

# CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE PROGRAMAS DE ARREPENTIMIENTO, EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ

Magistrada

Sala de lo Contencioso-Administrativo  
de la Audiencia Nacional

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Anuario de la Competencia 2001 apareció publicado un artículo de Inmaculada SANZ titulado «Inmunidad total para la empresa que dismanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (*Leniency*)» que llamaba la atención sobre la dificultad de descubrir y perseguir los cárteles, y las ventajas del principio de clemencia como instrumento de política económica que permite y facilita esas tareas. Meses más tarde, las XIII Jornadas del Tribunal de Defensa de la Competencia, organizadas por el Tribunal en Madrid el 7 de octubre de 2002, dedicaron una parte de las sesiones a la «aplicación de programas de arrepentimiento en defensa de la competencia». La Ponencia presentada en esas Jornadas se encuentra en el origen de este trabajo.

En los Estados Unidos de América y en la Unión Europea funcionan en estos momentos programas de “clemencia” que se aplican en la lucha contra los **cárteles**, es decir, en la persecución de acuerdos entre competidores para fijar precios, restringir el rendimiento, dividir o compartir los mercados, etc.

Estos acuerdos suponen una multiplicidad de partes, que se unen para cometer un delito o una grave infracción administrativa, quedando implicados todos en la exigencia de que la conspiración permanezca ignorada a fin de evitar las consecuencias que su descubrimiento por las autoridades encargadas de la represión del ilícito traerá. La prueba de tales acuerdos sin la “confesión” de alguno de los conspiradores no es imposible, y así nuestro sistema jurídico-constitucional permite la prueba de indicios: el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que

la convicción judicial en un proceso se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria.

La cuestión es que para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia es necesario practicar prueba de cargo. La prueba puede ser directa, es decir, que la acusación logre demostrar el hecho enjuiciado de forma directa e inmediata: documentos, testigos, etc. Un documento constata el hecho o sus circunstancias, el testigo relata el acontecimiento, la valoración de estos medios probatorios no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser tarea más caracterizada por la objetividad y, por tanto, la imparcialidad.

La prueba indirecta, de indicios o de presunciones requiere que el Juez o la autoridad administrativa encargada de imponer sanciones, realice mentalmente el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia, y que lo lleve a cabo de modo coherente, lógico y racional. Nuestro sistema requiere que el indicio, elemento objetivo sobre el que se construye el razonamiento, esté suficientemente acreditado, y que la posterior deducción no se aparte de las reglas de valoración lógica de las consecuencias que la colectividad utiliza.

En este contexto, aparecen como evidentes las ventajas de la auto-denuncia, de la confesión de uno de los autores, con la simplificación del período de investigación, de la estructuración de la acusación y en su caso de la condena que se derivan de la misma. No cabe duda de que la colaboración con los órganos encargados de la represión de los cárteles de uno o varios de sus miembros contribuye decisivamente a la investigación de estas conductas, a su desmantelamiento y a la sanción de sus responsables. Por lo tanto, en principio, el establecimiento de unos incentivos a estos denunciantes en forma de impunidad o de reducción considerable de la sanción es ventajosa para el sistema.

Procede entrar a valorar a continuación si nuestro sistema jurídico permite la implantación de un sistema como el regulado en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 19 de febrero de 2002.

## 2. LA INCIDENCIA DE UN POSIBLE PROCESO PENAL

La primera cuestión que debe plantearse un operador económico comprometido en un cártel deseoso de acudir a la autoridad española de la competencia para autodenunciarse es la posibilidad de que sus directivos o responsables se vean sometidos a un procedimiento penal.

El Código Penal español tiene una Sección titulada «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores», en la que se tipifica la actividad consistente en detraer del mercado materias primas o productos

de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios o de perjudicar gravemente a los consumidores... o el intento de alterar los precios que resulten de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, por medio de la difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño y utilizando información privilegiada.

La empresa que denuncia una actividad que indiciariamente pudiese ser constitutiva de delito, se está autoinculcando, y será objeto de la investigación correspondiente, junto con los restantes miembros del cártel, en las personas de sus responsables, sin que en el período de instrucción su colaboración con la Fiscalía y el Juez instructor le reporte beneficios procesales o sustantivos.

La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado dictada con motivo de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abordando la introducción del denominado “el principio del consenso” señalaba que la reforma se hace eco de las corrientes procesales en el entorno europeo «según las que en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena»; por ello, el proceso penal «debe reservarse para la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan tal conflicto» mientras que para lo que denomina “criminalidad menor” deben buscarse soluciones consensuadas.

