

LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DE CÁRTEL COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ*

Subdirectora Adjunta, Subdirección de Cárteles y Clemencia CNMC
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado
Doctora en Derecho

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. LA GENUINA PREOCUPACIÓN POR LA SALUD DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS.—III. LA ESPECÍFICA CONTEMPLACIÓN DE LA CLEMENCIA EN LA DIRECTIVA DE DAÑOS Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO NACIONAL: A. El régimen de acceso a las fuentes de prueba: la protección reforzada de las declaraciones de clemencia. B. La exención de responsabilidad conjunta y solidaria del beneficiario de exención.—IV. OTROS FACTORES A INCLUIR EN LA ECUACIÓN: A. Prohibición de contratar con el sector público y responsabilidad de directivos. B. La generalización de los programas de *compliance* y los procesos de reestructuración societaria.—V. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN AVANTAJADA DEL BENEFICIARIO DE CLEMENCIA FRENTE AL RESTO DE INFRACTORES ANTE RECLAMACIONES DE DAÑOS DERIVADOS.—BIBLIOGRAFÍA.

«The report of my death was an exaggeration».

Mark TWAIN¹

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Cualquier operador en el mercado situado en posición de hacer uso del programa de clemencia realiza siempre una ponderación de las ventajas esperadas y de los costes previsibles de tal decisión. Una empresa que en

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

¹ Nota que Twain remitió en Londres, el 31 de mayo de 1897, al periodista Frank Marshall White para desmentir erróneas noticias publicadas sobre su estado de salud (S. FISHER FISHKIN, *Lighting Out For the Territory: Reflections on Mark Twain and American Culture*, Oxford University Press, 1996, p. 134).

el periodo transcurrido entre la puesta en marcha de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)² y la adopción de la Directiva 2014/104/UE³ (en adelante, «Directiva de daños» o «Directiva 2014/104»), se hubiera planteado acudir a la autoridad de competencia para presentar una solicitud de exención de multa por su participación en un cártel, se habría visto presumiblemente aconsejada por sus asesores legales sobre la repercusión de tal decisión en al menos dos planos diferentes: el de la responsabilidad administrativa conectada con la infracción de la normativa de competencia y el de la responsabilidad civil por los daños generados por la conducta colusoria.

Desde la perspectiva del procedimiento administrativo sancionador, la empresa sería advertida sobre las condiciones a cumplimentar para poder hacerse acreedora de la exención de la multa que en otro caso le correspondería por la infracción de la que se autoinculparía, condiciones básicamente referidas a la información a aportar y la colaboración a prestar a la CNMC, en el marco del régimen establecido en art. 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y su desarrollo reglamentario, y a la vista de la Comunicación de Clemencia de la CNC de junio de 2013.

En el otro plano, la empresa en cuestión sería informada del riesgo de ser demandada ante la jurisdicción civil por los eventuales perjudicados por el cártel, pudiendo tener que responder *a priori* con carácter solidario por la totalidad de los daños⁴, sin perjuicio de la acción de regreso frente a los coinfractores. Sin duda, en el marco del asesoramiento recibido, la empresa en trance de invocar la clemencia sería advertida de la existencia de dos señeras sentencias del Tribunal Supremo, las cuales reconocieron elevadas indemnizaciones a los dañados por un cártel de fabricantes de azúcar que había sido previamente sancionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia⁵.

Nuestra protagonista debería tener en cuenta los elementos de prueba del daño que podrían ser usados en tal hipotética demanda civil, sin duda

² Como es sabido, en octubre de 2013 la CNMC asume las funciones anteriormente atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por mandato de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC).

³ Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

⁴ Tal como señala, con cita de otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995: «El motivo tiene que ser desestimado al ser ya consolidada la jurisprudencia de que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado [...] ya por entender que el resultado dañoso sería íntegramente imputable a cada una de las conductas ilícitas de los varios partícipes o porque así resultaría de redactarse el art. 1902 en plural o, en fin, porque la idea básica de la solidaridad radica en facilitar la reparación del daño causado, en beneficio de la víctima del ilícito». Véase, asimismo, *infra*, nota 43.

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 y 7 de noviembre de 2013, en relación a la Resolución del TDC de 15 de abril de 1999 (expte. 426/98, *Azúcar*).

valorando que, en el caso de revisión jurisdiccional de la resolución sancionadora, al remitir a la Audiencia Nacional el expediente administrativo, la CNMC identificaría expresamente las declaraciones realizadas por el solicitante de clemencia, de las que no se pueden obtener copias ni en fase administrativa ni ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 51.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de la LDC, en adelante RDC). No obstante, debería saber que si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prevé, en su art. 15 bis, que la cooperación de la CNMC con los órganos jurisdiccionales no alcanza a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la LDC, no existía —recordemos que la hipótesis está situada antes de la transposición de la Directiva de daños— ningún régimen especial sobre la validez del acceso a la solicitud de clemencia en el ámbito jurisdiccional civil a través de otros medios. Asimismo, le convendría no pasar por alto que la jurisprudencia del TJUE sobre acceso a las declaraciones de clemencia en los subsiguientes procedimientos de reclamación de daños no eran halagüeños para los beneficiarios de exención, desde la perspectiva de la previsibilidad de la actuación del juez civil en cuanto a la accesibilidad de la documentación vinculada a la clemencia⁶.

Naturalmente, todas estas cuestiones descansarían sobre otros factores de naturaleza más genérica —y de ponderación siempre difícil—, como son la probabilidad de detección del cártel por la autoridad de la competencia, bien de oficio bien a través de la solicitud de clemencia de otro partícipe en el cártel, y la probabilidad de que tras la resolución sancionadora se planteen demandas de daños, en función de circunstancias tales como el tipo de producto o servicio cartelizado, o la condición de los clientes y proveedores afectados⁷.

