMC.

En lo que concierne a los valores máximos y mínimos, la duración de la investigación más larga fue la del cartel sancionado en la Resolución del expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante dictada por el TDC, con casi cinco años y medio. Por otro lado, hubo dos expedientes sancionadores en los que se tardó menos en resolver desde el inicio de la investigación. Estos fueron el expediente S/0402/12 Espuma elastomérica y el S/0473/13 Postes de hormigón, resueltos, respectivamente, por el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia de la CNMC, con una duración de un año y casi ocho meses.

IV. DETECCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

Uno de los principales problemas que conlleva el estudio de la efectividad en la detección de carteles es el hecho de desconocer la población real de carteles en cada momento, y tener que basar los resultados, por tanto, en el número de carteles que fueron descubiertos. Reconociendo las limitacio-

nes que este hecho supone, el análisis de los 100 cárteles, que sabemos, con base en las resoluciones publicadas hasta el año 2017, estuvieron activos en cada etapa, proporciona información relevante acerca de los resultados de la actividad de las autoridades de defensa de la competencia.

Así, la Figura 2 muestra en el eje vertical el número de cárteles activos conocidos, considerando el periodo de vida de cada cártel conforme al intervalo máximo de tiempo en el que estuvo en funcionamiento, o duración máxima. El número máximo de cárteles activos en un año se alcanza en 2008, con 59 cárteles. Las diferentes tramas de las barras se corresponden con la autoridad de competencia que inició la investigación del cártel. En el caso de la CNC, hemos querido distinguir también aquellos cárteles cuya investigación se inició por la Dirección de Investigación antes de la entrada en vigor del programa de clemencia, al objeto de poder distinguir el papel que tuvo ese programa en la detección de cárteles.

Como se puede observar en la Figura 2, la entrada en vigor del programa de clemencia en el año 2008 supone una importante mejora no solo en la detección de cárteles que eran contemporáneamente activos, sino también de cárteles que habían estado funcionando en etapas previas, y no habían sido descubiertos hasta entonces¹⁶. Asimismo, en línea con lo señalado por MILLER (2009), así como con lo observado para el caso de la Comisión Europea por ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018), la evolución muestra el incremento en el número de cárteles descubiertos justamente después de la introducción del programa de clemencia y, a partir de entonces, ese número cae incluso por debajo de niveles previos a la entrada en vigor del programa.

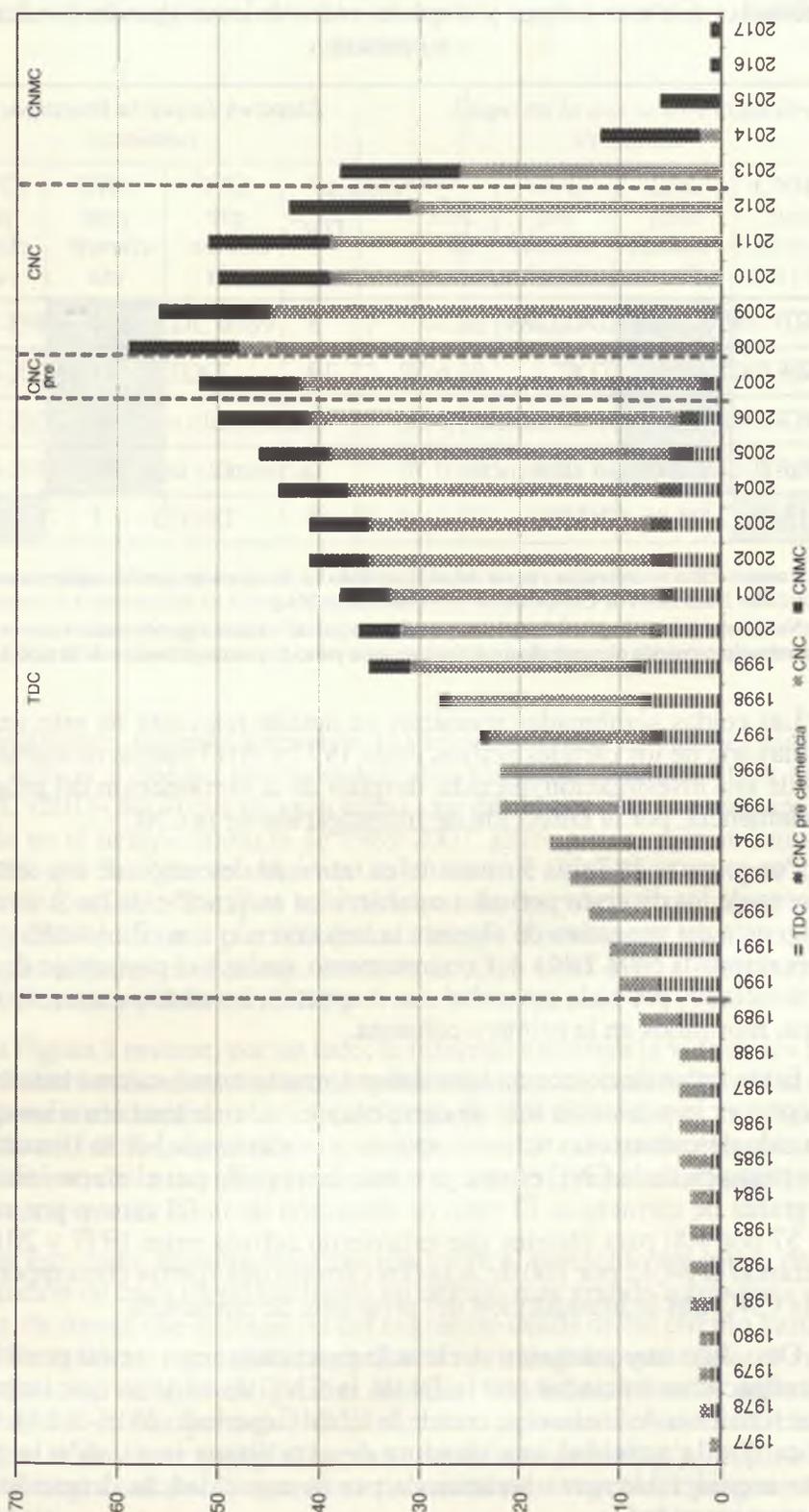
Conviene destacar el significativo número de cárteles que habrían estado funcionando desde el año 1997 y habrían sido detectados, con bastante posterioridad, por la Dirección de Competencia de la CNMC. Se trataría, por tanto, de cárteles que no se habrían desestabilizado con la entrada del programa de clemencia, e incluso muchos de ellos, como veremos más adelante, se descubrieron por otros medios distintos al programa.

La Tabla 4 complementa la información facilitada por la Figura 2. En ella detallamos el número de cárteles que estaban activos y revelados, para cada una de las autoridades existentes (diferenciando dentro de la CNC el periodo pre-clemencia del post-clemencia).

En el periodo previo a la entrada en vigor de la Ley 16/1989, el 7 de agosto, sabemos en la actualidad que existieron siete cárteles. La detección de tres de ellos se inició por parte del Servicio de Defensa de la Competencia y cuatro por la Dirección de Investigación de la CNC. Este dato contrasta claramente con los 72 y 77 cárteles que estuvieron activos en los periodos 1989-2007 y 2008-2013, respectivamente.

¹⁶ Como comentamos anteriormente, nótese que un cártel sancionado por la CNC estuvo operativo desde 1977 y, hasta la fecha, es el más longevo de todos los sancionados. Este corresponde al cártel S/0316/10 Sobres de papel.