La Circular insiste en la conveniencia de la búsqueda del consenso, con base en su encaje en el ordenamiento jurídico-constitucional, porque: 1.º «la obtención del consentimiento del acusado de someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (art. 10.1)»; 2.º «el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el art. 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso ni por la sumisión a la “estigmatización” del juicio oral».

La utilización del consenso no se limita a los delitos menos graves, pero se insiste en el concepto de “menor trascendencia social”, de dudosa aplicación a actividades delictivas como las que son tipificadas como delitos relativos al mercado y a los consumidores.

A los efectos de este trabajo no es relevante cómo y cuándo puede producirse este consenso, pero sí adquieren gran importancia, máxime a la vista de la próxima entrada en vigor del Reglamento 1/2003, los efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles, cuestión tratada como problema específico por la Circular. Es lógico prever que

una persona física busque la conformidad con la acusación para evitar la prisión o reducir la duración de ésta, pero evite conformarse con la responsabilidad civil, máxime si existen terceros (en el supuesto que nos ocupa, la empresa de la que los acusados son directivos) cuyo derecho de defensa queda afectado. Si bien, como señala la Fiscalía, en principio el deudor principal de la reparación es el responsable penal del delito causante del daño, y podría entenderse su conformidad como «una forma de allanamiento que obligaría al Juez o Tribunal a dictar sentencia en los términos de la petición de responsabilidad civil aceptada por el deudor principal», es dudoso que su aceptación vinculase a los demás responsables civiles, concluyéndose que éstos deben ser llamados a los autos.

Si el acusado no se conforma con la responsabilidad civil, el proceso debe continuar, aunque sí lo haya hecho con la responsabilidad penal, y si el acusado se conforma pero no lo hacen el responsable civil subsidiario o el asegurador voluntario, debe continuar el juicio a los efectos de debatir la responsabilidad civil subsidiaria y su alcance.

Las sucesivas reformas en materia de enjuiciamiento criminal, y especialmente la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado»), y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior, han supuesto una modificación del régimen de conformidad.

La reforma ha regulado de forma más detallada los efectos y límites de la conformidad, atribuyendo a la que se produce en determinadas circunstancias un efecto automático de reducción de la pena consensuada en un tercio de su extensión. El anterior “consenso” ha dado paso a la “conformidad”, y aparece la “conformidad beneficiada” para delitos que se tramiten mediante procedimiento abreviado, entre los que se encuentra vista la pena prevista en el art. 284 del Código Penal, el “intento de alterar los precios”.

La Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, al estudiar los efectos sobre la pena conformada de la ausencia de conformidad en la responsabilidad civil señala que «la no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil, en los términos establecidos en los arts. 695 y 700 LECrim., obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que —como reza el art. 695— la *«discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil [...] terminado el acto el tribunal dictará sentencia»*.

Un ejemplo útil para valorar las consecuencias de estas posibles diligencias penales, así como de la conformidad, lo aporta la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, núm. 27, de Madrid, el pasado día 31 de

enero de 2003, en aplicación del art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se condena a una persona *«como responsable en concepto de autor de un delito de uso de información relevante del art. 285 del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica del art. 21, núm. 6, en relación con el núm. 5 del mismo artículo y con el art. 66, regla cuarta, todos ellos del Código Penal, impongo al condenado la pena de multa...»*. La atenuante aplicada, análoga a *«haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuido sus efectos...»* se fundamenta en que *«antes del inicio de la investigación judicial el acusado contestó voluntariamente un cuestionario que le fue remitido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y aportó los documentos que ésta le solicitó. Durante la instrucción de la causa el acusado ha prestado declaración como imputado ante el Juzgado de Instrucción, en la que ha reconocido la comisión de la infracción»*.

Si bien las cuestiones penales suelen estar lejos del ánimo de los especialistas en derecho de la competencia, un asesoramiento completo a una empresa que se plantee su aproximación a las autoridades de defensa de la competencia para acogerse a un programa de “clemencia” y pactar una solución semejante a las ya en vigor en la Unión Europea y Estados Unidos, debería contemplar este ángulo, dadas las implicaciones que para sus directivos puede conllevar la calificación como delictiva de la conducta anticompetitiva.

Por otra parte, nuestro sistema jurídico permite la denuncia pública, estando prevista la personación en las diligencias penales de los perjudicados para el ejercicio de la acusación particular. En supuestos como el relativo a la manipulación de precios, la presencia en las filas de la acusación de las organizaciones de consumidores permite que en el marco de un proceso en que la Acusación Pública ha llegado a un acuerdo con el acusado-procesado solicitando la imposición de una pena mínima, la Acusación Privada mantenga una petición de condena en grado máximo condicionando los efectos de la conformidad, y llevando a que por el Juez o Tribunal sentenciador se revisen los hechos, la calificación jurídica, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y en definitiva la pena a imponer. Al tiempo, la responsabilidad civil, para la acusación particular, es a menudo el punto relevante, que distorsiona la negociación de una posible conformidad.

