

LOS DIRECTIVOS COMO BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA: RETOS Y OPORTUNIDADES

Managers as beneficiaries of the leniency programme: challenges and opportunities

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

*Subdirectora Adjunta, Subdirección de Cárteles y Clemencia CNMC**

*Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado
Doctora en Derecho*

Resumen

El propósito de este estudio es examinar las distintas vertientes que plantea la figura de la clemencia en su dimensión comparativamente menos analizada, en tanto que instituto que proyecta su protección sobre ciertas personas físicas partícipes en un cártel. La previsión de que las personas físicas puedan ser solicitantes de clemencia en su propio nombre está estrechamente vinculada al régimen sancionador de cada jurisdicción y tiene claras consecuencias en términos de disuasión. En un primer epígrafe de este trabajo se expone brevemente esa conexión y se analizan algunos modelos comparados de nuestro entorno. El epígrafe siguiente se dedica al análisis del régimen español de clemencia desde la perspectiva de los posibles sujetos solicitantes y beneficiarios. Las consecuencias, en términos de incentivos para acudir al programa de clemencia, de una posible responsabilidad penal derivada de la conducta colusoria son tratadas en el tercer epígrafe del estudio, a la luz de las previsiones contenidas en la que se ha dado en llamar Directiva ECN+ y tomando como referente de análisis otras soluciones comparadas. Tras exponer en el epígrafe cuarto las distintas motivaciones de las empresas y los directivos, que pueden llevar a estos últimos a solicitar clemencia en su propio nombre, los dos últimos epígrafes se dedican al tratamiento de la cuestión desde la perspectiva de los programas de cumplimiento normativo, por un lado, y de la conexión con la figura del informante, por otro.

Abstract

The goal of this study is to analyse individual Leniency, as a tool that protects certain individuals after recognizing their participation in a cartel. The possibility that individuals may be leniency applicants on their own behalf is closely linked to the sanctioning regime of each jurisdiction and has clear consequences in terms of dissuasion. In a first section we expose briefly that connection and some solutions adopted in other legal systems are considered. The following section is devoted to describe the Spanish Leniency regime from the point of view of potential applicants and beneficiaries. The consequences, in terms of incentives to apply for Leniency, of criminal liability which may flow from the collusive conduct are addressed in the third section of the study, in light of the provisions contained in the so called ECN+ Directive and taking other legal models as a benchmark for analysis. After explaining in section four the different incentives of companies and managers, which may lead the latter to apply for

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y, naturalmente, no necesariamente representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Leniency on their own behalf, the last two sections are dedicated to the treatment of the issue from the perspective of compliance programs, on the one hand, and the links with whistle-blowing initiatives, on the other.

Palabras clave: Clemencia | Cártel | Política de competencia | Acuerdo de agencia/Agente | Programas de cumplimiento | Directivos |

Keywords: Leniency | Cartel | Competition policy | Agency agreement/Agent | Compliance | Managers |

I. ÁMBITO SUBJETIVO DE UN PROGRAMA DE CLEMENCIA. BREVE ANÁLISIS COMPARADO.

El Capítulo 2 del *Anti-Cartel Enforcement Manual (Drafting and implementing an effective leniency policy)*¹, elaborado en el seno de la *International Competition Network (ICN)*² y destinado a identificar prácticas claves para la elaboración e implementación de una política de clemencia efectiva, define *Leniency* como un sistema de exoneración total o parcial respecto de las sanciones que serían aplicables en otro caso a un integrante de un cártel, como compensación por informar a una Autoridad de Competencia sobre su participación en la conducta y aportar información y pruebas relativas al mismo. No obstante, tal capítulo no analiza cuáles son las mejores prácticas respecto del ámbito subjetivo que deba alcanzar un programa de clemencia, sin aclarar por tanto si el solicitante de clemencia, participante en un cártel cuya existencia revela o reconoce, debería poder ser, no sólo una empresa, sino también, en su propio nombre, una persona física que haya tomado parte en la conducta colusoria en calidad de directivo o representante de tal operador económico.

Dada la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos representados por los miembros del ICN, resulta razonable que el Anti-Cartel Enforcement Manual no contenga recomendaciones o análisis sobre aspectos particularmente ligados al contexto legal de cada distinta jurisdicción, en el caso que nos ocupa, sobre la responsabilidad individual, ya no sólo corporativa, derivada de la participación en un cártel, esto es, sobre la previsión o no de sanciones (pecuniarias, inhabilitación, penales) para las personas físicas partícipes en un cártel.

En aquellos ordenamientos, como es el caso del comunitario, en el que no cabe la sanción a personas físicas por infracciones del artículo 101 del TFUE, el programa de clemencia se concibe como un beneficio en favor exclusivamente de los operadores económicos personas jurídicas, los cuales acuden en su propio nombre y, a lo sumo, en el de sus matrices y/o filiales, comunicando su participación en un cártel y solicitando para tal empresa (así como matrices y/o filiales) el beneficio de exención o reducción de la multa que hubiera debido corresponderle en otro caso³. El ámbito subjetivo del programa de clemencia en tales casos se circunscribe a las empresas partícipes⁴: son ellas las que, a través naturalmente de sus representantes, pueden solicitar la clemencia y, de concederse, ello permitirá exencionar o reducir la multa a la empresa beneficiaria, puesto que sólo las empresas, en el amplio sentido del término definido por la jurisprudencia comunitaria en la materia, pueden ser sancionadas por infracciones de cártel.

No obstante, al objeto de atender a los distintos regímenes nacionales, la reciente Directiva 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior

¹ <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/>

² Red informal especializada en Derecho de la competencia dedicada a mejorar la convergencia y cooperación en estas materias. Sus miembros representan a autoridades de competencia nacionales (entre ellas la CNMC) y multinacionales de todo el mundo, con participación de asesores no gubernamentales representantes de grupos de consumidores, académicos y profesionales de sectores jurídicos y económicos.

³ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11) y *ECN Model Leniency Program* (disponible en ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html).

⁴ Se utiliza aquí el concepto empresa para abarcar el más amplio de *undertaking*, para referirnos a cualquier operador económico que puede ser considerado infractor de la normativa de competencia, en el sentido extenso acuñado y consolidado por la jurisprudencia nacional y comunitaria, y recogido en la normativa de competencia comunitaria, esto es, "cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación".

(Directiva ECN+), define el concepto “declaración en el marco de clemencia”, como “toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre...” [art. 2.1.17)]. Adicionalmente, el considerando en el que señala la necesidad de mayor armonización en cuanto a las condiciones de clemencia, indica claramente que ello no debe impedir a los Estados miembros aplicar programas de clemencia que prevean “la aceptación de solicitudes de clemencia de personas físicas actuando en su propio nombre”⁵. Al regular la exención del pago de la multa a las empresas que revelen su participación en cárteles secretos, la Directiva ECN+ precisa que las previsiones de la misma lo son sin perjuicio de las autoridades nacionales de competencia que dispongan de “programas de clemencia que les permitan conceder la exención del pago/reducir el importe de las multas a personas físicas” (arts. 17.1 y 18.1).

Cuando un ordenamiento nacional prevé adicionalmente la sanción a personas físicas⁶, para los supuestos en los que se determina la responsabilidad de la persona jurídica, empresa o entidad infractora en nombre de la cual la persona física ha participado en el cártel, lo habitual es que se establezca que el beneficio de clemencia se extiende asimismo a los directivos o representantes de la empresa solicitante de exención o reducción que, habiendo participado en la conducta infractora, hayan colaborado de forma continuada y plena a la hora de reportar el cártel a la Autoridad de la Competencia y a lo largo del correspondiente procedimiento sancionador. El ámbito subjetivo de los beneficiarios de clemencia, por tanto, se amplía para abarcar no sólo a la empresa que solicita la clemencia sino a los directivos que cumplen los requisitos establecidos al efecto, fundamentalmente la cooperación plena durante el procedimiento sancionador. Y como regla se entiende por las autoridades de competencia que, salvo que la empresa indique expresamente lo contrario, al solicitar la clemencia lo hace también en beneficio de los directivos (y, según los casos, exdirectivos) partícipes en la conducta.