Figura 2. Número de cárteles que estaban activos por año y etapa de Autoridad de Competencia de inicio de investigación



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

Tabla 4. Cárteles activos y etapa de inicio de investigación conducente a sanción

		Cárteles Activos	Etapa en la que la investigación comienza			
			TDC	CNC pre clemencia	CNC post clemencia	CNMC post clemencia
1977-1989	pre LDC 1989	7	3	0	4	0
1989-2007	TDC	72	19	2	41	10
2007-2008	CNC pre clemencia	56	1	1	44	10
2008-2013	CNC post clemencia	77	0	0	65	12
2013-2017	CNMC	18	0	0	7	11

Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

Notas: el sombreado gris resalta la etapa en que comenzó la investigación para el mayor número de cárteles descubiertos que estuvieron activos en cada periodo (horizontalmente en la tabla).

Las celdas sombreadas muestran un detalle relevante de este análisis. La mayoría de los cárteles activos entre 1977 y 2013 fueron descubiertos a raíz de una investigación iniciada, después de la introducción del programa de clemencia, por la Dirección de Investigación de la CNC.

Por su parte, la Tabla 5 muestra los ratios de detección de los cárteles a lo largo de los diversos periodos establecidos en función de las autoridades y vigencia del programa de clemencia, resumiendo con ello la información proporcionada en la Tabla 4. Concretamente, incluye el porcentaje de cárteles detectados por cada autoridad con respecto a los cárteles activos en cada etapa, mostrados en la primera columna.

Estos ratios de detección, que deben tomarse como valores máximos al no conocer la población real de cárteles que incluiría también a los que no han sido descubiertos, vuelven a apuntar a la efectividad de la Dirección de Investigación de la CNC en este proceso, favorecida por el efecto inicial del programa de clemencia. El ratio de detección de la DI estuvo por encima del 57 por 100 para cárteles que estuvieron activos entre 1977 y 2013, alcanzando el 84,42 por 100 de aquellos cárteles que fueron contemporáneos de la CNC tras la introducción del programa de clemencia.

Otro dato importante es el elevado porcentaje, casi un 40 por 100, de investigaciones iniciadas por la DI de la CNC de cárteles que llegaron a estar funcionando incluso ya creada la CNMC (periodo 2013-2017), lo que indica que la actividad sancionadora de esta última institución se habría visto considerablemente beneficiada por la capacidad de detección de la anterior autoridad.

Tabla 5. Ratios de detección de cárteles a lo largo de los cuatro periodos considerados

		Activos	Etapa en la que la investigación comienza			
			TDC (%)	CNC pre clemencia (%)	CNC post clemencia (%)	CNMC post clemencia (%)
1977-1989	pre LDC 1989	7	42,86	0,00	57,14	0,00
1989-2007	TDC	72	26,39	2,78	56,94	13,89
2007-2008	CNC pre clemencia	56	1,79	1,79	78,57	17,86
2008-2013	CNC post clemencia	77	0,00	0,00	84,42	15,58
2013-2017	CNMC	18	0,00	0,00	38,89	61,11

Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades de Competencia en España hasta 2017.

Nota: el sombreado gris resalta la etapa en la que comenzó la investigación para la mayor cantidad de cárteles descubiertos que estuvieron activos en cada periodo (horizontalmente en la tabla).

Finalmente, también sorprende el elevado número de cárteles que estaban activos y que no han sido descubiertos hasta la última etapa de la CNMC (2013-2017) que alcanza cifras casi del 14 por 100 en una etapa tan alejada en el tiempo como la de 1989-2007. Estos porcentajes son mucho mayores que los que se observan en el caso de la política europea anti-cártel: la Comisión Europea ha sido capaz de descubrir y sancionar entre 2006 y 2014 solo un 2 por 100 de los cárteles descubiertos y sancionados en etapas alejadas en el tiempo como es la etapa 1981-1995 (ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2018).

La Figura 3 resume, por un lado, la información sobre la vida de los cárteles descubiertos: el nacimiento, representado por un cuadrado, y la muerte, representada mediante un círculo pequeño. De esta manera, la longitud de cada uno de los segmentos marcados con trazo más grueso (es decir, la distancia entre el cuadrado y el círculo pequeño), representa la duración del cártel correspondiente.

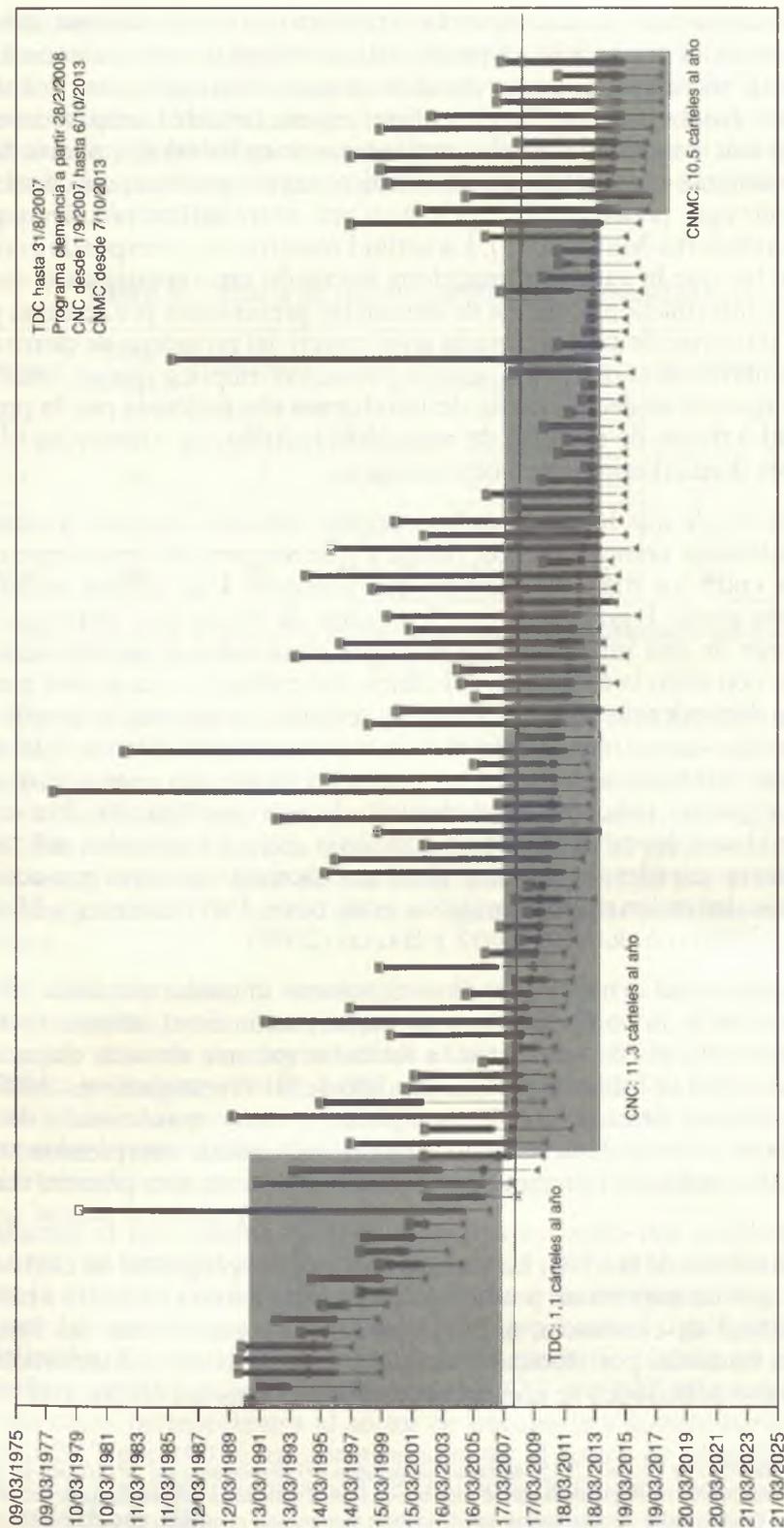
Por otro lado, muestra información sobre el momento del inicio de investigación de cada cártel mediante un círculo más grande sobre cada segmento, de forma que la longitud del segmento desde dicho círculo hasta la fecha de sanción, representada mediante un triángulo, mostraría el valor de la duración de la investigación. Además, las distintas bandas delimitan los periodos en los que estuvieron vigentes cada una de las instituciones encargadas de hacer cumplir las normas de competencia, y la línea horizontal negra señala el momento de entrada en vigor del programa de clemencia.