Sumado todo, cabe considerar que el marco normativo previo a la transposición de la Directiva de daños ofrecía suficientes incentivos para los cartelistas en trance de acogerse al programa de clemencia, pues el número de solicitudes de clemencia presentadas ante la autoridad de competencia española y que han dado lugar a expedientes sancionadores entre los años 2010 y 2016 se elevó a un total de 43, de las que 19 fueron solicitudes de exención y 24 de reducción⁸. La opinión más extendida es que el programa de clemencia de la CNC, después CNMC, ha tenido un funcionamiento

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2011 (C-360/09, *Pfleiderer*) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2013 (C-536/11, *Donau Chemie y otros*).

⁷ Sobre la menor probabilidad de acciones de daños en supuestos de escasa cuantía relativa del daño y dispersión del mismo entre un volumen indeterminado de sujetos, véase J. MAILLO y P. MILLA, «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 57.

⁸ Tal como se recoge en la Memoria de la CNMC de 2016 (última disponible). Se toma como referencia inicial el año 2010 puesto que el 21 de enero de 2010, la CNC resolvió el primer expediente sancionador en aplicación de este programa (expte. S/8408, *Fabricantes de Gel*), expediente iniciado a raíz de la primera solicitud de clemencia presentada ante la CNC el primer día de entrada en vigor del RDC, en febrero de 2008.

exitoso⁹, todo ello mientras se tejía la elaboración de la Directiva de daños, y tras su adopción en 2014 se dilataba su transposición, que no tuvo lugar sino tardíamente en mayo de 2017¹⁰.

¿Provoca la Directiva de daños, y su consiguiente transposición a Derecho interno, una alteración de los incentivos que los potenciales solicitantes de exención venían encontrando para acogerse al programa de clemencia, particularmente en relación con su posición frente a las eventuales demandas de responsabilidad civil derivadas de la conducta colusoria?

La regulación de la Directiva contiene una presunción *iuris tantum* de que los cárteles generan daños, e introduce un régimen facilitado de acceso a la prueba¹¹, lo que está provocando un incremento de las demandas de daños en el ámbito de la Unión Europea. Esto ha traído consigo una modificación en el balance que realizaba el potencial solicitante de exención antes de la transposición de la Directiva de daños (exención de pago de la multa, posibilidad de tener que afrontar demandas de daños derivados) y el que realiza tras la transposición de la Directiva (exención de multa, mayor probabilidad de que se produzcan y prosperen reclamaciones por los daños ocasionados).

Ahora bien, hasta la fecha el riesgo de tener que afrontar demandas de daños derivados de un cártel ha sido un factor desincentivador, pero no el fundamental, en la decisión de la empresa solicitante de clemencia¹². Existe un elemento adicional de valoración y es la mayor o menor vulnerabilidad relativa en el marco de las demandas de daños, por comparación con el resto de partícipes en la conducta infractora.

Este trabajo analiza ese tercer factor para constatar que, tras la adopción de la Directiva de daños, si bien todos los infractores de la normativa de competencia declarados como tales por una resolución de la autoridad de competencia están en peor posición que bajo la legislación anterior, dado el previsible incremento de las acciones de indemnización de daños, el beneficiario de la exención está sustancialmente en mejor posición que el resto de infractores.

De hecho, aparte el dato del incremento del riesgo de tener que soportar demandas de daños, común como digo a todos los infractores, el beneficiario de exención se encuentra en mejor posición que antes de la

⁹ J. MAILLO y P. MILLA, «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 47-48.

¹⁰ Cfr. Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (Real Decreto-ley 9/2017).

¹¹ Cfr. art. 17.2 (presunción de daño) y arts. 5 y ss. (exhibición de las pruebas) de la Directiva 2014/104.

¹² Así, el estudio de 2007 para la Comisión Europea, desarrollado por el Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam y LUISS Università, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, p. 492, esp. nota 735 [disponible en ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white.../impact_study.pdf, que cita un cuestionario llevado a cabo por el *International Competition Network* (ICN) sobre la cuestión].

transposición de la Directiva en relación con todos los demás factores, y por contraste con la situación de sus coinfractores.

Así pues, el propósito de este trabajo es intentar cifrar con la mayor precisión posible la verdadera incidencia que, en el marco de la regulación armonizada, están llamadas a tener las demandas de daños ocasionados por infracciones de cártel en el programa de clemencia.

Los epígrafes II y III analizan la contemplación por la Directiva de daños de la peculiar situación de los solicitantes de clemencia, la salvaguarda introducida en materia de acceso a las fuentes de prueba y el régimen excepcional de responsabilidad conjunta y solidaria del que disfruta el beneficiario de exención. La conclusión que se extrae de ese análisis es que, frente a lo anunciado por ciertos vaticinios sombríos sobre su efecto desincentivador del programa de clemencia, el nuevo régimen armonizado no solo no perjudica la posición del beneficiario de exención sino que la mejora claramente respecto de la situación previa al Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que traspone la Directiva 2014/104 al Derecho español.

En el epígrafe IV se examinan otras piezas de la normativa de competencia (la responsabilidad de directivos *ex art.* 63.2 de la LDC y la posibilidad de solicitar la exención por personas físicas) y en sede de contratación pública (la exención de la prohibición de contratar para el beneficiario de clemencia), así como instrumentos de *soft law* (la generalización de los programas de *compliance*), que a mi juicio coadyuvan a reforzar los incentivos del programa de clemencia, incluso en un contexto de mayor probabilidad de interposición de demandas de daños y perjuicios derivados.

II. LA GENUINA PREOCUPACIÓN POR LA SALUD DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS

Desde los inicios del extenso proceso de elaboración de la Directiva 2014/104/UE, la posibilidad de que cualquier persona (consumidores, empresas, autoridades públicas) pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se ha tratado de salvaguardar sin perjudicar, por otro lado, el sistema de incentivos existente para que las empresas partícipes en una conducta de cártel presenten solicitudes de clemencia y aporten a las autoridades de competencia la máxima información posible, a fin de favorecer la detección y sanción de estas infracciones.