Tan pronto como en 2006, el *ECN Model Leniency Program* ya señalaba que, si bien se refería exclusivamente a solicitudes de clemencia formuladas por empresas, reconocía que en los casos en los que la normativa nacional previera sanciones individuales para personas físicas por infracciones de competencia, la efectividad del programa de clemencia podría hasta cierto punto depender de la disponibilidad de mecanismos de trato preferencial destinados a las personas físicas empleadas de la empresa solicitante de clemencia⁷.

Un elemento añadido, no siempre presente en todas las jurisdicciones en las que se prevén sanciones a particulares, es que se contemple, asimismo, que la persona física pueda solicitar a título particular el beneficio de exención, ya no en nombre de la empresa a la que representa, sino en su propio nombre⁸. El ámbito subjetivo del programa de clemencia se amplía en este caso no sólo en relación a quiénes pueden ser beneficiarios de la misma, sino adicionalmente a quiénes pueden solicitarla. La versión revisada de 2012 del precitado *ECN Model Leniency Programme* ya reconoce expresamente lo apropiado de ofrecer protección frente a las multas individuales a los empleados y directivos de solicitantes de exención o reducción, añadiendo que el que un cierto número de autoridades de competencia de los Estados miembros disponga de programas de clemencia que permiten tanto a las empresas partícipes en un cartel

⁵ Considerando (11) Directiva ECN+

⁶ En el ámbito europeo, además del caso de España, se prevé la sanción administrativa para directivos partícipes en un cártel en Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca y Rumanía.

⁷ *ECN Leniency Model*, versión 2006, nota a pie 15.

⁸ Tal es el caso en Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos, Polonia, Portugal o Reino Unido.

como a las personas físicas solicitar individualizadamente la clemencia, no entra en conflicto con el Modelo ECN⁹.

El que se establezca en favor de las personas físicas esta posibilidad de acudir a la Autoridad de Competencia para solicitar, en su propio nombre, el beneficio de la clemencia por su participación en un cártel, tiene una relevancia fundamental, puesto que su efecto inmediato es que la persona física ocupe a título individual el puesto que le corresponda en el orden de prioridad de las solicitudes en el que se basa cualquier programa de clemencia. Así pues, si un directivo o exdirectivo acude en su propio nombre a la Autoridad de Competencia antes de que lo haga su empresa, ocupará a título personal la posición correspondiente en el orden de solicitudes de exención o reducción, beneficiándose de una exención total de la multa que le hubiera podido corresponder si es el primero en reportar esa infracción y si cumple el resto de condiciones del programa. En cuanto a su empresa, si acude posteriormente a solicitar clemencia podrá ser, en su caso, destinataria de reducción del importe de la multa si la empresa acredita cumplir los requisitos para ello, pero siempre en posición subsiguiente a la ya ocupada a título individual por el directivo que haya solicitado a título individual el beneficio con anterioridad. Los programas de clemencia se han diseñado previendo que la solicitud de clemencia formulada por una empresa comprenda a sus directivos partícipes en la conducta, mientras que no sucede lo mismo a la inversa. El que la solicitud formulada por una empresa alcance a sus directivos es una regla resultado de constatar que, de no ser así, los directivos o representantes partícipes en la conducta podrían dificultar tal solicitud o bien no colaborar. El permitir que un directivo en su propio nombre solicite la clemencia es una previsión destinada a posibilitar que, una vez constatada su participación en un cártel, y ante el riesgo de imposición de la sanción que de ello pudiera derivarse, tal directivo pueda por sí mismo presentar una solicitud de clemencia poniendo en conocimiento de la Autoridad la existencia de dicho cártel.

Las multas a personas físicas se conciben como un poderoso incentivo para que los particulares revelen información sobre cárteles y cooperen en la investigación de las autoridades de competencia, y se señala que aumentan la eficacia de los programas de clemencia¹⁰. En los ordenamientos en los que, además, cabe la solicitud de clemencia por persona física en su propio nombre, ese efecto potenciador del recurso al instituto de la clemencia se multiplica. No cabe duda de que la posibilidad de acudir a la Autoridad a título personal incrementa la disuasión, la probabilidad de detección y los factores conducentes a esa carrera por la primera posición que, precisamente, pretende exacerbar cualquier programa de clemencia, en tanto que amplía el círculo de posibles agentes susceptibles de revelar la existencia del cártel, contribuyendo a la desestabilización del mismo. En las jurisdicciones en la que se prevé la clemencia en favor de solicitantes personas físicas, el coste de coludir y el riesgo de ser detectados se incrementa en consecuencia para las empresas partícipes. De forma análoga, como se verá en más detalle *infra*, la nueva normativa europea sobre protección de informantes¹¹, así como los programas de algunos Estados miembros que premian económicamente a los informantes (típicamente empleados no partícipes en la conducta) que alertan a la autoridad sobre ilícitos competenciales¹² suponen un

⁹ Punto 15 *Explanatory Notes ECN Model Leniency Program*.

¹⁰ OCDE *Cartel Sanctions against Individuals*, 2003, pp. 7-8, define (<http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>).

¹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión [COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD)].

¹² El Reino Unido ha implementado un programa paradigmático sobre premios a informantes: *Rewards For Information About Cartels*, www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy y otros países como Hungría y la República eslovaca también disponen de tal sistema. Vid. Jan Polanski, "Informant Reward Schemes in Competition Enforcement", octubre de 2014, www.ssrn.com/abstract=2457450.

aumento claro de las posibilidades de detección y un incentivo adicional para acudir a la clemencia por parte de las empresas implicadas, para anticiparse ya no solo a las otras empresas partícipes en el cártel sino también a otro abanico de posibles solicitantes o informantes personas físicas.

De hecho, mientras que el programa de clemencia en su versión tradicional para empresas procura generar una desestabilización de las relaciones de confianza *entre los miembros del cártel*, la extensión de la clemencia a los directivos que la solicitan en su propio nombre tiene el potencial de generar una desestabilización adicional *en el seno de la propia empresa partícipe en el cártel*, en la medida en que permite a un directivo adoptar la decisión de acudir a la Autoridad de Competencia sin la anuencia o siquiera el conocimiento previo de su empresa¹³. Tal como expresivamente señala la *Guía sobre clemencia para particulares* hecha pública por la autoridad de Reino Unido, “Individuals who have been involved in cartel activity do not need to wait for their employer to make an approach to the OFT [hoy CMA]”¹⁴.

La efectividad de cualquier programa de clemencia pasa, entre otros muchos elementos, por una comunicación y divulgación apropiada del mismo, de forma que sus potenciales usuarios conozcan su existencia y sus características fundamentales. En el caso del ordenamiento antitrust norteamericano, paradigmático por su tradición en la imposición de sanciones penales a los directivos responsables de la infracción de cártel, el Departamento de Justicia hizo pública desde 1994, un año después de la comunicación análoga para empresas, una específica *Leniency Policy For Individuals*¹⁵ en la que brevemente se exponen los requisitos para que un particular que acuda en su propio nombre a informar sobre la existencia de un cártel del que la Antitrust Division no tuviera información previa, pueda beneficiarse de la exención de responsabilidad penal.