Tal y como se señala, el número de cárteles detectados por año durante la etapa del TDC fue de 1,1, experimentando un formidable aumento durante el periodo de la CNC, con 11,3 cárteles por año. El dato que aparece para la CNMC, 10,5 cárteles por año, se obtiene dividiendo el número de cárteles detectados por el periodo comprendido entre el inicio de funcionamiento de la CNMC y la última investigación que conocemos ha tenido éxito en el descubrimiento de cárteles (el 28 de noviembre de 2014, que llevó a la sanción de cinco cárteles en la Resolución S/DC/0562/15 Cables BT/MT). Por tanto, este valor hay que tomarlo con cierta cautela y entenderlo como una aproximación provisional.

La Figura 3 permite apreciar una serie de hechos relevantes, algunos de ellos ya apuntados en apartados anteriores mediante otros indicadores:

- a) En primer lugar, se observa que los cárteles sancionados por el TDC tuvieron una vida corta en relación con la que tuvieron otros cárteles detectados y sancionados posteriormente.
- b) En segundo lugar, las investigaciones iniciadas a partir de la introducción del programa de clemencia hasta principios del año 2013, permitieron descubrir un gran número de cárteles longevos, que habrían estado operativos durante la mayor parte del tiempo que estuvo vigente el TDC.
- c) En tercer lugar, las investigaciones de cárteles iniciadas en el año 2013 por la DI de la CNC merecen varias consideraciones:
 - i) Las investigaciones detectaron principalmente cárteles jóvenes.
 - ii) Los inicios de las investigaciones se concentraron en el segundo trimestre del año, en el que se detectaron 23 cárteles (el 33,33 por 100 de todos los cárteles detectados en el periodo 2007-2013), sin que se iniciara ninguna investigación posteriormente por la DI, al menos que tuviera éxito. Esta es la razón por la que se observa en la Figura 3 una cronología casi horizontal o plana en lo que se refiere a las investigaciones iniciadas en ese año. Una posible explicación podría ser el contexto de incertidumbre generado por la proximidad de los cambios anunciados, que suponían la creación de la CNMC y la extinción de la CNC.
 - iii) Todos estos cárteles descubiertos fueron sancionados por la Sala de Competencia de la CNMC.
- d) Por último, las investigaciones iniciadas por la Dirección de Competencia de la CNMC que, actualmente, sabemos que han tenido éxito, detectaron numerosos cárteles longevos no descubiertos por la CNC. Este hecho contrasta con los resultados obtenidos para la Comisión Europea por ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018) que muestran que, en la etapa más reciente de la Comisión, los cárteles descubiertos habrían tenido fundamentalmente una corta vida. No obstante, esta diferencia puede que encuentre respuesta en la distinta actitud mantenida por la CNMC en la política anti-cártel, tal y como explicaremos a continuación.

Figura 3. Nacimiento, muerte, fecha de inicio de investigación y sanción de cárteles en España (periodo 1989-2017)



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España.

A continuación, analizaremos la actitud para el inicio de una investigación de cártel que habría adoptado cada autoridad durante su periodo de vigencia. Generalmente, en los estudios se suele distinguir entre dos tipos de actitud: pasiva y activa. El primer tipo, supone falta de iniciativa investigadora y sancionadora de cárteles, actitud que no es habitual, y podría darse si se impusieran otros intereses, en conflicto con la política anti-cártel. En el segundo tipo, podemos distinguir, a su vez, entre actitud reactiva y pro-activa (ABRANTES-METZ, 2013). La actitud reactiva se corresponde con los casos en los que la autoridad reacciona iniciando una investigación solo a raíz de la información obtenida de denuncias presentadas por terceras partes, o la información proporcionada en el marco del programa de clemencia por miembros de cárteles. La actitud pro-activa implica que el inicio de la investigación se decide a raíz de la información recabada por la propia autoridad a través de estudios de mercados, métodos de «*screening*», inspecciones domiciliarias, entre otras técnicas.

El hecho de que las autoridades cuenten con unos recursos limitados, tanto materiales como humanos, obliga a que asignen eficientemente esos recursos entre los fines alternativos que persigan. Una actitud puramente reactiva puede lograr minimizar los costes de iniciar una investigación, al disponer de una información previa que aumentaría la probabilidad de acreditar con éxito la existencia del cártel. Sin embargo, esta actitud genera excesiva dependencia de la iniciativa de terceros, lo que puede conducir a periodos de escasa o nula actividad en la lucha contra los cárteles¹⁷. Dependencia que también existe respecto de la información que se aporte, que no tiene por qué ser suficiente para el inicio de una investigación. Por tanto, las autoridades deberían buscar un equilibrio entre los métodos utilizados para detectar cárteles y combinar técnicas reactivas con otras pro-activas, tal y como defienden muchos estudios, entre otros, FRIEDERISZICK y MAIER-RIGAUD (2008) o ABRANTES-METZ y BAJARI (2009).

El análisis del origen de las investigaciones iniciadas por cada autoridad nacional de la competencia, y su participación en el número total de investigaciones, puede aproximar la actitud imperante en cada etapa. Así, tal como indica la Tabla 6, el 84,21 por 100 de las investigaciones del SDC que permitieron detectar cárteles, se iniciaron como consecuencia de una denuncia de terceros. Este porcentaje tan elevado puede interpretarse como una política anti-cártel principalmente reactiva durante esta primera etapa.

La política anti-cártel experimenta ciertos cambios con la entrada en funcionamiento de la CNC. La entrada en vigor del programa de clemencia permite que un importante porcentaje de investigaciones se inicie a raíz de una solicitud de clemencia, el 36,23 por 100. Conjuntamente las investigaciones iniciadas por técnicas reactivas, es decir, como consecuencia de denuncias o solicitudes de clemencia, representa más del 55 por 100.

¹⁷ HARRINGTON y CHANG (2015) destacan los peligros del desplazamiento de recursos de técnicas pro-activas hacia investigaciones que se fundamentan en la aplicación del programa de clemencia, lo que, bajo determinadas circunstancias, puede incluso incrementar el número de cárteles.

No obstante, como ha ocurrido en otros ámbitos (HÜSCHEL RATH, 2010), la Dirección de Investigación de la CNC mostró signos de un mayor uso de métodos pro-activos en la detección de cárteles que el resto de autoridades en otras etapas. Concretamente, las investigaciones iniciadas de oficio por la Dirección de Investigación representaron casi el 45 por 100 del total, mientras que para otros órganos instructores solo han representado valores entorno al 16 por 100.