La adopción en la Unión Europea de un régimen armonizado de demandas de indemnización de daños derivados del falseamiento de la competencia, mejora la posición de los damnificados a la hora de ser compensados y, en análoga medida, incrementa para los infractores los costes de la detección de su conducta. La constatación de la necesidad de garantizar la

tutela del derecho a la plena compensación de los perjudicados, no impide tener igualmente en cuenta que el programa de clemencia es considerado en todas las jurisdicciones que lo han introducido como el instrumento más eficaz para la detección y represión de los cárteles¹³.

El conocido como *Estudio Ashurst*¹⁴ preparado para la Comisión Europea en 2004, en las primeras etapas del diseño de una normativa armonizada sobre indemnizaciones de perjuicios derivados de infracciones de falseamiento de la competencia, apuntaba ya de forma sumaria la necesidad de considerar cómo las demandas de daños pueden repercutir en la eficacia del programa de clemencia.

El *Libro Verde* de la Comisión Europea, *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de diciembre de 2005, al analizar la necesidad de coordinación entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la Competencia, identifica como elemento fundamental la necesidad de valorar «el impacto de las indemnizaciones por daños y perjuicios en el funcionamiento de los programas de clemencia con el fin de preservar la eficacia de los mismos. A este respecto, debería tenerse en cuenta que la existencia de los programas de clemencia ayuda generalmente a los litigantes privados en la reparación de daños y perjuicios puesto que sacan a la luz cárteles secretos». Las opciones que entonces manejaba la Comisión para preservar los incentivos del programa de clemencia eran tres:

«Opción 28: excluir que se pueda dar acceso a las solicitudes de clemencia, protegiendo así la confidencialidad de los documentos entregados a las autoridades responsables de competencia como parte de las mismas.

Opción 29: descuento condicional en cualquier indemnización por daños y perjuicios contra un solicitante de clemencia; las indemnizaciones debidas por los otros infractores —responsables solidariamente de la totalidad de los daños— no cambian.

Opción 30: suprimir la responsabilidad solidaria del solicitante de clemencia, limitando así la exposición del solicitante a las pretensiones de reparación. Una solución posible sería limitar la responsabilidad del solicitante de clemencia a la parte de los daños correspondiente a la participación del solicitante en el mercado del cártel».

Un posterior *Estudio* de diciembre de 2007 dedicaba un extenso epígrafe a la interacción entre los programas de clemencia y la aplicación privada¹⁵. El mismo se hacía eco de las opciones barajadas por el *Libro Verde* de la Comisión y analizaba los beneficios y costes de cada una de las tres alternativas.

¹³ OCDE, *Challenges and Co-ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat*, 5 de junio de 2018, p. 1.

¹⁴ *Ashurst-Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Analysis of Economic Models for the calculation of damages*, 31 de agosto de 2004, nota 59, p. 30.

¹⁵ El ya citado estudio para la Comisión Europea de Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam y LUISS Università, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, pp. 492-532.

El *Libro Blanco* de la Comisión, de abril de 2008, reserva igualmente un tratamiento específico a la «Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios». La preocupación por mantener el atractivo de los programas de clemencia se vincula de forma transparente a la necesidad de garantizar «una protección adecuada contra la divulgación de las declaraciones corporativas presentadas por un solicitante de clemencia al objeto de evitar colocarle en una situación menos favorable que los coinfractores». Tal protección entiende la Comisión que debe aplicarse a todas las declaraciones corporativas presentadas por todos los solicitantes de clemencia en relación con una infracción del actual art. 101 del TFUE (también cuando se aplica paralelamente la legislación nacional en materia de competencia), independientemente de si la solicitud de clemencia es aceptada, rechazada o no conduce a decisión alguna de la autoridad de competencia. La Comisión señala que en caso contrario existe un riesgo de que se reduzca la calidad de las declaraciones de clemencia o incluso se disuada a un infractor de solicitar la clemencia.

La segunda medida propuesta en este *Libro Blanco* consiste en limitar la responsabilidad civil de los beneficiarios de inmunidad a los daños padecidos por sus clientes o proveedores directos e indirectos, al objeto de incrementar para el potencial solicitante de exención la previsibilidad de los daños a indemnizar y limitar el alcance de los mismos¹⁶.

El *documento de trabajo* de los servicios de la Comisión sobre la reparación de daños por incumplimiento de la normativa comunitaria de competencia que acompaña al *Libro Blanco*, dedica un Capítulo a esta cuestión, detallando la razón de ser de las propuestas de la Comisión¹⁷, luego recogidas en la Directiva 2014/104/UE.

Al igual que las instituciones comunitarias, la posición de las autoridades de competencia europeas ha sido unánime en favor de la protección de los solicitantes de clemencia, como elemento clave para la detección de cárteles secretos¹⁸.

En el ámbito nacional resulta reseñable que, en el debate que precedió a la aprobación de la Ley 15/2007, algún autor ya anticipase la necesidad de que se incluyeran «algunas previsiones necesarias para arbitrar mecanismos que eviten conflictos entre el impulso de la aplicación privada y otras novedades importantes incluidas en la reforma como, por ejemplo, los programas de *leniency*»¹⁹. En esa misma etapa, se oyeron también algunas

¹⁶ La Comisión reconocía la necesidad de considerar el impacto de esa medida no solo respecto de la compensación de las víctimas, sino también en la posición de los coinfractores, especialmente si son también solicitantes de clemencia.

¹⁷ Capítulo 10, sección B del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, COM(2008) 165 final.

¹⁸ Cfr. Resolución de la reunión de los directores de las autoridades europeas de competencia de 23 de mayo de 2012, *Protección de la documentación de clemencia en el contexto de los daños y perjuicios*, que puede consultarse en http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf.

¹⁹ Véase A. GUERRA FERNÁNDEZ, «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones

voces críticas sobre la propuesta de Directiva para armonizar la aplicación privada, destacando que la persecución de los cárteles solo podía descansar de modo efectivo en la actividad de las autoridades de competencia, y que la detección de cárteles se había incrementado precisamente como consecuencia de la entrada en vigor de los programas de clemencia en las distintas jurisdicciones²⁰.