En el ámbito europeo, en Reino Unido se prevé desde finales de 2008 un programa de clemencia para personas físicas, el cual establece que el éxito de la solicitud del directivo al que se concede la exención impide que la inmunidad *automática* pueda ser posteriormente concedida a su empresa o a otros directivos de la misma. Tal como indica la Guía sobre el programa¹⁶: “*Type A immunity therefore ceases to be available if [...] the OFT has previously received a leniency application regarding the reported cartel activity, either from an undertaking or an individual. [...]. If the Type A applicant is an individual, he/she alone will be guaranteed immunity from criminal prosecution, but his/her employer undertaking and colleagues may be eligible for immunity or leniency protection as a Type B applicant*”¹⁷. La relevancia de esta diferenciación es notable, puesto que, si bien la clemencia tipo B puede alcanzar eventualmente al 100% de la sanción prevista, ello no es de forma automática, como sucede en el tipo A, sino en función de una valoración discrecional de la CMA sobre el valor de la información y pruebas aportadas por tal segundo solicitante.

¹³ Para un análisis sobre las relaciones entre clemencia y responsabilidad personal, desde la perspectiva de la teoría de la firma y los problemas de agencia, vid. Florence Thépot, “Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel”, *The Competition Law Review*, vol. 7 (2), julio 2011, págs. 221-240. También, Philipp Festerling, “Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency”, septiembre 2005 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>), señala cómo la existencia de un programa de clemencia para directivos modifica los cálculos de la empresa a la hora de acudir a la clemencia, en otro caso dependientes fundamentalmente de la percepción sobre las posibilidades de detección por la autoridad de la competencia.

¹⁴ *Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals*, hecha pública por la OFT en julio de 2013.

¹⁵ <https://www.justice.gov/atr/individual-lenency-policy>

¹⁶ *Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process* (OFT 1495), julio 2013, párrafos 2.12, 2.14 y 2.15. Tradicionalmente se distingue entre clemencia de tipo A cuando todavía no se ha iniciado ninguna actividad de investigación por parte de la Autoridad, y tipo B, en otro caso.

¹⁷ En nota a pie que acompaña al texto se señala que “Where the first applicant (Type A or B) is an individual, that individual's employer undertaking will be eligible to apply for Type B provided it remains the first undertaking to apply”.

Al exponer las características de la clemencia para empresas y para individuos, la Autoridad de Reino Unido aprovecha para trasladar un mensaje claro a las empresas, indicando específicamente en su Guía que la posibilidad de que los directivos puedan solicitar el beneficio de la clemencia a título particular, y antes de que la mercantil solicite la clemencia, es “una de las razones clave por las que una empresa que descubre una presunta infracción debe solicitar inmunidad inmediatamente y no posponer la decisión en la esperanza de realizar una solicitud de reducción una vez la investigación ya se haya iniciado”¹⁸.

Otros regímenes recientemente modificados instauran un modelo distinto en cuanto a los efectos de la solicitud de clemencia formulada por particulares sobre el resto de posibles solicitudes de clemencia posteriores. Así, en el caso belga, la Guía de Clemencia de 2016¹⁹ establece que, al contrario que las empresas, las personas físicas pueden obtener inmunidad con independencia del orden de entrada de su solicitud, de forma que varias personas físicas pueden recibir exención de la multa, con independencia de quién haya contactado primero con la Autoridad de Competencia. Además, el hecho de que un particular haya solicitado con carácter previo inmunidad no impide en sí mismo que una empresa obtenga exención o reducción de la multa. Sin embargo, la propia Autoridad señala en la nueva Guía que en tal caso será más difícil para la empresa cumplimentar los criterios para obtener exención, dado que una persona física ya ha aportado información de la que no disponía antes la Autoridad.

II. EL MODELO ESPAÑOL.

II.1. El caso más común: los directivos o representantes como beneficiarios de la exención solicitada por su empresa²⁰.

El artículo 65 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) prevé que la autoridad de la competencia, “*eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle*” cuando se den los requisitos previstos en tal precepto. También señala que para que la CNMC conceda la exención, “*la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud*” debe cumplir una serie de requisitos vinculados a su cooperación con la instrucción del expediente. Equivalente mención a personas físicas se recoge para la reducción del importe de la multa en el artículo 66 de la LDC.

En coherencia con las previsiones de la LDC, la Comunicación de la CNC de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia, al tratar del *alcance del beneficio de la clemencia* señala: “*Dado que en virtud del artículo 63.2 de la LDC se pueden imponer multas a cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones que hayan intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitiva, éstos podrán igualmente presentar en su propio nombre una solicitud de clemencia*”²¹.

¹⁸ Parágrafo 2.37 de la *Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process*, Julio 2013.

¹⁹ Para un análisis de las modificaciones introducidas en el programa de clemencia belga, vid. Jan Blockx e Ivan Pico, “New Belgian Leniency Guidelines Open Door to Individual Applicants”, Kluwer Competition Law Blog, junio 2016.

²⁰ Sigo en este punto lo anticipado en el epígrafe relativo al específico papel de las multas a directivos como factor favorecedor de la detección de cárteles, en M. ÁLVAREZ, “Responsabilidad personal de directivos participes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento”, *Anuario ICO*, 2015, págs. 161-184.

²¹ BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2013.

La LDC prevé que la exención a una empresa beneficia igualmente a sus representantes legales o directivos, si colaboran con la CNMC (art. 65.3 LDC). Consecuentemente, la Comunicación de la CNC sobre el Programa de Clemencia indica:

(12) El beneficio de la exención o la reducción del importe de la multa alcanza a aquéllos que presentaron la correspondiente solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel siempre y cuando hayan colaborado con la CNC.

Del juego de las previsiones anteriores corresponde concluir que la exención/reducción concedida a una empresa persona jurídica puede incluir a las personas físicas representantes o directivos de la misma en la exención o reducción de la sanción a aplicar de la sanción/reducción a aplicar conforme al artículo 63.2 de la LDC salvo, en su caso, a aquéllos que se constate que no han colaborado con la CNMC. No se regulan sin embargo por la LDC las consecuencias para la empresa de la presentación de una solicitud de clemencia por una persona física, ya no como representante de la presunta infractora, sino a título individual. La exención/reducción concedida a una persona física representante o directivo de una empresa, a resultas de la correspondiente solicitud formulada a título personal, no conlleva que se beneficie de esa exención o reducción la empresa, puesto que la LDC no prevé esa consecuencia, como sí sucede en el supuesto opuesto (arts. 65.3 y 66.4). A su vez, la exención concedida a una persona física conforme al artículo 65 de la LDC impide que cualquier otro solicitante posterior (sea persona física o persona jurídica, incluida su empresa) pueda ya beneficiarse de la exención. Lo mismo cabe decir respecto de la reducción concedida a una persona física, que ocupará el correspondiente puesto establecido en el artículo 66.2 de la LDC, primero, segundo o sucesivos, a los efectos de calcular el nivel de reducción del importe de la multa.

La razón de ser de ese distinto tratamiento es clara y deriva de la propia naturaleza de las personas jurídicas, que necesariamente actúan a través de personas físicas. Si la empresa solicita el beneficio de la clemencia, es razonable que ello resulte de una decisión de al menos parte de sus representantes y directivos, y que también a éstos deba beneficiar esa solicitud, salvo que se verifique su posterior falta de colaboración. Por el contrario, cuando un directivo, exdirectivo o representante acude en su propio nombre a título personal a solicitar los beneficios del programa de clemencia, cabe entender que lo hace contra la voluntad o sin el consentimiento o conocimiento de la empresa, en cuyo caso ésta no se hace merecedora de los beneficios de clemencia, o bien sin el conocimiento de la misma, en cuyo caso tampoco nos encontramos en los supuestos previstos por los artículos 65 y 66 de la LDC que justifican el otorgamiento a la empresa del beneficio de la exención o reducción.