Tabla 6. Etapa de inicio y origen de la investigación

<i>Etapa</i>	<i>Total iniciadas</i>	<i>Denuncia</i>	<i>%</i>	<i>Solicitud de Clemencia</i>	<i>%</i>	<i>Ex officio</i>	<i>(%)</i>
TDC	19	16	84,21	—	—	3	15,79
CNC	69	13	18,84	25	36,23	31	44,93
CNMC	12	4	33,33	6	50	2	16,67
Total	100	33	33	31	31	36	36

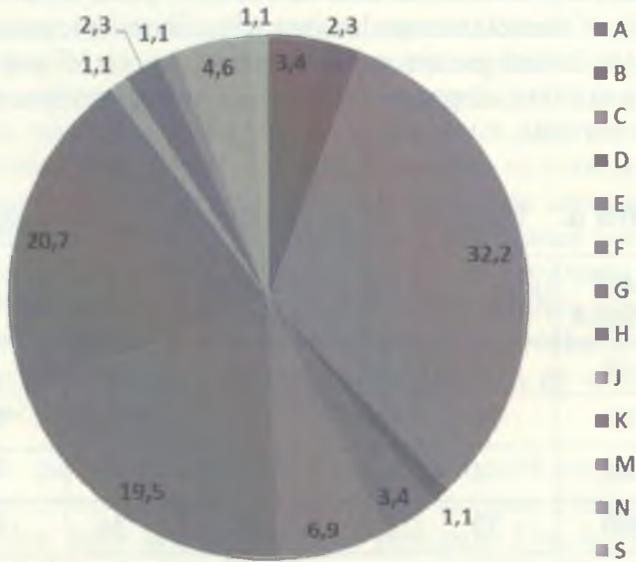
Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

Tenemos que volver a insistir en que los porcentajes correspondientes a la Dirección de Competencia de la CNMC puede que no sean definitivos, ya que desconocemos si existen más investigaciones iniciadas en el periodo 2013-2017 que lleven a la sanción de un cártel, más allá del año 2017. En consecuencia, aun cuando parece mostrar el predominio de métodos reactivos en el inicio de sus investigaciones (83,33 por 100 del total de investigaciones), la actitud de este órgano debe ser evaluada en futuros trabajos.

En cualquier caso, la actitud de la Dirección de Competencia parece menos reactiva que la asumida por la Comisión Europea. De hecho, esta última, de acuerdo con los resultados destacados en ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018), podría estar desplazando la mayoría de sus recursos hacia los procedimientos que se inician a raíz de una solicitud de clemencia, lo que también habría tenido consecuencias en la duración de los cárteles descubiertos por la Comisión Europea en los últimos años, tal y como hemos señalado previamente.

Antes de terminar esta sección, estimamos oportuno llamar la atención sobre la existencia de sectores que, conforme a las investigaciones realizadas por las autoridades, se ha demostrado que estaban significativamente cartelizados. Como destaca la Figura 4, los casos de cárteles en el sector manufacturero (C) habrían representado el 32,2 por 100 del total, seguido por los casos pertenecientes al sector de transporte y almacenamiento (H) con un 20,7 por 100, y los correspondientes al sector de comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas (G) con un 19,5 por 100.

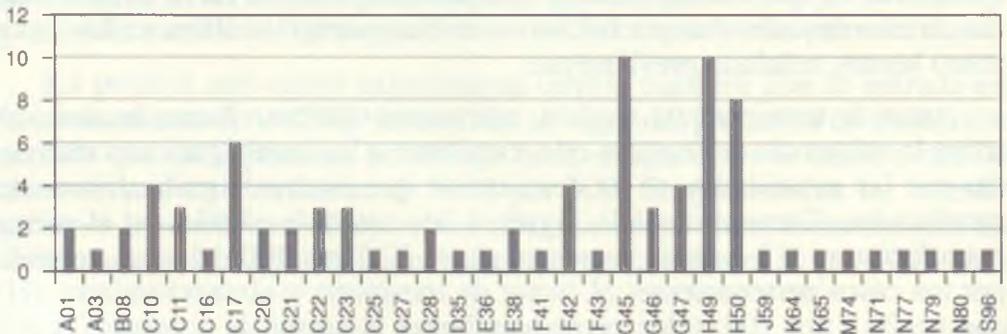
Figura 4. Porcentaje de casos de cárteles según el sector CNAE en el que operaban



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades de Competencia en España hasta 2017.

Si descendemos a nivel de dos dígitos de la CNAE, se puede apreciar en qué actividades económicas, dentro de esos sectores mencionados, se ha terminado sancionando un mayor número de casos de cárteles. En particular, la Figura 5 muestra que la «Venta y reparación de vehículos de motor y motocicletas» (G45) y el «Transporte terrestre y por tubería» (H49), cada una con 10 casos, serían actividades donde se habría detectado un elevado número de cárteles. En el sector manufacturero, se observa una mayor dispersión de los casos de cárteles entre las actividades que lo integran, destacando la «Industria del papel» con seis casos.

Figura 5. Número de casos de cárteles según actividad económica (CNAE-2 dígitos)



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

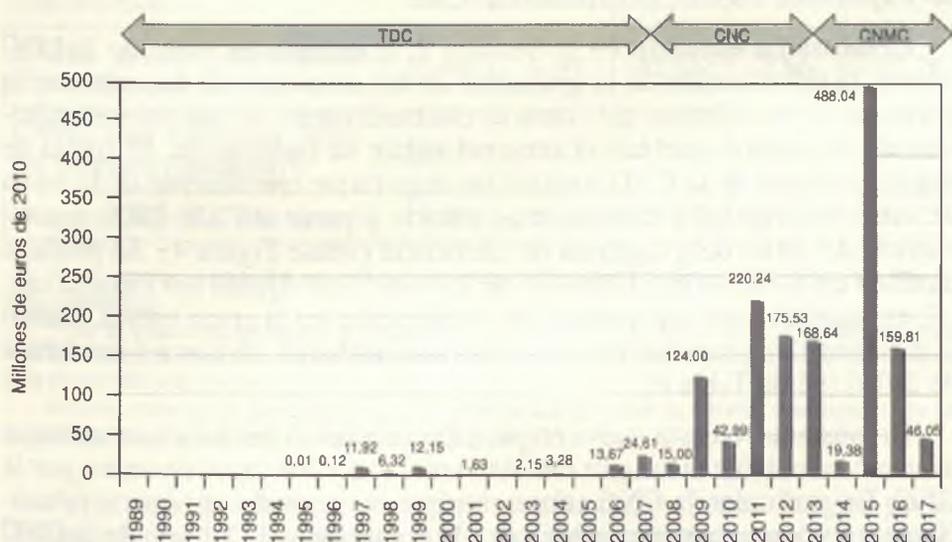
Esta concentración de casos de cárteles en determinados sectores y actividades económicas hace recomendable que una política pro-activa pase por la construcción de indicadores estructurales y de comportamiento¹⁸, que permitan, sobre la base de la experiencia y el conocimiento de esos mercados concretos, monitorizar y vigilar estos sectores para detectar e impedir la creación de nuevos cárteles.

V. SANCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

La evolución de la política sancionadora aplicada a los cárteles por las autoridades nacionales de la competencia también se ha visto afectada, no solo por los cambios normativos e institucionales, sino también por la actitud que han demostrado las autoridades vigentes en cada momento, así como, en la etapa más reciente, por la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, al interpretar los criterios y límites que deben guiar la fijación de las sanciones por infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por tanto, en esa sección realizaremos un análisis de las sanciones fijadas en casos de cárteles, atendiendo a cada uno de esos hechos. La Figura 6 proporciona una primera aproximación de los cambios producidos durante el periodo de análisis, a través de la evolución de la suma total de las sanciones impuestas por año y etapa de la autoridad nacional de defensa de la competencia.

Figura 6. Sanciones impuestas a cárteles en el periodo 1989-2017



Fuente: elaboración propia a partir de la información de todos los cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de la Competencia en España.

¹⁸ Véase HARRINGTON (2007, 2008) para una exposición de las diferentes clases de marcadores que pueden considerarse para detectar la colusión.

Como se puede apreciar, hasta finales del año 2007 no se observan grandes variaciones en el importe total de la suma de sanciones impuestas, lo que se corresponde con la mencionada etapa de política reactiva del TDC, con resultados variables a lo largo de su periodo de funcionamiento y escasa entidad de las sanciones fijadas en los casos de cárteles.

Hay que señalar que la Ley 16/1989, en lo que respecta a la cuantía de las sanciones, solo disponía que se pudieran fijar multas de hasta 150 millones de pesetas (901.518,16 euros) para infracciones del art. 1, cuantía que podía ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas del ejercicio económico inmediatamente anterior a la fecha de resolución del expediente. Asimismo, establecía una serie de factores que debieran tenerse en cuenta en la fijación del importe de las multas.

La falta de unas directrices claras sobre cómo calcular el importe otorgó un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación de cuál debiera ser la sanción que merecieran las conductas consistentes en cárteles. Esta discrecionalidad se manifestó en una política sancionadora más indulgente hacia a estas conductas, comparada con la adoptada en etapas posteriores por otras autoridades.

Como se detalla en la Tabla 7, la sanción por caso en esta etapa del TDC alcanzó en mediana 1,59 millones de euros (constantes de 2010). La sanción total más baja fijada en este periodo corresponde al caso decidido en la Resolución del expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante con una sanción total de 9.300 euros (constantes de 2010) y la sanción total más elevada fue de 13,67 millones de euros (constantes de 2010) en la Resolución del expediente 588/05, Distribuidores Cine.

Como se ha expuesto en la Sección 2, la entrada en vigor de la LDC supuso la introducción de la gradación de las sanciones de acuerdo con la gravedad de las mismas, así como el establecimiento de los valores máximos de la sanción que cabría imponer según su tipificación. El inicio de funcionamiento de la CNC implicó un importante crecimiento de la suma de sanciones fijadas a cárteles, más notorio a partir del año 2009, consecuencia del éxito del programa de clemencia (véase Figura 4). Se produce también un aumento en el importe de las sanciones fijadas por caso de cártel, en general, muy superiores a las establecidas en la etapa previa, siendo la mediana de la sanción por caso de 11,62 millones de euros (constantes de 2010) (véase Tabla 6).

No obstante, en esta nueva etapa, cabe señalar un hecho importante que hace recomendable distinguir también entre todos los casos resueltos por la CNC. En particular, la CNC consciente que no se estaba aportando la suficiente transparencia y previsibilidad a la actuación del Consejo de la CNC en el cálculo de las sanciones por infracciones de la LDC, el 6 de febrero de 2009 publicó la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 del TFUE). Esta Comunicación, inspirada en las Directrices para el cálculo de

sanciones publicadas por la Comisión Europea, daba a conocer el método que aplicaría la autoridad para establecer la cuantía de las sanciones. Así, la primera vez que el Consejo de la CNC reconoce estar aplicando la Comunicación en un caso de cártel es en la Resolución S/0080/08 Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras, de 8 de septiembre de 2010.

Tabla 7. Sanciones en casos de cárteles y autoridad sancionadora

<i>Autoridad sancionadora</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Des- viación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
Tribunal de Defensa de la Competencia (14 casos)	3,66	1,59	4,75	0,009	13,67
Comisión Nacional de la Competencia (37 casos)*	20,81	11,62	26,00	0,46	120,92
CNC no aplica Comunicación (12 casos)	22,64	8,02	35,06	0,543	120,92
CNC aplica Comunicación (25 casos)	19,93	16,02	21,17	0,46	87,61
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (35 casos)	20,39	5,59	31,31	0,011	130,55
CNMC no aplica Comunicación (4 casos)	1,92	1,38	2,06	0,089	4,81
CNMC aplica Comunicación (5 casos)	22,46	3,93	42,11	1,86	97,76
CNMC post Sentencia Tribunal Supremo (26 casos)	22,83	7,43	31,43	0,011	130,55
Periodo 1989-2017 (86 casos)	17,69	6,06	26,75	0,009	130,55

Nota: valores expresados en millones de euros deflactados con base 2010 (Deflactor PIB del Banco Mundial).

* En el caso correspondiente a la Resolución S/0085/08, Dentífricos, el Consejo declaró prescrita la infracción. Por tanto, los cálculos están realizados para 37 casos, en lugar de 38 como ocurre para el resto de indicadores.

Fuente: elaboración propia a partir de la información de todos los cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de la Competencia en España.

A partir de la información incluida en las resoluciones dictadas por el Consejo de la CNC, la Comunicación se habría aplicado en el 67,6 por 100 de los casos. En media no parece apreciarse una gran diferencia entre las sanciones fijadas en los casos en los que se tuvo en cuenta la Comunicación y en los que no. En cualquier caso, dada la elevada dispersión de los valores, conviene prestar también atención al valor de la mediana, donde la sanción por caso fue casi el doble en los casos donde se aplicó la Comunicación.

La sanción mínima establecida en un caso de cártel en el periodo de vigencia de la CNC corresponde a la Resolución S/0397/12 Transportes Madrid, en la que se aplicó la Comunicación, con 460.010 euros (constantes de 2010). Por otro lado, la sanción máxima en un caso de cártel se fijó en una Resolución en la que no consta que se aplicara la Comunicación, concretamente en el expediente 648/08, Hormigones cántabros, con un importe total de casi 121 millones de euros (constantes de 2010).

La entrada en funcionamiento de la CNMC viene acompañada con un considerable descenso en la suma de las sanciones fijadas a los cárteles, con un repunte drástico en el año 2015, que lleva a alcanzar un máximo para todo el periodo 1989-2017 y una suma total que supera los 488 millones de euros, importe que vendría, fundamentalmente, explicado por la cifra record en el número de casos de cárteles sancionados en ese año (véase Figura 4).

Exceptuando los casos en los que se aplicó la Ley 16/1989, la Sala de Competencia de la CNMC continuó aplicando el método de cálculo de sanciones de la Comunicación de 2009. En dos de los cinco casos en los que la Sala consideró la Comunicación, el tipo sancionador para obtener el importe básico de la multa no superó el 5 por 100¹⁹, mientras que en el resto se aplicaron tipos iguales o superiores el 10 por 100. Esto podría explicar la elevada dispersión observada en las sanciones por caso en estos inicios de la CNMC.