Hasta la fecha, las demandas de daños sucesivas no han puesto en riesgo el éxito del programa de clemencia, pero lo cierto es que el número de demandas de indemnización de daños, y con él la incidencia práctica de este tipo de demandas, ha sido relativamente escaso, dada la preponderancia —tanto en España²¹ como en el resto de Europa²²— de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, y el papel comparativamente secundario de la aplicación privada, a la que en la mayoría de los casos se acude como secuela tras una previa sanción administrativa de la infracción (*follow-on* o demandas consecutivas). En el ámbito español, no puede decirse que las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo²³ otorgando relevantes indemnizaciones en el conocido como «cártel del azúcar» hayan tenido un efecto desincentivador, a la vista del número de solicitudes de clemencia formu-

civiles en el marco de la reforma de la Ley», *GJUE*, núm. 243, junio de 2006, p. 34. Señalando que en el caso español, dada la escasa experiencia práctica tanto en la aplicación de los programas de clemencia como en el ejercicio de acciones indemnizatorias por infracción de competencia, era «premature hablar de una posible interacción negativa entre ellos», puede verse también C. HERRERO SUÁREZ, «La Aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, p. 117. Por el contrario, I. DIEZ PICAZO, «Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España», 1989-2007. *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, 2008, p. 70, aun siendo consciente del desincentivo que genera en los potenciales solicitantes de clemencia, tilda de aberrante que la normativa sobre indemnización de daños por conductas de falseamiento de la competencia contemple con carácter especial los programas de clemencia, pues «ello supondría obtener un resultado de interés público a costa del derecho al resarcimiento de los particulares. La empresa que se acoja al sistema de clemencia debe ponderar este extremo».

²⁰ Véase J. ALFARO, «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», *InDret*, 2009 (3), p. 14: «Es completamente ilusorio pretender que, a través de un procedimiento civil, se puede llegar a establecer la existencia, extensión, participantes y características de un cártel».

²¹ Para el caso español, véanse D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, «La transposición de la *Directiva de daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, pp. 421-445; J. E. SORIANO GARCÍA, «Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía», *Actualidad Jurídica*, 25 de junio de 2014, identifica como razones de la confianza en el orden administrativo y la falta de recurso al orden jurisdiccional civil, la gratuidad del procedimiento administrativo, la facilidad y comodidad del procedimiento administrativo para el denunciante y la fiabilidad del procedimiento gestionado por las Autoridades de la competencia.

²² C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 83 y 88. Solo unos pocos Estados miembros con normativas procesales comparativamente favorecedoras para el demandante (Reino Unido, Alemania y Países Bajos) destacan por ser foro jurisdiccional de un número creciente de demandas de daños. Para un análisis sumario de tales regímenes, véase D. GERADIN y L. A. GRELIER, «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, pp. 3-7, disponible en *ssrn.com*.

²³ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (rec. 2163/2009) y 7 de noviembre de 2013 (rec. 2472/2011).

ladas con posterioridad a la primera demanda vinculada a tal cártel, y en particular en el periodo transcurrido entre el dictado de esas sentencias y la adopción de la Directiva 2014/104²⁴.

No obstante, si bien la incidencia de las demandas de daños en la jurisdicción española no puede calificarse más que de incipiente, las acciones de resarcimiento vinculadas al llamado «cártel de camiones» sancionado por la Comisión Europea en julio de 2016, tanto por su número como por la atención que están suscitando, van a suponer seguramente un punto de inflexión en esta materia²⁵. Asimismo, la firmeza en sede jurisdiccional de algunas resoluciones de cárteles adoptadas por la CNMC en los últimos años, ha tenido reflejo —y probablemente lo tenga más— en la correspondiente interposición de demandas de daños²⁶.

La comparativa con otros ordenamientos en los que están plenamente asentadas las demandas de daños ocasionados por infracciones de la competencia, no necesariamente permite anticipar la incidencia que el nuevo régimen armonizado de demandas de daños vaya a tener en el programa de clemencia, pues la diferencia de regímenes impide extrapolar fácilmente los resultados. No obstante, a título ilustrativo, cabe indicar que en Estados Unidos, donde la regla son las reclamaciones de perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia y se conceden daños punitivos, los datos indican que el 90 por 100 de las sanciones impuestas por el Departamento de Justicia por cárteles están vinculadas a investigaciones iniciadas a resultas de solicitudes de clemencia²⁷. Para salir al paso del riesgo de desincentivo para el potencial solicitante de clemencia del incremento en el número de demandas de daños, Estados Unidos reformó en 2004 su regulación de *leni-*

²⁴ Para un análisis cuantitativo del número de solicitudes de clemencia presentadas desde 2008 a 2014, véase I. LÓPEZ GÁLVEZ, «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración y desafíos actuales», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 1037. Para una consulta de los datos más actualizados, la *web* de la CNMC contiene las últimas Memorias, señalándose en la correspondiente a 2016 (p. 21), que en ese año tres de los 14 cárteles sancionados tuvieron su origen en una solicitud de clemencia y que «las solicitudes de clemencia han dado lugar al desmantelamiento directo de un total de 25 cárteles desde enero de 2010, fecha en la que se resolvió el primer expediente sancionador en aplicación de este programa».

²⁵ Decisión de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824, *Camiones*. Desde la publicación de la Decisión de la Comisión Europea han surgido múltiples plataformas de afectados del cártel de camiones y despachos de abogados que publicitan sus servicios a los damnificados por esta infracción.