II.2.El alcance del deber de colaboración de la empresa solicitante y su proyección sobre la colaboración debida de los directivos partícipes en la conducta.

Es un rasgo común a cualquier programa de clemencia que para el otorgamiento definitivo de la exención o reducción se exija la colaboración del solicitante de clemencia. La colaboración en el caso del ordenamiento español (art. 65.2 a) de la LDC art. 52 del RDC) se adjetiva como plena, continua y diligente, a lo largo de todo el procedimiento, y se concreta en cinco elementos, resumidamente: facilitar sin dilación información a la Dirección de Competencia, responder sin demora a requerimientos para esclarecer los hechos, facilitar a la Dirección de Competencia entrevistas con los

directivos relevantes, abstenerse de destruir información y no divulgar la presentación de la clemencia.

La cooperación de la empresa solicitante de clemencia descansa en gran medida sobre la colaboración de sus directivos conocedores de la conducta infractora. En consecuencia, la cooperación diligente de los directivos de la empresa solicitante de clemencia se articula siempre como crucial para que tales directivos, partícipes en la conducta, puedan beneficiarse de la exención o reducción de multa, estableciéndose como regla tal cooperación como requisito imprescindible en los programas de clemencia de las jurisdicciones que prevén multas pecuniarias a los directivos o representantes de empresas infractoras que hayan participado en la conducta de la mercantil.

Adicionalmente, la falta de cooperación de los directivos puede tener efectos relevantes en la consecución efectiva del beneficio de la clemencia por parte de las empresas solicitantes²². Ello es así sobre todo en los casos de reducción. La primera empresa solicitante de exención que permite a la Autoridad de Competencia ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel del que no tuviera conocimiento previo o sea la primera en aportar elementos de prueba que permitan a la autoridad comprobar una infracción, será como regla beneficiaria de exención siempre que coopere plena, continua y diligentemente con la autoridad durante el procedimiento sancionador, además de cumplir el resto de exigencias que imponga la normativa (poner fin a su participación, no destruir evidencias, no haber coaccionado a otras empresas para participar en el cártel, etc.). Tanto la primera empresa solicitante de clemencia como la segunda y siguientes aspirantes a una reducción de la multa se verán en principio beneficiadas por la clemencia si colaboran de forma diligente, lo cual puede traducirse en hacer todo lo posible para que los directivos clave partícipes en la conducta u otros empleados con conocimiento sobre la misma aporten las declaraciones y evidencias disponibles. En el caso de las empresas solicitantes de reducción, tal cooperación de los directivos, intentada diligentemente por la empresa es mucho más necesaria puesto que, si no se logra, el porcentaje de reducción y la propia reducción en algunos casos puede quedar claramente en riesgo si, pese a sus mejores esfuerzos, la empresa, en ausencia de una cooperación activa de los directivos implicados, se ve imposibilitada de aportar valor añadido a la información ya a disposición de la Autoridad de Competencia. En este contexto, las empresas deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar(se) la cooperación de los directivos y empleados implicados, al objeto de salvaguardar sus posibilidades de obtener el beneficio de la clemencia, especialmente la reducción²³.

II.3.El beneficio de exención del pago de la multa prevista en el artículo 63.2 de la LDC.

Los expedientes resueltos hasta la fecha por la CNMC (y con resolución ya disponible en la web de la CNMC para su consulta, por tanto) en los cuales haya habido solicitudes de clemencia y a la vez incoación a directivos o exdirectivos de la empresa

²² Sobre las posibles tensiones entre la empresa solicitante de clemencia y los directivos en términos de cooperación continuada durante todo el procedimiento ante la Autoridad de Competencia e incluso a posteriori, en procedimientos de demandas de daños y posibles responsabilidades penales, vid. Jasvinder Nakhwal y Nicholas Querée, "15 years and counting: Some reflections on the current state of the UK criminal cartel offence", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, págs. 47-49.

²³ Andrew Riordan, Catrina Smith, Claire Forster y Caroline Thomas, "Antitrust investigations-the impact on individuals", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 10 y sigs. También, Andreas Stephan, "Why is it difficult to hold individual employees to account for wrongdoing?", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 4 y sigs.

solicitante de exención o de reducción son dos: Resoluciones de la CNMC de 26 de mayo de 2016, Expte. S/0504/14 AIO y de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/16 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS. En el primer expediente, la Sala de Competencia declaró que ARBORA & AUSONIA, S.L.U., PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A, y su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, así como el directivo de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. incoado, reunían los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, les eximió del pago de la multa que les hubiera correspondido por su participación en la conducta infractora. Pese a que no se precisa expresamente que la empresa beneficiaria de la exención hubiera solicitado la extensión de la misma a su directivo incoado, ello resulta implícito de la resolución. En el segundo expediente resuelto hasta la fecha, con solicitud de clemencia y directivos incoados, la resolución señala en su apartado de hechos acreditados que ALSTOM solicitó la exención para la empresa, sus filiales y sus directivos, mientras que SIEMENS hizo lo propio respecto de los directivos que cooperaron. La Sala de Competencia resuelve eximir a ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y a su matriz ALSTOM, S.A., así como a los tres directivos de ALSTOM, también incoados, cuyas multas individuales alcanzaban los 57.400 euros. También se acuerda reducir la multa de SIEMENS, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la LDC. No obstante, se indica en la resolución que el exdirectivo de SIEMENS incoado, al no haber cooperado en el ámbito de la clemencia presentada por dicha empresa, no queda cubierto por el beneficio de reducción, al no ajustarse al deber de colaboración que exige el programa de clemencia.

Adicionalmente, la Sala de Competencia del Consejo la CNMC ha impuesto multas a personas físicas, además de en las dos recién citadas, en las Resoluciones de 30 de junio de 2016 (Expte. S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS); de 10 de noviembre de 2016 (Expte. S/0555/15 Prosegur-Loomis); de 23 de febrero de 2017 (Expte. S/DC/0545/15 HORMIGONES DE ASTURIAS) y de 3 de mayo de 2018 (Expte. S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS). Seis expedientes en los que se han impuesto sanciones a personas físicas, por tanto, y otros cuatro expedientes en tramitación en los que, tal como ha hecho pública la correspondiente nota de prensa de la CNMC, se ha incoado a directivos²⁴. La aplicación del artículo 63.2 de la LDC realizada por la CNMC imponiendo multas a los directivos participantes en la infracción ha sido confirmada por la Audiencia Nacional²⁵ y por el Tribunal Supremo²⁶, el cual ha validado la obligada publicación de los nombres de los directivos sancionados tanto en la resolución como en la nota de prensa que la CNMC hace pública.

III. POSIBLE EXTENSIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL.

Los Derechos nacionales de numerosos Estados miembros no sólo prevén sanciones pecuniarias para personas físicas por conductas *antitrust*, sino que establecen para ciertos casos, fundamentalmente los vinculados a infracciones de cártel que

²⁴ Vid. notas de prensa relativas a la incoación de los expedientes S/DC/0612/17 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL; S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS; S/DC/0627/18, CONSULTORAS; y S/0644/18 RADIOFÁRMACOS.

²⁵ Sentencias de la AN de 20 de abril y de 14 de septiembre de 2017 en relación al Expte. S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias y de 27 de febrero, 14 de marzo y 13 de junio de 2018 en el ámbito del Expte. S/0504/14 AIO. No obstante, la AN, en sentencias no firmes de 25 de mayo y 5 de junio de 2018 (procedimiento especial de derechos fundamentales) y 13 de junio de 2018 (procedimiento ordinarios), ha admitido el recurso interpuesto por dos directivas de la Asociación FENIN, también sancionadas, anulando en tal extremo la resolución de la CNMC.