La decisión de una empresa miembro de un cártel de denunciar los acuerdos prohibidos debe, en consecuencia, adoptarse previa valoración de las posibles consecuencias penales para sus directivos y responsables, sobre la base de que el vigente sistema permite la aplicación en las circunstancias expuestas de importantes reducciones de la pena, reducciones que pueden verse afectadas por la falta de reparación económica de las consecuencias de la conducta denunciada. No hay que olvidar la fundamental ventaja que para las víctimas de una conducta anticompetitiva tiene el proceso penal frente al sancionador administrativo: en aquél, el Juez o Tribunal sentenciador puede establecer la condena al abono

de sumas por responsabilidad civil, regulada en los arts. 109 y siguientes del Código Penal: «la ejecución de un hecho descrito en la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados», responsabilidad cuyo pago queda asegurado, por otra parte, mediante fianza señalada por el Juez en la cuantía solicitada por las acusaciones, en el período de instrucción. El propio Código Penal establece en su art. 120 la responsabilidad civil, en defecto de los que lo sean criminalmente, de las personas jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

En estas circunstancias, en vía penal la conformidad ofrece ventajas para las personas físicas, para los responsables de la empresa, quienes individualmente se beneficiarán de una posible reducción de la condena por aplicación de las previsiones legales descritas más arriba, mientras queda pendiente, para la empresa, la responsabilidad civil subsidiaria.

En este mismo marco de las consecuencias jurídico-penales de la auto-denuncia, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, deben valorarse igualmente las consecuencias que las conductas tengan en relación con la Hacienda Pública. La exención de responsabilidad por delito fiscal está ligada en el Código Penal, art. 305, párrafo 4.º, a la regularización de la situación tributaria, en las circunstancias previstas en dicho precepto.

### 3. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, entre otras cuestiones novedosas en el procedimiento administrativo español, introdujo, en su art. 88, la terminación convencional del mismo: «1. *Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.* 2. *Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.* 3. *Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.* 4. *Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsa-*

*bilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos».*

Según la doctrina más autorizada, con este precepto se trataba de incentivar la regulación de la terminación convencional de procedimientos administrativos con un doble propósito: propiciar la participación de los ciudadanos en dichos procedimientos utilizando la técnica negociada frente al sistema tradicional de la decisión impuesta, y facilitar vías alternativas a la jurisdiccional para la resolución de los conflictos entre la Administración y los administrados.

En el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, el art. 8 establece que *«1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda. 2. Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, podrá implicar también la terminación del procedimiento sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso. 3. En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinados en la notificación de la iniciación del procedimiento».*

En general, se ha entendido que la terminación convencional de los procedimientos administrativos debe situarse en el ámbito de la eficacia administrativa, de conformidad con lo previsto en el art. 103, párrafo 1, de la Constitución, destinada a la mejor y más rápida satisfacción del interés público sin quiebra del principio de legalidad. La norma que regule esta posibilidad debe atribuir la potestad a la Administración afectada para alcanzar estas soluciones, y la discrecionalidad administrativa permitir que un acuerdo con el administrado ocupe el lugar del acto administrativo. En todo caso, el pacto no puede perjudicar a terceros interesados, porque los derechos de éstos no pueden ser afectados sin su consentimiento.

La admisión por la Administración de la denuncia condicionada a la impunidad del denunciante equivaldría a una forma de transacción con este particular (administrado), que ofrece dificultades en el Derecho administrativo español. Una parte de la doctrina considera que el carácter indisponible de las potestades administrativas y la estricta sujeción de la Administración a las consecuencias del principio de legalidad, la impedirían transigir tanto respecto de las solicitudes ajustadas a Derecho como en relación con las que no lo fueren, porque en ambos casos quebrarían los principios de objetividad e igualdad que deben presidir la actuación administrativa.

Enlazando con lo anteriormente expuesto, debe recordarse que la prejudicialidad del proceso penal respecto de la acción sancionadora de la Administración está regulada en el art. 55 de la Ley de Defensa de la

Competencia: «*La instrucción de proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos*». Es decir: el procedimiento administrativo debe suspenderse cuando se tramite por idénticos hechos un proceso penal por exigencia del principio *non bis in idem* que determina no sólo la prohibición de sancionar doblemente (en vía penal y en vía administrativa) un mismo hecho, sino la prohibición del doble enjuiciamiento.