²⁶ Sin ánimo exhaustivo, cabe citar, entre los expedientes sancionadores firmes que ya han generado demandas de daños, el S/0316/10 Sobres de papel. Por sus características, podrían derivar igualmente en demandas de daños, entre otros, expedientes tales como el S/0425/12, *Industrias Lácteas*, los de concesionarios de automóviles (S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*; S/13/0489/13, *Concesionarios Opel*; S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*; S/0486/13, *Concesionarios Toyota*; S/0505/14, *Concesionarios Chevrolet*; S/0506/14, *Concesionarios Volvo*; S/4888/13, *Concesionarios Hyundai*) o los expedientes sancionadores en los que las perjudicadas por el cártel habrían sido administraciones públicas. Así, el cártel afectante a, entre otros, productos sanitarios (S/DC/0504/14, *ATO*) o el cártel de construcciones modulares, adquiridas mayoritariamente por la administración educativa (S/0481/13, *Construcciones Modulares*).

²⁷ OCDE, *Challenges and Co-ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat*, 5 de junio de 2018, p. 4, con cita de L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38 (3), pp. 395-421.

ency para permitir que el solicitante de exención eluda la responsabilidad conjunta y solidaria de daños punitivos²⁸.

Así pues, la preocupación fundamental, una vez armonizada la normativa europea sobre acciones por perjuicios ocasionados por infracciones de competencia, es si el previsible aumento del número de demandas de daños supondrá un desincentivo de magnitud suficiente como para afectar negativamente a los programas de clemencia, haciendo que disminuya el número de empresas que se planteen solicitar una exención y poniendo en riesgo la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, que descansa en gran medida en el correcto funcionamiento del programa de clemencia²⁹.

Son muchos los que, tras la Directiva de daños, mantienen que la clemencia ha quedado *tocada* por aquella³⁰: el solicitante de exención que acude a la autoridad de competencia para evitar la multa, se abstendrá de hacerlo —se advierte— si cooperar en la detección del cártel trae como consecuencia tener que afrontar el pago de unos daños y perjuicios muy superiores a la multa cuya elusión se persigue.

Así, hay quien señala que la comparación entre la multa esperable y la indemnización de daños a la que se puede enfrentar el potencial solicitante de clemencia, llevará a este a la conclusión racional de no acudir al programa de clemencia y, lo que es peor, de incrementar los esfuerzos junto al resto de cartelistas para evitar la detección del cártel. A modo de ejemplo, se alude al llamado cártel del transporte aéreo de mercancías³¹, en el que la compañía Lufthansa, que había resultado exenta de la multa, siendo así que la multa más elevada que debió asumir uno de los cartelistas, la de AirFrance/KLM, ascendió a 183 millones de euros³², hubo de hacer frente poco después a demandas de hasta tres empresas clientes (Deutsche Bahn, BMW y Bosch) por un importe conjunto de casi 4.000 millones de euros³³.

Sin embargo, ese análisis de riesgos (multa administrativa *versus* indemnización de daños) debe realizarse incluyendo otros factores, tales

²⁸ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*.

²⁹ Para una contundente defensa de la «inherente superioridad de la aplicación pública para la disuasión y la sanción de conductas anticompetitivas», W. WILS, «Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», *World Competition*, 40 (1), 2017, pp. 3-46, esp. pp. 17 y ss.

³⁰ Entre otros, D. GERADIN y L. A. GRELIER, «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, noviembre de 2013, pp. 1-21.

³¹ Asunto AT.39258, *Transporte aéreo de mercancías*, Decisión de la Comisión de 17 de marzo de 2017.

³² La multa que hubiera correspondido al beneficiario de exención no se publica en la Decisión de la Comisión, al contrario que en el caso de las resoluciones de la autoridad de la competencia española.

³³ Véase E. OLMEDO PERALTA, «La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, 2016, pp. 403-404, quien expone el caso y aboga por una modificación del modo de cálculo de las multas, para que atiendan no tanto a la cifra de negocios del infractor como a los daños generados por el acuerdo colusorio.

como la probabilidad de que el cártel sea detectado de oficio a través de denuncias de competidores, clientes, administraciones contratantes en el caso de licitaciones públicas³⁴ o directivos, así como el riesgo de afrontar demandas de daños sufridos por clientes o proveedores de otras de las empresas partícipes, dado el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria que se aplica a los cartelistas no beneficiarios de exención.

Por mi parte, más allá de suscribir la sensibilidad de los programas de clemencia y la necesidad de mantener el delicado equilibrio de riesgos e incentivos que lo sustentan, a la luz del régimen introducido por la Directiva de daños no considero que esté justificada una preocupación general sobre la salud del programa de clemencia.

A partir de este punto, analizaré la regulación introducida con el específico propósito de salvaguardar la eficacia de los programas de clemencia, primero en el régimen de la Directiva 2014/104 y después en su transposición al derecho nacional a través del Real Decreto-ley 9/2017.

III. LA ESPECÍFICA CONTEMPLACIÓN DE LA CLEMENCIA EN LA DIRECTIVA DE DAÑOS Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO NACIONAL

La Directiva 2014/104 incluye, tanto en su articulado como en algunos considerandos, un tratamiento específico sobre la clemencia.

En efecto, los considerandos 24, 27 y 38 de la Directiva se refieren al especial régimen de excepción en la regla general de acceso a las pruebas de las conductas infractoras de la competencia y de responsabilidad solidaria de los infractores, que luego se regula en el articulado. El considerando 26, además, sintetiza de forma muy franca las preocupaciones relativas a los posibles efectos negativos para la aplicación pública, y en especial para los programas de clemencia³⁵, de la regulación armonizada de las demandas de daños derivadas, así como el interés que trata de salvaguardar la Directiva: «Para garantizar la buena disposición continuada de las empresas para acudir voluntariamente a las autoridades de la competencia y presentar declaraciones en el marco de un programa de clemencia».

A su vez, tanto la LDC como la LEC, en la redacción dada a las mismas por el Real Decreto-ley 9/2017, incorporan de forma casi mimética, en cumplimiento de la transposición de la Directiva 2014/104, un régimen es-

³⁴ El art. 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece que los órganos de contratación (y los órganos consultivos de contratación pública y los competentes para resolver el recurso especial de contratación pública) deben comunicar a la CNMC cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Asimismo, el art. 150 de la LCSP establece que el órgano de contratación trasladará a la CNMC con carácter previo a la adjudicación del contrato, con efectos suspensivos, indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación.