La Comunicación de 2009 se utilizó por la Sala de Competencia de la CNMC para calcular las sanciones hasta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015 (núm. de recurso 2872/2013). Esta Sentencia, por un lado, rectificaba lo dictado por la Audiencia Nacional en varias sentencias, estableciendo que el límite máximo de la multa del 10 por 100 se refiere al volumen de negocios total, y no al de los mercados afectados, así como que dicho límite constituye el extremo superior de un arco sancionador en el que han de graduarse las sanciones. Por otro lado, declaraba improcedente la aplicación del método general de cálculo de sanciones contenido en la Comunicación de la CNC, al carecer de valor legal o reglamentario.

A tenor de lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de la Competencia de la CNMC se vio obligada a modificar el método de cálculo de las multas, para lo que recurrió a la experiencia acumulada por otras autoridades europeas de la competencia en la fijación de sanciones, básicamente, la autoridad federal alemana de la competencia (*Bundeskartellamt*).

El nuevo método utilizado por la CNMC se fundamenta en lo que se denomina cuota de participación en la infracción, basado en la participación que cada uno de los participantes tiene sobre el total del volumen de ventas en los mercados afectados, con el objeto de asignar un tipo sancionador a

¹⁹ Resolución S/0428/12, Palés y Resolución S/0429/12, Residuos.

cada uno de los infractores que después es corregido para guardar el principio de proporcionalidad, conforme a los beneficios ilícitos obtenidos²⁰.

El resultado, generalmente, es la fijación de unos tipos sancionadores que podrían considerarse excesivamente bajos para casos de cárteles. De hecho, serían más propios de tipos pertenecientes al arco sancionador establecido en el art. 63 de la LDC para las infracciones leves, o a la suma graves, que para conductas que la misma Ley cataloga en su art. 62 como muy graves. Según GARCÍA-VERDUGO *et al.* (2017), estos tipos serían coherentes con los esfuerzos de la Sala de Competencia de la CNMC por adecuar las sanciones a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre el límite del 10 por 100 del volumen de negocios total.

La primera vez que la CNMC utiliza este método es en la Resolución S/0425/12 Industrias Lácteas 2, de 26 de febrero de 2015, aun cuando en la Resolución S/474/13 Precios combustibles de automoción, de 20 de febrero, ya parece aproximar el criterio de proporcionalidad a emplear en la fijación de las sanciones.

En definitiva, estos cambios en la política sancionadora de la CNMC, en respuesta a la citada Sentencia del Tribunal Supremo, pueden explicar la reducción en la suma de las sanciones impuestas en casos de cárteles, así como la diferencia en los valores de distintos indicadores relativos a la sanción por caso, en comparación con los alcanzados en la etapa de la CNC (véanse Figura 4 y Tabla 6). En particular, el valor de la mediana alcanza, para los casos donde se aplicó el nuevo método, 7,43 millones de euros (constantes de 2010) frente a los 16,02 millones en los casos de la CNC con aplicación de la Comunicación de 2009.

Aun así, hay que señalar que en esta última etapa de la CNMC se fija la sanción más elevada en un caso de cártel para todo el periodo analizado, específicamente en la Resolución S/0482/13 Fabricantes de automóviles, con una multa total de 130,55 millones de euros (constantes de 2010). También se fija la multa más baja para el periodo 2007-2017, concretamente en el caso correspondiente a la Resolución S/DC/0538/14 Servicios fotográficos, con una multa total de, aproximadamente, 11.000 euros (constantes de 2010).

Por último, se debe llamar la atención sobre una novedad introducida por la CNMC en la política sancionadora hacia los cárteles, como es la sanción a directivos de las empresas participantes en los cárteles. En particular, en la Resolución S/DC/0504/14 AIO, de 26 de mayo de 2016, se declararon responsables de la infracción a cuatro directivos. Uno de ellos mereció la exención total de la sanción en aplicación del programa de clemencia, dos recibieron cada uno una sanción de 4.000 euros, y a otro directivo se le impuso una sanción de 6.000 euros. También, en la Resolución S/0519/14

²⁰ La motivación en la aplicación y la proporcionalidad de este método ha encontrado respaldo en recientes Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, por todas, la Sentencia de 6 de abril de 2018 (núm. de recurso 363/2016).

Infraestructuras ferroviarias, de 30 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC declaró responsables de la infracción a nueve directivos, en este caso las sanciones para cada uno de ellos oscilaron entre los 4.750 y los 11.400 euros.

Esta iniciativa de la CNMC encuentra fundamento en la reciente literatura científica que aboga por la introducción de sanciones individuales sobre directivos o empleados de las corporaciones participantes en cárteles, para aumentar la efectividad de la lucha contra estas prácticas tan dañinas (entre otros, GINSBURG y WRIGHT, 2010; BORRELL, JIMÉNEZ y LUNA, 2016).

Esta nueva política también estaría relacionada con los trabajos que destacan la necesidad de diseñar programas de recompensas a directivos para que aporten evidencias incriminatorias, como instrumento para dificultar la formación de cárteles (AUBERT, REY y KOVACIC, 2006), así como el hecho de que cuanto más independientes sean los directivos más probable será que las empresas decidan acogerse a los programas de clemencia (CAMPELLO, FERRÉS y ORMAZÁBAL, 2017). Estos resultados apuntan a la posibilidad de que las autoridades de competencia investiguen y vigilen las características de los órganos de dirección de las empresas, así como las personas que desempeñan sus cargos directivos, proporcionándoles información sobre los beneficios que se derivarían de su cooperación en la desestabilización y detección de los cárteles de los que tuvieran conocimiento.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA

En conclusión, este trabajo aporta evidencia que muestra cómo la reforma de 2007 de creación de la CNC y la entrada en vigor del programa de clemencia en 2008, así como otros mecanismos de investigación y de prueba directa de la existencia de cárteles, ha sido determinante en la sustancial mejora de la detección de cárteles en España. El ratio de detección de la CNC estuvo por encima del 57 por 100 para cárteles que estuvieron activos entre 1977 y 2013, alcanzando el 84,42 por 100 de aquellos cárteles que fueron contemporáneos de la CNC tras la introducción del programa de clemencia.

La CNMC ha centrado desde 2013 en adelante su actividad sancionadora a partir de las investigaciones iniciadas por la CNC. Es todavía demasiado pronto como para saber si en los próximos años la CNMC podrá mantener la actividad sancionadora a partir de las investigaciones iniciadas por su órgano instructor.

Con todo, la evidencia muestra con claridad que a diferencia de lo ocurrido en la política anti-cárteles de la Comisión Europea (ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2018), la política anti-cárteles española no está teniendo suficiente capacidad disuasoria, y se continúan descubriendo muy gradualmente nuevos cárteles longevos y estables que habían conseguido mantenerse inadvertidos y en plena acción durante muchos años.

En los próximos años se presentan grandes retos en la lucha contra los cárteles por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Por una parte, están aquellos relacionados con los cambios que ya se han introducido, e implican afrontar sus posibles consecuencias sobre la efectividad de la política aplicable a los cárteles. Por otra parte, están las reformas que han de acometerse, y su justificación de cara a mejorar la efectividad de las medidas actuales y futuras que combatan estas prácticas anticompetitivas.

En lo que respecta a los primeros retos, la nueva redacción de la definición legal de cártel, contenida en la Disposición Adicional cuarta de la LDC, en virtud de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 9/2017, puede que disminuya la litigiosidad en torno al concepto de cártel, pero abre la puerta a una mayor discrecionalidad de la autoridad para determinar qué conductas merecen esa consideración.