²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2019 (rec. casación 6360/2017) y de 9 de abril de 2019 (rec. casación 4118/2017), que confirman las sentencias de la AN de 14 de septiembre de 2017 y 20 de abril de 2017, recaídas en el expediente S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias, ambas dictadas en el ámbito del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

afectan a licitaciones públicas, la imposición de sanciones de carácter penal, como reflejo del mayor reproche que conllevan esas conductas²⁷. Si bien la aplicación en la práctica de estas sanciones penales en Europa está siendo muy escasa²⁸, la asentada tradición de imposición de penas privativas de libertad en Estados Unidos²⁹, a la vez que la dimensión internacional de ciertos cárteles, ha hecho que la percepción sobre el riesgo penal se manifieste de una forma creciente, coincidiendo con las noticias³⁰ sobre extradiciones a EE UU de ciudadanos europeos partícipes en cárteles de dimensión supranacional. El Tribunal de Justicia de la UE ha resuelto recientemente en favor de la conformidad con el TFUE de la entrega de un ciudadano de la Unión a un tercer Estado por parte de otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad, en el contexto de una extradición a EE UU de un directivo italiano detenido en un aeropuerto de Alemania estando en tránsito hacia Italia, y que participó en el cártel conocido como mangueras marinas, resultando sentenciado en EE UU a 24 meses de prisión y una multa de 50.000 dólares³¹.

Pues bien, en muchas jurisdicciones la responsabilidad penal por infracciones de competencia no viene eximida o reducida en el marco de los programas de clemencia³², lo cual puede tener un claro efecto en los incentivos para solicitar clemencia, tanto de las empresas como de los directivos, si se percibe que las posibles ventajas de ahorro de una multa pecuniaria que se esperan de un programa de clemencia se diluyen frente al riesgo de una sanción penal para los directivos implicados³³.

La preocupación por el impacto que pueda tener en la eficacia de los programas de clemencia la amenaza de responsabilidad penal derivada de ciertos ilícitos antitrust, típicamente de los cárteles que afectan a licitaciones públicas, es de hecho coetánea a la introducción generalizada de los programas de clemencia en el ámbito europeo³⁴. Más

²⁷ Tal es el caso de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Francia, Grecia y Rumanía; y Alemania, Austria, Italia, Polonia y Hungría para los casos de bid rigging. Vid., sobre la creciente criminalización de las infracciones de cártel en distintas jurisdicciones, M. SIMPSON, "The criminal cartel offence around the world", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 6 y sigs. También, M. SLOTBOOM, "Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield", *kluwecompetitionlawblog.com* y Florian Wagner-von Papp, "Compliance and Individual Sanctions in the Enforcement of Competition Law", *Competition Law Compliance Programmes. An Interdisciplinary Approach*, 2016, disponible en SSRN-id2771289. Vid. reportando estadísticamente sobre una muestra de 43 jurisdicciones, una creciente tendencia a nivel mundial en la introducción de multas económicas y penales para las personas físicas por infracciones de competencia, JOAN-Ramon Borrell, Juan Luis Jiménez y Yeny Elizabeth Luna, "Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles", *Economía industrial*, n° 398, 2015, págs. 130 y sigs.

²⁸ Un breve pero interesante análisis sobre la percepción social en Europa sobre la reprochabilidad penal de este tipo de conductas puede verse en Mark Simpson, Peter Scott, Neil O'May y J. Cooke, "Criminal cartel offence in UK: public attitudes", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 14 y sigs.

²⁹ Los directivos que efectivamente cumplen penas de prisión en EEUU se han ido incrementando exponencialmente en número en los últimos años: en los años 90 sólo un 37% de los imputados finalmente fueron condenados a pena de privación de libertad, siendo la sentencia media de ocho meses. En 2010, el porcentaje subió al 80% y la duración de la condenas ha alcanzado como media los 22 meses de prisión. Vid. Bill Baer, James W. Cooper y Philip A. Giordano, "U.S. Cartel deterrence: from imprisonment to compliance", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 81.

³⁰ <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/pena-prision-estados-unidos-directivo-europeo-culpable-conductas-anticompetitivas/>; <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/extradicion-ciudadano-italiano-cartel/>. El primero de los casos da cuenta de un supuesto bastante inquietante desde la perspectiva de un directivo partícipe en este tipo de conductas: se trataba de una infracción de cártel realizada en Reino Unido pero que desplegaba efectos también en EE UU, debido a que los productos afectados se comercializaban en ese país, entre otros, a través de Amazon Marketplace. El directivo británico en cuestión fue detenido en España mientras se encontraba de luna de miel.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2018, asunto C-191/16, y Bill Baer, James W. Cooper y Philip A. Giordano, "U.S. Cartel deterrence: from imprisonment to compliance", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 82.

³² Vid., ejemplificando con los casos de Alemania y Polonia, Marcin Trepka y Martyrna Wurm, "Leniency Programs. The Devil Is In The Details", julio 2016, *Competition Policy International*.

³³ También, B. DE LUCA DRAGO, "Brazil: The Antitrust Leniency v. The Anti-Corruption Leniency In Brazil: A Brief Analysis Of Incentives", diciembre 2014, www.mondaq.com.

³⁴ Wouter P.J. Wils, "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, n° 1, marzo 2007, págs. 37-40, asociando la previsión de sanción penal para los directivos

recientemente, en una evolución natural, se ha extendido la inquietud sobre las consecuencias, nuevamente en la efectividad del programa de clemencia, de la responsabilidad penal derivada de otros delitos estrechamente vinculados a ciertas infracciones de cártel, como son la corrupción o los delitos fiscales³⁵. Algunos ordenamientos se han anticipado a esta problemática, previendo que los beneficiarios de un programa de clemencia resultan eximidos no sólo de la responsabilidad penal por infracciones de cártel sino también de otros delitos cometidos en conexión con la conducta antitrust³⁶.

El artículo 23.2 de la Directiva ECN +, bajo el título "interacción entre las solicitudes de exención del pago de multas y las sanciones impuestas a las personas físicas", prevé que:

"Los Estados miembros velarán por que los directivos, gestores y otros miembros del personal, presentes y pasados, de quienes soliciten a las autoridades de competencia la exención del pago de las multas estén protegidos frente a sanciones en procedimientos judiciales penales por su participación en el cártel secreto al que se refiere la solicitud de exención del pago de multas, por violaciones de las disposiciones legislativas nacionales que persiguen principalmente los mismos objetivos que el artículo 101 del TFUE, si cumplen las condiciones enumeradas en el apartado 1 y cooperan de forma activa con la autoridad competente encargada de la persecución del delito. Si no se cumple la condición de cooperación con la autoridad encargada de la persecución del delito, dicha autoridad podrá dirigir la causa contra esas personas."

El párrafo 3 del artículo 23, en aras del respeto de los derechos nacionales en la materia, matiza que tal protección frente a sanciones penales se puede traducir en la no imposición de sanciones o bien en su atenuación. Al permitir que sea el juez nacional el que pondere entre el interés en la detección e investigación de un cártel secreto y el interés ínsito al procesamiento y sanción de las personas responsables del ilícito competencial, para decidir si no impone sanción penal o si la establece en modo reducido, en tales ordenamientos nacionales se introduce un elemento notable de impredecibilidad que, de concretarse en la transposición, se compadece mal con las necesidades de un programa de clemencia efectivo³⁷.