³⁵ Y, en menor medida, para los procedimientos de transacción.

pecífico para la clemencia, que detallo *infra* para cada una de las categorías que cabe diferenciar.

A. EL RÉGIMEN DE ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA: LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LAS DECLARACIONES DE CLEMENCIA

Conforme al art. 6.6.a) de la Directiva de daños, las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia, quedan excluidas con carácter absoluto de la exhibición de pruebas contenidas en un expediente de la autoridad de competencia. Dichas declaraciones resultan dotadas así de la máxima protección, y ubicadas en una llamada «lista negra», incluso después de concluido el procedimiento administrativo.

Algunos autores consideran que este es el punto crucial del necesario balance entre la aplicación pública y la privada³⁶ del Derecho de la Competencia, y que responde a que el acceso a la solicitud de clemencia por parte de los demandantes de daños y perjuicios colocaría al solicitante de clemencia en una posición de máxima vulnerabilidad frente a tales demandas³⁷.

Naturalmente, las demandas de resarcimientos daños eran factibles también antes de la adopción de la Directiva, y distintos instrumentos normativos y de *soft law* se ocupaban ya con anterioridad de garantizar la protección de las declaraciones de clemencia frente a pretensiones de acceso a las mismas. Así, la *Leniency Notice* de la Comisión³⁸ indicaba:

«(33) Solo se concederá acceso a las declaraciones de empresa a los destinatarios de un pliego de cargos, siempre y cuando se comprometan, junto con sus asesores jurídicos que obtengan acceso en su nombre, a no hacer ninguna copia por medios mecánicos o electrónicos de la información contenida en las declaraciones de empresa a las que tenga acceso y a garantizar que la información que se obtenga de dichas declaraciones se utiliza exclusivamente a los efectos que se indican a continuación. Otras partes, tales como los denunciantes, no podrán acceder a las declaraciones de las empresas. La Comisión considera que la protección específica de las declaraciones de empresa contenida en esta Comunicación dejará de estar justificada desde el momento en que el solicitante divulgue su contenido a terceros».

Hemos anticipado *supra* que el art. 51.3 del RDC impide que en el marco del acceso al expediente sancionador los interesados puedan obtener

³⁶ C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, p. 93.

³⁷ De forma muy gráfica, J. E. SORIANO GARCÍA, «Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía», *Actualidad Jurídica*, 25 de junio de 2014, se refiere a «como si un ahorcado pusiese a disposición del verdugo la soga y el patíbulo».

³⁸ 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).

copia de las declaraciones del solicitante de exención o de reducción, mientras que la Disposición Adicional segunda de la Ley 15/2007 ya introdujo en la LEC un art. 15 bis, que permite que, ante un requerimiento de información por parte de órganos judiciales en procesos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la LDC o 101 y 102 del TFUE, la autoridad de competencia no facilite tal información cuando esta se haya obtenido en el marco del programa de clemencia.

A su vez, la Comunicación de clemencia de la CNC de 2013³⁹ precisa en sus parágrafos 74 a 76, ese mismo régimen de protección reforzada en caso de revisión jurisdiccional del expediente administrativo o en procedimientos civiles de aplicación de la normativa de competencia.

No obstante, los pronunciamientos del TJUE sobre la materia, con anterioridad a la Directiva, habían llevado a una evidente inseguridad en materia de acceso a la documentación vinculada a la clemencia, pues dicho acceso se hacía depender de un análisis caso por caso realizado por el juez nacional competente de acuerdo con la normativa nacional. Los asuntos *Pfleiderer* en 2011 y *Donau Chemie* en 2013 abogaban por una ponderación circunstanciada por parte de los jueces nacionales⁴⁰.

Superando ese estado de cosas, la Directiva 2014/104 aporta certidumbre al solicitante de exención, al establecer con claridad⁴¹ que las declaraciones de clemencia se incorporan a la lista negra de documentos cuya exhibición los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero⁴²:

«Artículo 6.

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

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

7. Un demandante podrá presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional nacional acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18. En dicha

³⁹ Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, publicada en el *BOE* de 16 de agosto de 2013.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2011 (C-360/09, *Pfleiderer*) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2013 (C-536/11, *Donau Chemie y otros*). La bibliografía que analiza estas sentencias es muy extensa. Cabe citar a C. CAUFFMAN, «Access to Leniency-Related Documents after *Pfleiderer*», *World Competition*, 34 (4), pp. 597-614, donde se contrasta el análisis del Abogado General con la sentencia del Tribunal de Justicia.

⁴¹ En opinión de algunos autores, incluso con criticable rigidez, C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, p. 99.

⁴² El considerando 24 establece que la Directiva «no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a considerar el interés de la aplicación pública efectiva del Derecho de la Competencia, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del nacional, a la hora de ordenar la exhibición de cualquier tipo de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia».

evaluación, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas».

Tras 2015, la *Leniency Notice* de la Comisión ha sido enmendada en consecuencia:

«(35 bis) En consonancia con el apartado 26 bis de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado, *la Comisión no transmitirá en ningún momento a los órganos jurisdiccionales nacionales declaraciones de clemencia formuladas por empresas para su uso en las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Tratado* (*). El presente apartado se entenderá sin perjuicio de la situación a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 7, de la Directiva 2014/104/UE».

La regulación recién reseñada responde a la posición más garantista posible, coincidiendo con quienes se manifestaban a favor de que la protección se otorgase a todas las solicitudes de clemencia, no solo a aquellas que hayan sido exitosas ni a las que hayan desembocado en una resolución sancionadora. Además, para garantizar la calidad de las solicitudes de clemencia, la protección se predica de todos los documentos que no habrían sido producidos de no haber solicitado clemencia la empresa en cuestión⁴³.

El Real Decreto-ley 9/2017 modificó en esta materia la normativa procesal española, en concreto añadiendo el nuevo art. 283 bis.i), para consolidar tal protección:

«Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia: [...]