Un concepto tan amplio de cártel puede tener efectos contrapuestos: por un lado, conllevar una mayor incertidumbre legal, no solo para aquellos sujetos a los que se les investigara por presuntas conductas anticompetitivas, que no sabrían si finalmente serían considerados miembros de un cártel, sino también para aquellos que estuvieran pensando beneficiarse del programa de clemencia, que no cooperarían con la autoridad hasta tener claro si realmente la conducta que pretenden delatar, sin estar recogida explícitamente, entraría dentro de la definición legal de cártel. Pero, por otro lado, esta misma incertidumbre que haría dudar a los sujetos acerca de si la conducta que pretenden llevar a cabo puede ser entendida legalmente como cártel, puede disuadir de la realización de prácticas anticompetitivas, lo que promovería un entorno más competitivo. En cualquier caso, las autoridades encargadas de hacer cumplir las normas de competencia deberán minimizar la comisión de errores de Tipo I (sancionar a un inocente) y Tipo II (no sancionar a un infractor), en relación con este nuevo y amplio concepto legal de cártel.

Este problema de incertidumbre o inseguridad legal podría achacarse también al nuevo método de cuantificación de sanciones utilizado por la CNMC. La escasa información proporcionada por esta autoridad en las resoluciones sobre los pasos y cálculos que se realizan hasta llegar a la determinación de la sanción a cada individuo infractor, restan previsibilidad y transparencia a su actividad. Asimismo, los tipos sancionadores excesivamente bajos que se han establecido con este nuevo método en casos de cárteles, suponemos que con el objetivo de que no sean objetables en sede jurisdiccional por mantenerse muy por debajo del límite del 10 por 100, pueden llevar a que las multas pierdan el poder disuasorio que deberían tener, lo que también repercute negativamente en la efectividad del programa de clemencia.

En particular, HARRINGTON y CHANG (2015) señalan que «un programa de clemencia desplaza recursos del procesamiento de cárteles activos al procesamiento de cárteles moribundos, lo que es contraproducente en términos de desactivar cárteles. Sin embargo, el procesamiento de cárteles

muestrados puede todavía ser beneficioso cuando aumenta la disuasión. En efecto, un atractivo primordial de un programa de clemencia es que hará que los miembros del cártel crean que hay una probabilidad más alta de que terminen pagando sanciones, pero esto esencialmente disuadirá de la formación del cártel solo si las sanciones son suficientemente severas». Por todo lo anterior, sería recomendable que en la futura reforma de la LDC o en un desarrollo reglamentario de la misma se explicitara el método de cuantificación y se corrigiesen los posibles efectos adversos de la aplicación en su versión actual²¹.

En esta misma línea, y pasando a comentar los retos que se plantean con los cambios que, conforme a las declaraciones públicas realizadas por representantes de la CNMC en distintos foros, pretenden abordarse en una futura reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe distinguir entre aquellos que podrían interpretarse, de nuevo, como una respuesta a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, y otros que parecen inspirarse claramente en las iniciativas adoptadas previamente por la Comisión Europea. Con independencia de su origen, todos esos cambios persiguen una asignación más eficiente de los recursos escasos con los que cuenta la CNMC, a través de la simplificación y agilización de los procedimientos, así como de una mayor especialización del personal encargado de la gestión e investigación de los casos más complejos, entre los que se encuentran los cárteles.

El primer cambio que se pretende emprender es ampliar el plazo máximo de resolución de los procedimientos sancionadores, volviendo a los veinticuatro meses que originalmente contemplaba la Ley 16/1989. Esta modificación puede estimarse oportuna, teniendo en cuenta lo dictado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia, de 26 de julio de 2016 (núm. de recurso 3811/2015), sobre lo que ha de entenderse como plazo máximo para resolver en estos procedimientos, que aumenta el riesgo de que se declare la caducidad en los expedientes sancionadores complejos, como son los cárteles, que suelen requerir de más tiempo por parte de las autoridades para llegar a dictar Resolución.

Entre los cambios avanzados que, aparentemente, encontrarían un precedente en las iniciativas adoptadas en el seno de la Comisión Europea, figura la instauración de un sistema que permita descartar aquellos casos que no merezcan la atención de la autoridad de competencia, sin necesidad de que se dicte resolución declarando el archivo de las actuaciones. En este sentido, debe recordarse el procedimiento en dos etapas vigente e introducido por la DG de Competencia en el año 2005, que permite a la Comisión únicamente iniciar procedimiento, y realizar una investigación más en profundidad, si considera que el caso constituye una cuestión prioritaria (véase ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2018).

²¹ PASCUAL PONS (2015) analiza el método de cálculo de sanciones aplicado por la CNMC, y plantea una serie de propuestas que podrían incluirse en ese nuevo texto legal, de manera que se dote de mayor eficacia al sistema.

Asimismo, tal como hemos comentado previamente, la transposición de la «Directiva de Daños» ha dejado pendiente el desarrollo de lo que ha de ser el procedimiento español de transacción. El antecedente de este procedimiento se remonta a julio de 2008 cuando la Comisión Europea adoptó el llamado «conjunto de medidas de transacción» (*settlements package*) que estaba formado por dos documentos²².

Este conjunto de medidas implica la posibilidad de que la Comisión y las partes interesadas sigan un procedimiento simplificado y más sencillo cuando los participantes en un cártel admitan los hechos, conforme a las evidencias existentes en el expediente que avalarían los mismos, y se muestren de acuerdo con la Comisión en su responsabilidad en la infracción, recibiendo como recompensa una reducción adicional del 10 por 100 del importe de la sanción. Este procedimiento se ha revelado como un instrumento complementario del programa de clemencia (véase ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2016). Sin embargo, los primeros avances del futuro procedimiento español de transacción no concluyen aún muchos detalles importantes, entre otros, si este procedimiento se limitará exclusivamente a los casos de cárteles o se extenderá a otras conductas.

Para terminar esta sección, destacar el anuncio del presidente de la CNMC, realizado a finales del año 2017, de la creación de una *unidad de inteligencia económica* para reforzar la política pro-activa de la CNMC, principalmente en la lucha contra los cárteles. Esta propuesta recuerda la creación, en 1998 y 2002, de las «unidades anti-cártel» por parte de la Comisión Europea, encargadas de perseguir, desvelar y eliminar cárteles, utilizando modernas tecnologías de la información desarrolladas internamente en la DG Competencia. La creación de la *unidad de inteligencia económica* de la CNMC constituye una oportunidad para que se doten un mayor número de recursos materiales y personales para combatir los cárteles y, de esta manera, recuperar los niveles de éxito alcanzados en el pasado en la detección, sin depender de las solicitudes de clemencia que se puedan presentar en el futuro.

REFERENCIAS

- ABRANTES-METZ, R. M. (2013): *Proactive vs. Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2284740>.
- ABRANTES-METZ, R., y BAJARI, P. (2009): «Screen for conspiracies and their multiple applications», *Antitrust*, 24, 66-71.
- ARMOOGUM, K. P.; DAVIES, S. W., y MARIUZZO, F. (2017): *Cartel Enforcement and Deterrence Over the Life of A Competition Authority*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2993149>.

²² El Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel y la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel.