En la práctica, algunos Estados miembros que no disponen de una extensión expresa del programa de clemencia a los delitos penales vinculados a un cártel, reportan cooperar de forma muy cercana con la fiscalía para alcanzar un tratamiento próximo a la clemencia para aquellos directivos o exdirectivos que colaboran con la Autoridad de Competencia en el procedimiento sancionador de competencia³⁸. No obstante, ese enfoque expost puede resultar insuficientemente tranquilizador desde la

participes en bid rigging con la ausencia de solicitudes de clemencia formuladas por personas físicas en su propio nombre en Alemania en casos de cárteles con efectos en licitaciones públicas.

³⁵ Reinaldo Diogo Luz y Giancarlo Spagnolo, "Expanding Leniency to Fight Collusion and Corruption", octubre 2016, Free Network, Policy Brief Series, <https://freepolicybriefs.org/2016/10/03/expanding-leniency-fight-collusion-corruption/>. También, M. ÁLVAREZ, "La corrupción empresarial como conducta anticompetitiva. El papel armonizador de los programas de compliance en un Mercado global", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 301, julio-septiembre 2016, págs. 143 a 172.

³⁶ Es el caso del artículo 87 de la Ley de competencia brasileña, Ana Paula Martinez, "Antitrust enforcement against individuals in Brazil: status quo & challenges", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero, 2018, pág. 93.

³⁷ Criticando la introducción en el último minuto y el propio contenido de ese párrafo 3 del artículo 23 de la Directiva ECN+, vid. Florian Wagner-von Papp, "ECN Plus Directive", CPI, enero 2019, pág. 23.

³⁸ Vid. Silke Heinz, "Individuals as a subject of investigation/procedure/fining in Germany", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 43. También, ficha correspondiente a Inmunity, Sanctions&Settlements en Alemania a cargo de Jens-Olrik Murach, GCR, <https://globalcompetitionreview.com/jurisdiction/1005828/germany>

perspectiva de los incentivos de un potencial solicitante de clemencia, empresa o directivo.

El Código Penal español sanciona con penas privativas de libertad conductas a priori subsumibles en los artículos 1 y 2 de la LDC: la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración de los precios (art. 284.1º)³⁹. Sin embargo, la carestía de condenas penales impuestas por estos delitos hasta la fecha avala el escepticismo de los autores sobre las posibilidades de aplicación práctica de la citada normativa penal⁴⁰. No obstante, pese a que la sanción penal a los administradores y directivos quede reservada a casos límite, su posible repercusión negativa sobre los incentivos para la presentación de solicitudes de clemencia aconsejaría realizar una cuidadosa transposición de la previsión del artículo 23 de la Directiva ECN+, tomando como referencia, en cuanto a los objetivos perseguidos más que como modelo de redacción, la previsión de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público de exención de la prohibición de contratar para las empresas beneficiarias de un programa de clemencia (art. 72.5, segundo párrafo).

Esa exención de la prohibición de contratar se suma a la no aplicación de la responsabilidad conjunta y solidaria que pesa al resto de empresas partícipes en el cártel en las reclamaciones de daños, siendo ejemplos ya incorporados en la normativa española de tratamiento más beneficioso de las entidades jurídicas beneficiarias de clemencia. La protección del mismo interés en garantizar que el programa de clemencia siga permitiendo la detección de cárteles secretos y en tal medida la lucha contra la infracción concurrencial reputada como más dañina, justifica el tratamiento penal más beneficioso para las personas físicas directivos o representantes de una empresa infractora que colaboren plena, continua y diligentemente con la Autoridad de Competencia.

Cómo se articule la transposición de este artículo de la Directiva ECN+ en los ordenamientos de los distintos Estados miembros es innegable que generará el máximo interés por parte de los aplicadores de la normativa de competencia y de los estudiosos de estas materias.

Cabe mencionar asimismo otras iniciativas no normativas, adoptadas en otras jurisdicciones para salir al paso de preocupaciones análogas. Tal es el caso de la conocida como “no Piling On” anunciada por responsables del Departamento de Justicia en mayo de 2019, destinada a la coordinación entre las distintas unidades del departamento de justicia y otras agencias sectoriales, locales, estatales o extranjeras en supuestos de posible imposición de múltiples sanciones con origen en la misma conducta⁴¹. Asimismo, cualquier posible análisis prospectivo de reformas en la

³⁹ La normativa sancionadora administrativa postula la subordinación de la actividad sancionadora o disciplinaria a la actividad judicial penal, que tiene prevalencia. Así, el artículo 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora, establecía: “1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. [...] 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.” La LDC prevé asimismo la prejudicialidad del proceso penal, que obliga a la suspensión del procedimiento sancionador administrativo hasta que se resuelva la cuestión por los órganos penales (art. 46).

⁴⁰ A. VIDE, “Comentario al artículo 63”, en *Derecho español de la competencia, Comentarios a la Ley 15/2007, RD 261/2008 y Ley 1/2002*, (M. ODRIOZOLA y B. IRISSARRY coord.), t. II, Bosch, 208, pág. 1092 y A. MENDO ESTRELLA, “Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España”, en *La Lucha contra los Cárteles en España*, (J.M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO dir.), Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 815-841.

⁴¹ “New DOJ ‘No Piling On’ Policy on Cartel Enforcement”, *Global Cartel Enforcement Report*, mid-year 2018, pág. 57.

normativa de competencia nacional, para introducir consecuencias adicionales de la participación en un cártel a los directivos declarados responsables, como pueda ser el caso de la inhabilitación para ocupar puestos directivos en empresas durante un cierto período, debería tener en cuenta la conveniencia de introducir un tratamiento más beneficioso para los directivos de la empresa beneficiaria de clemencia que cooperen y para los directivos que acudan a la Autoridad de Competencia a título individual.

IV. EL DIRECTIVO SOLICITANTE DEL BENEFICIO DE EXENCIÓN EN SU PROPIO NOMBRE: ¿UNA OPCIÓN NECESARIAMENTE EXCEPCIONAL?

Es habitual constatar que las solicitudes de clemencia formuladas por personas físicas en su propio nombre son poco frecuentes⁴² o incluso se consideran como una opción nunca utilizada⁴³. Los estudios sobre los solicitantes de clemencia personas físicas son muy escasos, en coherencia con la falta de supuestos en la práctica en los que un directivo solicite la clemencia en su propio nombre⁴⁴.

Hasta la fecha no se ha producido en España una solicitud de exención o reducción del importe de la multa por persona física en su propio nombre que haya derivado en la correspondiente resolución sancionadora de la autoridad nacional de la competencia.

Los análisis sobre los efectos de extender el programa de clemencia para alcanzar a los directivos que acudan a la Autoridad en su propio nombre interpretan que ello tiene como efecto un incremento de las solicitudes de exención por parte de las empresas, como opción menos costosa o más favorable a las mismas⁴⁵. Como regla, lo razonable es que los incentivos de los directivos y los de sus empresas estén alineados en la fase de valorar la conveniencia de dirigirse a la Autoridad de Competencia y que la empresa solicite la clemencia en nombre de la mercantil y de sus directivos partícipes, o bien que ninguno, ni empresa ni directivos, acudan al programa de clemencia.

No obstante, cuando exista falta de alineamiento entre los incentivos de la empresa y los de los directivos o exdirectivos, el papel destinado a jugar por la clemencia individual se amplía.

Un primer supuesto de falta de alineamiento se da en el caso de los ex-directivos que ya no prestan servicios para la empresa, particularmente si el cese de la relación no resultó amistoso⁴⁶. Efectivamente, cabe pensar que un exdirectivo puede tener

⁴² "In the OFT's experience, applications from undertakings (on behalf of the undertaking and also its employees and directors) are much more common than applications from individuals." (*Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process*, Julio 2013). También, en el caso norteamericano, Maurice E Struke, "Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?", en *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, 2015, págs. 209-230. Señalando también que los casos de personas físicas que solicitan clemencia a título personal son bastante raros en la práctica alemana, tratándose en ocasiones de solicitudes producidas durante el desarrollo de inspecciones, Silke Heinz, "Individuals as a subject of investigation/procedure/fining in Germany", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 39.