En consecuencia, el inicio de las actuaciones en vía administrativa, ante el Servicio de Defensa de la Competencia, seguidas posteriormente ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en su caso, no se constituye en una barrera frente a la posible investigación y enjuiciamiento ante la jurisdicción penal de las conductas, cosa que sí ocurre cuando ésta se adelanta. El miembro del cártel que pretendiendo beneficiarse de un tratamiento clemente se dirige a las autoridades administrativas, no consigue la inmunidad penal. Como se puso de manifiesto en la mencionada Sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 27, su colaboración con la Administración será constitutiva de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal.

Otro elemento a considerar para la aplicación de un sistema de “clemencia” en el vigente marco jurídico de defensa de la competencia es **el carácter público de la denuncia**, y que la Administración no queda limitada por el contenido de la misma ni en su aspecto objetivo ni subjetivo. El Servicio de Defensa de la Competencia, mediante la información reservada, puede completar el contenido de la denuncia, existiendo una clara diferenciación en la Ley de Defensa de la Competencia entre la denuncia y la incoación del procedimiento.

Comprobada la existencia de unos hechos constitutivos de una infracción, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución declarando acreditada la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos, ordenando su cese y en su caso imponiendo una sanción según los criterios establecidos en el art. 10, con un amplio margen de decisión que incluye la no-imposición de sanciones económicas. La Ley de Defensa de la Competencia permite sancionar tanto a la persona jurídica como a las personas físicas si el Tribunal considera que los representantes legales o administradores han intervenido en la adopción de los acuerdos infractores.

La existencia de dos órganos, encargados respectivamente de las funciones instructoras y las resolutorias, complica en nuestro sistema la aplicación de la “clemencia”, dado que el denunciante debe dirigirse al Servicio para iniciar el procedimiento del que su información no constituye sino un primer paso, y es al Tribunal al que corresponde imponer las sanciones.

Por último, la resolución que se dicte será susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que en el ejercicio de su función revisora podrá valorar la aplicación que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha hecho de las circunstancias previstas en el art. 10 para la imposición de la sanción.

En este marco jurídico, el denunciante carece de garantías respecto a las posibles consecuencias favorables para su actuación como tal en el posterior enjuiciamiento y sanción administrativos de su participación en el cártel.

En el pasado, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido en cuenta, en alguna de sus resoluciones, como atenuante a la hora de fijar la cuantía de la multa, la colaboración de una empresa participante en la actuación que se declara contraria a la libre competencia.

El Acuerdo de 8 de julio de 1992 dictado en el expediente 294/91 iniciado por denuncia de la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites comestibles contra varias empresas dedicadas a la comercialización de aceite de oliva virgen, es uno de ellos. Estas empresas, expedientadas y posteriormente sancionadas, concurrieron a varias licitaciones del SENPA y se adjudicaron distintos lotes, posteriormente cedidos a una tercera: adquirieron entre todas cantidades de aceite de oliva en cantidad superior al límite permitido, formando parte de un grupo empresarial y por ello sometidas a una voluntad única en sus relaciones mercantiles, lo que posteriormente produjo un acaparamiento del aceite de oliva en un momento en el que éste escaseaba en el mercado, y como consecuencia de este acaparamiento, una subida del precio del producto. El Acuerdo fue declarado conforme a Derecho por la Audiencia Nacional, entre otras, en la Sentencia de fecha 24 de marzo de 1997, y ésta a su vez confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002.

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo recoge las siguientes consideraciones: *«La resolución impugnada impone la multa de 55 millones de pesetas (en la franja inferior de las posibles) en atención a cuatro de los criterios del art. 10 de la Ley 16/1989 antes reseñados, cuales son la modalidad y alcance de las restricciones de competencia, la dimensión del mercado afectado, el efecto de la conducta sobre los consumidores y la duración, “en este caso breve” de la restricción de la competencia. Utiliza, además, como factor adicional para moderar la cuantía de la sanción pecuniaria el hecho de que “... con respecto a las siete empresas del grupo de la española “FESA”, intervención que redundó en el descubrimiento de los acuerdos colusorios de las otras nueve empresas en este expediente».*

En relación con este mismo expediente y acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, se dictó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 1996, confirmada por la del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002. En esta Sentencia, el fundamento jurídico octavo establece, razonando sobre la alegación de la parte recurrente (una de las empresas sancionadas) sobre la vulneración del art. 14 y del art. 24, ambos de la Constitución, por el acto administrativo y la sentencia desestimatoria de instancia, lo siguiente: *«La supuesta infracción del principio de igualdad se aduce sobre la base de que el Tribunal de Defensa de la Competencia no trató igual a las sociedades denunciadas que a las siete del Grupo F. E., quienes finalmente, también por medios ilícitos, se adju-*