- AUBERT, C.; REY, P., y KOVACIC, W. E. (2006): «The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels», *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), 1241-1266.
- BORRELL, J. R. (1998): «Spanish competition policy: a case of government's response to domestically perceived problems», *The Antitrust Bulletin*, 43, 445-465.
- BORRELL, J. R., y JIMÉNEZ, J. L. (2008): «The drivers of antitrust effectiveness», *Hacienda Pública Española - Revista de Economía Pública*, 185(2), 69-88.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y GARCÍA, C. (2014): «Evaluating antitrust leniency programs», *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1), 107-136.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y LUNA, Y. (2016): «Crímenes y castigo en la lucha contra los cárteles», *Economía Industrial*, 398, 129-144.
- BORRELL, J. R., JIMÉNEZ, J. L., y ORDÓÑEZ-DE-HARO, J. M. (2015): «Análisis forense de los cárteles descubiertos en España», *Papeles de Economía Española*, 145, 82-103.
- CAMPELLO, M.; FERRÉS, D., y ORMAZÁBAL, G. (2017): «Whistle-Blowers on the Board? The Role of Independent Directors in Cartel Prosecutions», *The Journal of Law and Economics*, 60(2), 241-268.
- FRIEDERISZICK, H. W., y MAIER-RIGAUD, F. P. (2008): «Triggering inspections ex officio: Moving beyond a passive EU cartel policy», *Journal of Competition Law and Economics*, 4(1), 89-113.
- GARCÍA-VERDUGO, J.; MERINO TRONCOSO, C., y GÓMEZ CRUZ, L. (2017): «Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015)», en L. CASES (dir.), *Anuario de la competencia 2016*, 345-379.
- GINSBURG, D. H., y WRIGHT, J. D. (2010): «Antitrust sanctions», *Competition Policy International*, 6 (29), 3-39.
- HARRINGTON, J. E. (2007): «Behavioral Screening and the Detection of Cartels», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing.
- (2008): «Detecting Cartels», en P. BUCCIROSSI, *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press.
- HARRINGTON JR., J. E., y CHANG, M. H. (2015): «When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels?», *The Journal of Law and Economics*, 58(2), 417-449.
- HÜSCHEL RATH, K. (2010): «How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements», *Journal of European Competition Law & Practice*, 1 (6), 522-528.
- LEVENSTEIN, M. C., y SUSLOW, V. Y. (2006): «What determines cartel success?», *Journal of Economic Literature*, 44(1), 43-95.
- MARVAO, C., y SPAGNOLO, G. (2018): «Cartels and leniency: Taking stock of what we learnt», en L. C. CORCHÓN y M. A. MARINI (eds.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, vol. II, 57-90.
- MCGOWAN, L. (2009): «Any nearer to victory in the 50-year war? Assessing the European Commission's leadership, weapons and strategies towards combating cartels», *Perspectives on European Politics and Society*, 10(3), 283-307.
- MILLER, N. H., (2009): «Strategic Leniency and Cartel Enforcement», *American Economic Review*, 99, 750-768.
- ORDÓÑEZ-DE-HARO, J. M.; BORRELL, J. R., y JIMÉNEZ, J. L. (2016): «Orígenes, evolución y perspectivas de la lucha contra los cárteles en la Unión Europea», *Anuario de la competencia 2015* (1), 45-71.

- (2018): «The European Commission’s fight against cartels (1962-2014): a retrospective and forensic analysis», *Journal of Common Market Studies*, 56 (5), 1087-1107.
- PASCUAL PONS, C. (2015): «Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia», *Papeles de Economía Española*, 145, 71-80.
- WERDEN, G. J. (2009): «Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime», *European Competition Journal*, 5 (1), 19-36.

Anexo I. Resoluciones consideradas en el estudio (ordenadas por fecha de decisión)

<i>Resoluciones TDC</i>	<i>Resoluciones CNC</i>	<i>Resoluciones CNMC</i>
354/94, Electrodomésticos Alicante	617/06, Cajas Vascaas y Navarra	S/0378/11, Desmotadoras de algodón
376/96, Cárteles sidra	623/07, Transportes Barcelona	S/0404/12, Servicios Comerciales Aena
352/94, Industrias lácteas	648/08, Hormigones cántabros	S/0445/12, Equipos contra incendios
370/96, Desmotadoras de algodón	S/0037/08, Compañías de seguro decenal	S/0428/12, Palés
395/97, Vacunas antigripales	S/0085/08, Dentífricos	S/0430/12, Recogida de papel
409/97, Alimentos infantiles	S/0014/07, Gestión de residuos sanitarios	S/0453/12, Rodamientos ferroviarios
426/98, Azúcar	S/0084/08, Fabricantes de gel	S/0429/12, Residuos
449/99, REPSOL/Estaciones de Servicio	S/0106/08, Almacenes hierro	S/0473/13, Postes de hormigón
506/00, Transporte Mercancía Vizcaya	S/0091/08, Vinos finos de Jerez	S/0464/13, Puerto de Santander
543/02, Transmediterránea/Euroferrys/Buquebus	S/0120/08, Transitarios	S/474/13, Precios combustibles automoción
561/03, Líneas Marítimas Estrecho 2	S/0080/08, Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras	S/0425/12, Industrias lácteas 2
555/03, Líneas Marítimas Estrecho	S/0086/08, Peluquería profesional	S/0486/13, Concessionarios Toyota
565/03, Materiales Radiactivos	S/0107/08, Plataforma del mejillón	S/0489/13, Concessionarios Opel
588/05, Distribuidores Cine	S/0159/09, Unesa y asociados	S/0487/13, Concessionarios Land Rover
	S/0185/09, Bombas de fluidos	S/0488/13, Concessionarios Hyundai
	S/0224/10, Colomer	S/0471/13, Concessionarios Audi/Seat/VW
	S/0167/09, Productores de uva y vinos de Jerez	S/0469/12, Fabricantes de papel y cartón ondulado
	S/0226/10, Licitaciones de carreteras	S/0454/12, Transporte frigorífico
	S/0192/09, Asfaltos	S/0484/13, Redes abanderadas
	S/0060/08, Sintrabi	S/0482/13, Fabricantes automóviles
	S/0241/10, Navieras Ceuta-2	S/0481/13, Construcciones modulares
	S/0269/10, Transitarios 2	S/DC/0517/14, Bodegas José Estévez
	S/0251/10, Envases hortofrutícolas	S/DC/0503/14, Fabricantes de Turrón
	S/0179/09, Hormigón y productos relacionados	S/DC/0505/14, Concessionarios Chevrolet
	S/0280/10, Suzuki-Honda	S/0455/12, Grupos de gestión

Anexo I. Continuación

Resoluciones TDC	Resoluciones CNC	Resoluciones CNMC
	S/0244/10, Navieras Baleares	S/DC/0504/14, AIO
	S/0287/10, Postensado y Geotecnia	S/DC/0519/14, Infraestructuras ferroviarias
	S/0318/10, Exportación de sobres	S/DC/0506/14, Concesionarios Volvo
	S/0331/11, Navieras Marruecos	SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan
	S/0317/10, Material de archivo	S/DC/0525/14, Cementos
	S/0293/10, Transcont	S/DC/0544/14, Mudanzas internacionales
	S/0343/11, Manipulado de papel	S/DC/0555/15, Prosegur-Loomis
	S/0342/11, Espuma de poliuretano	S/DC/0538/14, Servicios fotográficos
	S/0329/11, Asfaltos de Cantabria	S/0545/15, Hormigones de Asturias
	S/0316/10, Sobres de papel	S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros
	S/0385/11, Campezo construcciones	S/DC/0562/14, Cables BT/MT
	S/0303/10, Distribuidores sancamiento	
	S/0380/11, Coches de Alquiler	
	S/0402/12, Espuma elastomérica	
	S/0397/12, Transportes Madrid	
	S/0314/10, Puerto de Valencia	

Fuente: elaboración propia a partir de la información disponible en la web de la CNMC.