⁴³ Vid. Florence Thépot, "Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel", *The Competition Law Review*, vol. 7 (2), julio 2011, págs. 221-240. La conclusión alcanzada por la autora es que "Individual leniency programmes are in practice never used by individuals of companies of a cartel. Nonetheless, such programmes are efficient in the way they undermine both the relations between cartel members and those inside the companies."

⁴⁴ Philipp Festerling, "Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency", septiembre 2005. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>.

⁴⁵ Florence Thépot, "Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel", *The Competition Law Review*, vol. 7 (2), julio 2011, págs. 236-237, que a su vez cita a Hammond, el cual cifra el éxito del programa de clemencia para personas físicas en EEUU no en base al número de solicitudes de particulares que se reciben, sino en el número de solicitudes de empresas que genera: SD Hammond, 'Cornerstones of an Effective Leniency Program', intervención en el ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 2004, (www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.pdf).

⁴⁶ Jan Blockx e Ivan Pico, "New Belgian Leniency Guidelines Open Door to Individual Applicants", *Kluwer Competition Law Blog*, junio 2016.

incentivos para proveerse de una exención personal como beneficiario él mismo de las previsiones del artículo 65 de la LDC, aportando información respecto de un cártel en el cual participó, no prestando ya servicios, en la fecha de su solicitud, en la entidad infractora. Ese ex-directivo no teme las consecuencias laborales negativas de su solicitud de clemencia, puesto que ya no presta servicios en la empresa cuya participación en el cártel revela. Adicionalmente, puede tener reproches frente a la misma que motiven su solicitud de clemencia a título individual, reproches vinculados por ejemplo a la forma de articularse la salida de la empresa del ahora ex-directivo. Además, el ex-directivo no podrá confiar en que su antigua empresa vaya a hacerse cargo del pago de la multa que pudiera corresponderle o de sus gastos de defensa, lo cual puede suponer un incentivo adicional para tratar de ser el primero en acudir a la Autoridad de Competencia, con una solicitud de clemencia formulada a título personal.

De la misma forma, la progresiva generalización de consecuencias negativas derivadas de participar en un cártel, y en última instancia de revelar la existencia del mismo, que lo son exclusivamente para la empresa puesto que no inciden directamente como regla en los directivos, fundamentalmente las demandas de indemnización de daños derivados de la infracción de cártel⁴⁷, pueden ser también un factor que genere resistencia por parte de la empresa a solicitar clemencia y eleve en consecuencia los incentivos de los directivos de acudir a la Autoridad de Competencia en su propio nombre. Si bien desde una perspectiva teórica las personas físicas pueden ser demandadas por los daños generados por su actuación en la conducta anticompetitiva, dada la dimensión de los daños causados por los cárteles, lo cierto es que las demandas de indemnización como regla se dirigen las personas jurídicas titulares de un patrimonio que pueda previsiblemente hacer frente a las indemnizaciones que se demanden. Algún autor lo ha calificado como "consecuencias asimétricas" para la propiedad, por un lado, y para los directivos, por otro, de la detección de un cártel por las autoridades de competencia⁴⁸. Los costes derivados para la empresa partícipe en una infracción de competencia de las demandas de daños sucesivas son un elemento fundamental a la hora de valorar la utilidad de un programa de clemencia para directivos en su propio nombre⁴⁹.

Algunos autores⁵⁰ han analizado, desde la óptica de la clemencia, el hecho de que las empresas —*rectius*, sus directivos— conserven documentos incriminatorios de su participación en un cártel. Así, además de conservar esa documentación debido a la complejidad de los acuerdos alcanzados con competidores y la necesidad de hacer un seguimiento de los mismos, se interpreta que en algunos supuestos las empresas conservan tal información para poder revelar la infracción a las autoridades de competencia y obtener clemencia, particularmente ante la incertidumbre sobre si las otras empresas co-cartelistas destruyen o no la información incriminatoria o como elemento de presión frente a los otros partícipes ante situaciones de desestabilización del cártel.

⁴⁷ La aprobación 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, y su transposición nacional ha hecho que la percepción sobre los riesgos y ventajas derivados de solicitar la clemencia haya cambiado en el ámbito europeo en los últimos años. Damien Geradin y Laurie-Anne Grellet, "Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?", *Concurrences*, diciembre 2014, págs.1-21.

⁴⁸ Philipp Festerling, "Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency", septiembre 2005 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>).

⁴⁹ Philipp Festerling, "Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency", septiembre 2005 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>), esp. pág. 44.

⁵⁰ Cécile Aubert, Patrick Rey and William E. Kovacic, "The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24 (6), noviembre 2006, págs. 1241-1266.

A su vez, los directivos pueden retener información sobre la conducta con el objeto de incrementar su poder de negociación frente a su empresa, y obtener un mejor trato o evitar un despido⁵¹, o bien para proveerse de pruebas de que sus acciones eran conformes con las instrucciones dadas por los administradores y/o conocidas de los titulares de la empresa o incluso de la matriz.

La participación en un cártel puede poner de manifiesto un interés particular del directivo participe en mejorar los resultados de su departamento, para así lograr un mejor tratamiento por parte de la empresa en términos de remuneración, promoción y mantenimiento en la empresa, de forma que la propia participación en la conducta puede o no ser conocida por los titulares de la empresa o a los administradores de la misma. A la inversa, algunos directivos pueden verse compelidos por las directrices o diseño de incentivos formulados por la empresa, y en contra de su criterio, a incurrir en conductas colusorias con sus competidores. En ambos escenarios se trata de supuestos en los cuales las empresas afectadas deben ser conscientes de que existe una información incriminatoria que puede servir a los directivos para acudir en su propio nombre a la Autoridad de Competencia con una solicitud de exención o, subsidiariamente, de reducción de la multa.

V. CONEXIÓN ENTRE LA SOLICITUD DE CLEMENCIA A TÍTULO INDIVIDUAL Y LA FIGURA DEL INFORMANTE

Junto a la clemencia otorgada a personas físicas que la solicitan a título personal, en los últimos años ha empezado a generalizarse la introducción de programas de colaboración anónima, o incluso incentivada mediante recompensas económicas, para la detección de cárteles. Al lado del instituto de la denuncia, de clara raigambre en el ámbito administrativo sancionador, y que exige la identificación del denunciante⁵², ante la constatación de que existen supuestos en los cuales terceros ajenos a la conducta infractora, que la padecen o que la conocen desde dentro aunque no participen directamente en la misma, pueden querer colaborar con las autoridades de competencia, pero a la vez temer por las consecuencias que se derivarían de que se conociera su identidad como denunciante⁵³, los ordenamientos y la práctica de las autoridades han reaccionado para establecer mecanismos de colaboración basados en preservar la identidad de la persona que aporta la información sobre el ilícito concurrencial. En el caso español el llamado “buzón de colaboración de la CNMC” entró en funcionamiento en 2014⁵⁴, mientras que la Comisión Europea ha establecido un instrumento específico de *anonymous whistleblower*⁵⁵ en 2017. Algún autor no ha dudado en calificar estos programas de colaboración como una “tercera carrera” (además de los programas de *corporate* e *individual leniency*) para llamar a la puerta de las autoridades de competencia⁵⁶.