6. En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas:

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

La excepción a la regla general de acceso a la prueba se proyecta sobre el *solicitante* de clemencia, no solo sobre el *beneficiario* de exención. A su vez, dada la definición de «declaración en el marco de un programa de clemencia», la inclusión en la «lista negra» de documentación a la que no se otorga acceso se extiende a las solicitudes de reducción. Y es que el concepto de «declaración en el marco de un programa de clemencia» se define, siguiendo a la Directiva, como: «Toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la

⁴³ C. HUTTON y P. CHAPLIN, «Striking the right balance. A look at public and private enforcement of competition law in Europe», *Competition Law Insight*, 18 de septiembre de 2012, pp. 15-16.

exención o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente» (cfr. Disp. Adic. cuarta de la Ley 15/2007, apdo. 3, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017) .

En síntesis, el detectado riesgo de «exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia» (considerando 26 de la Directiva), ha quedado oportunamente desactivado tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, y las empresas potenciales solicitantes de clemencia ante la CNMC se encuentran a este respecto objetivamente en mejor posición —en términos de protección y certidumbre— que antes de la adopción de esta normativa sobre compensación de daños causados por cárteles.

B. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DEL BENEFICIARIO DE EXENCIÓN

El art. 71.1 de la LDC establece la responsabilidad solidaria de los partícipes en una infracción de la normativa de competencia, siguiendo no solo la Directiva (art. 11) sino también la interpretación jurisprudencial sobre la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños ocasionados en supuestos, como los de cártel, en los que no es posible individualizar la responsabilidad en el ilícito⁴⁴. Tal como señala la Directiva, «[c]uando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia (como en el caso de un cártel) es adecuado disponer que esos coinfractores sean conjunta y solidariamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción» (considerando 37 de la Directiva).

No obstante, ese régimen de responsabilidad conjunta y solidaria tendría efectos perjudiciales señaladamente sobre el beneficiario de exención, al poderse convertir en objetivo principal de las demandas de daños con carácter solidario, tal como expone el considerando 38 de la Directiva al señalar que «la resolución de la autoridad de la competencia por la que se constata una infracción puede hacerse firme para el beneficiario de la dispensa antes de que sea firme para otras empresas a las que no se haya concedido la dispensa, convirtiendo por tanto al beneficiario de la dispensa en el objetivo preferente de cualquier litigio».

Para atajar el desincentivo que se produce en estas circunstancias, el art. 11 de la Directiva, en sus párrafos 4, 5 y 6, exceptúa de la responsabi-

⁴⁴ La solidaridad impropia, de construcción jurisprudencial, se predica de los supuestos en los que «hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad» (STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1998, rec. 1892/1994). Asimismo, STS, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1996 se refiere al «reiterado criterio de la Sala conforme al cual puede declararse la solidaridad de la obligación de reparar el daño cuando no existen datos suficientes para atribuir cuotas concretas» (rec. 3452/1992).

alidad conjunta y solidaria al *immunity recipient*⁴⁵, estableciendo a su vez un régimen específico para los casos de *umbrella damages*⁴⁶ y casos de insolencia del resto de coinfractores⁴⁷. Las dudas relativas a la justicia material de esta solución, por contraste con el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por el cártel, son oportunamente resueltas por la Directiva en sede de considerandos, al señalar el papel clave que desempeñan las empresas solicitantes de exención en la detección de cárteles, lo que de por sí mitiga el perjuicio que podría haberse causado a las víctimas del cártel de continuar la infracción (considerando 38).

La LDC, en su transposición de la Directiva, prevé que los beneficiarios de la exención de pago de la multa en el marco de un programa de clemencia solo responden solidariamente ante otras partes perjudicadas distintas de sus propios compradores o proveedores, directos o indirectos, cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas partícipes en el cártel:

«Artículo 73

[...]

4. Como excepción a [la regla general], los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

- a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y
- b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia».

Esa responsabilidad subsidiaria del beneficiario de exención, para los casos excepcionales de falta de solvencia conjunta del resto de infractores, deriva del principio de pleno resarcimiento, y corresponderá al perjudicado o perjudicados demandantes la carga de probar tal imposibilidad de obtener resarcimiento a través del resto de infractores no beneficiarios de la exención.

⁴⁵ H. BROKELMANN, «La Directiva de daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, pp. 13-14, considera que solo están incluidos en el art. 11 de la Directiva los beneficiarios de exención, dada la redacción del precepto en la versión inglesa («immunity»), en la francesa («immunité») y en la alemana («Kronzeuge»), y dado el origen estadounidense del concepto, por lo que la versión española de la Directiva (que utiliza el término «beneficiario de clemencia») sería incorrecta en este extremo. J. MARTÍ MIRAVALLS, «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, señala cómo el Derecho italiano y el francés han transpuesto la Directiva previendo como beneficiario del privilegio derivado de eludir la responsabilidad solidaria exclusivamente al beneficiario de la exención, no al eventual beneficiario de reducción, en consonancia con la finalidad de la Directiva.

⁴⁶ Como es sabido, el TJUE ha establecido que el derecho a la plena indemnización abarca los daños causados relacionados con los precios artificialmente elevados cobrados por una empresa como resultado de un cártel del que tal empresa no fue partícipe (Sentencia de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, *Kone y otros*).

⁴⁷ E. OLMEDO PERALTA, «La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, 2016, p. 401, subraya la alteración del régimen general de responsabilidad solidaria que introduce a estos efectos la normativa relativa a daños derivados en beneficio del programa de clemencia.

Algunos autores consideran que este beneficio justifica por sí solo el acudir al programa de clemencia incluso en el caso en el que se diera acceso a terceros, a los efectos de interponer demandas de daños, a las declaraciones de clemencia⁴⁸.