*dicaron el aceite subastado, pues utilizó como factor adicional para atenuar la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta a éstas el hecho de que “su intervención (de dichas siete empresas) redundó en el descubrimiento de los acuerdos colusorios de las otras nueve empresas incursoas en este expediente”.*

*Para que la censura pudiera tomarse en consideración la Sala de instancia debería, en primer lugar, haber apreciado que, a la recíproca, también la actuación de la recurrente redundó en el descubrimiento de las prácticas colusorias de sus competidoras. Pero como ello no es así, y el tribunal sentenciador excluyó que dicha actuación redundara en beneficio del descubrimiento y determinación de la actuación de otros expedientados (así lo hemos transcrito al final del fundamento jurídico segundo) no hay términos de comparación válidos.*

*Este juicio del Tribunal sentenciador sobre la incidencia de una determinada conducta en el resultado final de un expediente administrativo podrá ser más o menos criticado por la parte afectada, pero no por ello puede calificársele de contrario al art. 14 o, mucho menos, al 24, ambos de la Constitución. No hay igualdad de circunstancias cuando se trata de comparar la denuncia (inicial) con la intervención sucesiva en el curso del expediente administrativo. Si a lo largo de éste uno de los expedientados, incluso denunciado, ofrece su colaboración y testimonio decisivo para descubrir unos determinados hechos, mientras que el denunciante no adopta la misma actitud, las consecuencias de esta disparidad de conductas pueden traducirse en los efectos jurídicos pertinentes, sin que ello rompa el principio de igualdad».*

La situación no es equiparable a la planteada por los programas de “arrepentimiento”, pero indudablemente constituye un precedente a tener en cuenta para valorar como puede integrarse en el vigente sistema administrativo sancionador de defensa de la competencia una colaboración susceptible de contribuir decisivamente al esclarecimiento de los hechos por parte de una de las empresas responsables de la conducta presuntamente infractora.

En la actual regulación jurídica de las conductas anticompetitivas una cuestión ofrece especiales dificultades: la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de las mismas, cuya cuantía, obligación de pago, beneficiarios, etc., exigen una declaración que hasta la fecha no puede ser realizada por la autoridad administrativa de Defensa de la Competencia. Como señalaba Inmaculada SANZ en el artículo citado al principio, esta cuestión no está resuelta en la Comunicación de la Comisión de 2002, y el pacto con las autoridades competentes en los programas de “arrepentimiento” no garantiza a la empresa colaboradora una rebaja de sus responsabilidades civiles como no la garantiza en el proceso penal. Es más, en algunas circunstancias, la previa indemnización a los perjudicados se constituye en condición indispensable para obtener la “clemencia”.

Una solución como la norteamericana, en la que se establece por las autoridades *antitrust* una indemnización por daños y perjuicios dentro

del sistema de clemencia tiene un encaje muy difícil en el sistema jurídico español; una dificultad añadida proviene del hecho de que las relaciones entre la empresa denunciante y la Administración, a fin de ser realmente eficaces en la persecución y desmantelamiento del cártel, se caracterizan por el secreto y la falta de participación de terceros interesados.

#### 4. CONCLUSIÓN

De las consideraciones expuestas hasta ahora pueden extraerse algunas consecuencias: la introducción de una reforma legislativa para establecer un sistema de "clemencia" para los denunciantes de un cártel debe abordarse con un enfoque amplio. Son varias las cuestiones a tener en cuenta, entre otras:

1.º La regulación de las consecuencias eximentes de la responsabilidad del colaborador con las autoridades de defensa de la competencia, tanto en el ámbito del ilícito penal como de las infracciones administrativas.

2.º La previsión de tratamiento sancionador favorable en caso de que los hechos pudieran ser acreedores a sanciones por otros ilícitos penales o administrativos, concretamente para el supuesto de los ilícitos tributarios.

3.º La delimitación clara de las consecuencias en el ámbito de responsabilidad de la persona jurídica y la de las personas de sus directivos o administradores.

4.º La determinación de la autoridad o autoridades competentes, y especialmente la coordinación entre la fiscalía y las autoridades de defensa de la competencia.

5.º La previsión del alcance del programa en materia de responsabilidad civil.

Como los estudiosos en la materia han señalado ya, el sistema en todo caso deberá caracterizarse por su claridad (las consecuencias favorables de la denuncia deben estar **claras**) y certeza (las consecuencias favorables de la denuncia deben estar **aseguradas**).