⁵¹ Algunos autores apuntan incluso a que la empresa puede preferir no despedir a aquellos empleados conocedores de la conducta para evitar el riesgo de que acudan a la autoridad de la competencia a revelar el ilícito. Cécile Aubert, Patrick Rey and William E. Kovacic, “The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24 (6), noviembre 2006, págs. 1241-1266.

⁵² Vid. artículo 25.2 a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁵³ Además de los trabajadores de la empresa participe, los supuestos más habituales de informantes los constituyen los clientes del producto o servicio cartelizado y los competidores no participes en la conducta. En los dos últimos casos, el temor a un boicot o represalias comerciales puede justificar el acudir a la colaboración anónima con la autoridad en lugar de a una denuncia.

⁵⁴ <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/colaboracion-para-la-deteccion-de-carteles>

⁵⁵ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

⁵⁶ Maurice E Struke, “Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?”, en *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, 2015, págs. 209-230.

La precitada propuesta de Directiva sobre informantes define “informante” como persona física o jurídica que denuncie o revele información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral. Por otro lado, se designa como “interesado” a la persona física o jurídica a la que se haga referencia en la información revelada como la persona a la que se imputa la infracción o que esté asociada a dicha infracción. Si bien como regla el informante no tiene participación directa ni indirecta en la conducta que revela, no cabe descartar el supuesto en el que el informante resulte ser una persona que, por su participación en la propia conducta sobre la que informa, sea susceptible de ser responsable a título individual, junto a la empresa, de una infracción de cártel.

En el caso de Reino Unido, donde se prevé la recompensa económica para aquellas personas que informen sobre la existencia de un cártel secreto, se señala incluso que cabe en ciertos casos excepcionales que una persona que informe sobre un cártel en el cual esté implicado a título particular, pueda, además de beneficiarse de la exención de responsabilidad derivada, recibir una compensación económica, particularmente si se trata de personas que han desempeñado un papel circunstancial o periférico en la actividad del cártel⁵⁷.

El efecto mencionado a lo largo de este trabajo de la previsión de clemencia en favor de personas físicas que acudan a la autoridad en su propio nombre, como incentivador de solicitudes de clemencia corporativas, está llamado a generarse también por el instituto del informante o *whistleblower*, en este caso como incentivo tanto para empresas como para directivos a título individual, que deben incluir en su análisis de riesgos-beneficios la posibilidad adicional de que la autoridad detecte el cártel a través de la información proporcionada, anónimamente, por un tercero, en algunas jurisdicciones incentivado vía recompensa económica, y todo apunta que protegido específicamente a través de una normativa de ámbito comunitario de próxima adopción, que refleja una tendencia internacional en la materia⁵⁸.

VI. CONTEMPLACIÓN ESPECÍFICA DE LA CLEMENCIA EN LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE.

Los programas de cumplimiento descansan en la consideración de que los empleados, primero, no van a incurrir en prácticas ilícitas, y segundo, van a acudir a las vías internas de control y denuncia previstas para informar sobre vulneraciones de la normativa cometidas en el seno de la empresa, en el contexto que aquí se analiza sobre la participación de la misma en un cártel. La denuncia interna en ocasiones es la forma de conocimiento de los máximos representantes de la entidad sobre la existencia de la infracción y la que permite que la empresa pueda solicitar la exención de la multa correspondiente acogiendo a un programa de clemencia. El usuario de los canales internos de denuncia normalmente no será un directivo directamente implicado en la conducta sino un trabajador que la conoce pero no ha participado en la misma de forma activa con capacidad de decisión, sino a lo sumo siguiendo las indicaciones de un responsable con mayor posición jerárquica en la organización.

La necesidad de establecer sistemas internos de denuncia serios y eficaces en el marco de programas de cumplimiento normativo se hace más acuciante, desde la perspectiva de las empresas, a la vista de la posibilidad de que ese trabajador conocedor de la infracción, en el caso de que el sistema de cumplimiento interno no exista o no funcione apropiadamente, acuda a la Autoridad de Competencia para

⁵⁷ Rewards For Information About Cartels, www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy

⁵⁸ Vid. la *Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act* de 2017, en proceso de adopción en EE UU, destinada a proteger al whistleblower en casos de cártel.

denunciar la infracción de forma anónima o bien que el directivo participante en la conducta haga uso en su propio nombre del programa de clemencia.

Cabe enfatizar cómo la todavía propuesta de Directiva sobre informantes⁵⁹ prevé expresamente entre las infracciones objeto de denuncia, los incumplimientos de la normativa de competencia, y como ejemplo de los supuestos en los que los canales de denuncia interna pueden no funcionar, aquéllos en los que los máximos responsables de la empresa son concedores de la conducta o aquellos supuestos en los que la denuncia a través de canales internos podría poner en peligro las actuaciones investigadoras de una Autoridad de Competencia en el contexto de un cártel.

VII. CONCLUSIONES.

Desde la óptica de una Autoridad de Competencia, el desenvolvimiento natural de un programa de clemencia eficaz descansa en su capacidad para promover solicitudes de exención del pago de la multa formuladas por entidades mercantiles que informan sobre su participación en un cártel. Lo que la política de clemencia para personas jurídicas del Departamento de Justicia norteamericano señala como requisito para que se conceda el beneficio de clemencia, "*[t]he confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials*"⁶⁰, refleja en nuestra opinión el objetivo mismo de cualquier programa de clemencia: la empresa responsable asume y reconoce su participación en un cártel, poniéndolo de manifiesto a las autoridades de competencia, y cooperando a partir de ahí de forma completa y sin reservas hasta la resolución del consiguiente expediente sancionador.

Idealmente, la empresa que solicita clemencia estará como regla en mejor posición que un directivo aislado para proporcionar información más extensa y de origen diverso sobre el cártel y podrá ofrecer la colaboración y declaraciones de distintos directivos partícipes en la conducta.

El papel reservado a la posibilidad que se reconoce a las personas físicas de acudir en su propio nombre a solicitar el beneficio de exención debe ser interpretado como una pieza de cierre del sistema de clemencia corporativo, con el fin de incrementar los incentivos de las empresas a hacer uso del programa de clemencia, al añadir, junto al resto de consideraciones a valorar antes de solicitar clemencia, el riesgo, creemos que creciente, de que un directivo de la propia empresa acuda antes, en su propio nombre, a la CNMC.

La previsión de sanciones a personas físicas y su creciente aplicación en los expedientes sancionadores en los que los hechos acreditados así lo exigen, incrementa la posibilidad de que la empresa en cuestión decida acudir a la Autoridad de Competencia a solicitar clemencia en nombre propio y de sus directivos. La previsión de sanciones a personas físicas en combinación con un programa de clemencia que permite que el solicitante sea una persona física en su propio nombre, multiplica la posibilidad de que se detecten cárteles a través de solicitudes de clemencia. Asimismo, los riesgos de sanciones de carácter penal o de inhabilitación⁶¹ para directivos partícipes en las más

⁵⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (COM/2018/218 FINAL). Para un análisis inicial sobre la misma, Ingrid Vandenborre y Thorsten Goetz, "The Proposed Whistleblower Directive: Cartels & Leniency 2019", disponible en iclg.com

⁶⁰ *Corporate Leniency Policy*, Department of Justice, www.justice.gov

⁶¹ La inhabilitación puede darse también desde una perspectiva fáctica, en el sentido de que las empresas ya sancionadas por un cártel adviertan una tensión entre su interés en participar en futuras licitaciones, públicas o privadas, por ejemplo, y el mantenimiento en puestos directivos de los directivos públicamente sancionados.

graves conductas de cártel y el tratamiento más beneficioso a los directivos amparados por la clemencia vienen a confirmar la relevancia de la dimensión subjetiva de cualquier programa de clemencia para lograr la más eficaz combinación de instrumentos de detección y de disuasión de los cárteles.