La dispensa de responsabilidad conjunta y solidaria puede verse como un incentivo especialmente valioso para aquellas empresas partícipes en un cártel con una menor cuota en el mercado afectado por la infracción. Para esas empresas, responsables de un menor volumen de compradores o proveedores directos o indirectos del producto cartelizado, es más ventajoso solicitar el beneficio de clemencia, ya que así consiguen circunscribir la esfera de daños indemnizables, evitando el riesgo de ser demandadas solidariamente por los sobrecostos generados por otras empresas del cártel con mayor cuota de mercado. Cuanto mayor sea el número de empresas partícipes en el cártel y más dispares resulten sus respectivas cuotas de mercado, el potencial desestabilizador de este efecto será más alto, en la medida en que la solidaridad supone una carga proporcionalmente superior para las empresas con un número inferior de compradores directos e indirectos.

Mientras que el resto de infractores comparte el riesgo de que alguno de los partícipes en la infracción finalmente no pueda responder de sus obligaciones frente a los demandantes de daños, así como de tener que responder *ad extra* para después activar las correspondientes acciones de repetición frente a sus coinfractores, el beneficiario de exención no responde más que en el poco probable supuesto de insolvencia del resto de partícipes en el cártel. En vista de ello, el beneficiario de exención no será el destinatario preferido de las demandas de daños. La ventaja, por tanto, es doble: menor alcance de los daños a los que hacer frente, por un lado, y menor probabilidad de ser demandado, por otro.

Así pues, desde la perspectiva de la defensa jurídica de las víctimas de un cártel, los criterios que determinan la elección de la empresa cartelista demandada en una reclamación de daños han cambiado: antes de la Directiva el solicitante de exención que se había autoinculcado podía ser considerado el primer sujeto pasivo de la demanda de daños; tras la Directiva, este pasa a ser el demandado de último recurso, salvo, en su caso, respecto de los adquirentes o proveedores directos e indirectos. Se produce, en suma, un incremento del riesgo de ser elegido el objetivo de las acciones de daños para el resto de infractores distintos del beneficiario de exención.

En otro orden de cosas, la diferencia de trato entre el beneficiario de exención y el beneficiario de reducción, el cual no obtiene un trato especial en lo tocante a la responsabilidad conjunta y solidaria, responde al reconocimiento del papel clave del primero en posibilitar la detección misma del cártel. Si bien esto supone un desincentivo para el solicitante de re-

⁴⁸ C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 109 y 111.

ducción⁴⁹, la solución de extender la exención de responsabilidad conjunta a los beneficiarios de reducción eliminaría, o limitaría notablemente, los efectos positivos para el beneficiario de exención de la regla de exclusión de la responsabilidad conjunta y solidaria⁵⁰.

Otro elemento a tener en cuenta, a la hora de enjuiciar esa diferencia de trato, es que el beneficiario de reducción podrá estar con mayor probabilidad en posición de recurrir en vía administrativa la resolución sancionadora (cosa que no sucederá, como regla, con el beneficiario de exención), por razón de discrepar con la CNMC en cuanto al porcentaje de reducción de multa finalmente aplicado, retrasando de tal forma para sí la fecha de firmeza de la resolución, y evitando convertirse en el objetivo preferente de las reclamaciones de daños.

La posición privilegiada del beneficiario de exención incide también en el derecho de repetición del resto de infractores. Así, en el supuesto de que un coinfractor abone daños con carácter solidario, podrá repetir frente al resto de infractores un importe a determinar según la responsabilidad relativa de cada uno por el perjuicio conjunto ocasionado por el cártel. Frente al beneficiario de exención, en cambio, no podrá demandar más que la cuantía del perjuicio que este haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores, directos o indirectos, tal y como establece el art. 73.5 de la LDC:

«5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.

El importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio».

Si bien la intelección de este último párrafo del artículo puede resultar confusa⁵¹, se refiere —como la Directiva— al porcentaje que le correspon-

⁴⁹ Véase, por ejemplo, antes de la adopción de la Directiva, a favor de que también se le exceptione de la responsabilidad conjunta y solidaria, como reconocimiento del valor que tales beneficiarios de reducción aportan a las investigaciones de la Autoridad británica de la competencia, *Private Actions in Competition Law: a consultation on options for reform. The OFT's response to the Government's Consultation*, julio de 2002, párrafo 5.4, p. 20.

⁵⁰ En el mismo sentido, véase Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam y LUISS Università, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pp. 521-522, donde se incluyen más razones para restringir la exención de responsabilidad conjunta al beneficiario de exención o, a lo sumo, al primer beneficiario de reducción.

⁵¹ Véase, calificando como confusa la regulación de la Directiva sobre las reglas de reparto interno de la responsabilidad solidaria, y señalando la conveniencia de que la transposición al Derecho interno aclarara este extremo, A. M.ª TOBÍO RIVAS, «La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/104/UE», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, p. 105.

da por el daño sufrido por cualquier otro perjudicado que no sea comprador directo o indirecto de ninguno de los coinfractores (daños derivados del llamado «efecto paraguas»)⁵².

IV. OTROS FACTORES A INCLUIR EN LA ECUACIÓN

A. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO Y RESPONSABILIDAD DE DIRECTIVOS

El régimen de protección del programa de clemencia en el marco de las demandas de daños que deriva de la Directiva y su transposición al derecho nacional, se ve reforzado por dos institutos que coadyuvan a acentuar los incentivos del partícipe en un cártel para presentar solicitudes de exención.

Tras la reciente introducción en nuestro ordenamiento de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia⁵³ se ha añadido un nuevo instrumento de lucha contra las conductas infractoras de la LDC⁵⁴ que aúna los fines del Derecho de la Competencia y de la contratación pública. Ese instrumento se recoge actualmente en el art. 71 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP):

«Artículo 71. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

⁵² Algunos autores hacen una interpretación incluso más beneficiosa para el beneficiario de exención. Así, J. MARTÍ MIRAVALLS, «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, p. 46: «El beneficiario del programa de clemencia, no solo tiene privilegios en la vertiente externa de la solidaridad, sino también en la interna, en coherencia con el privilegio conferido ex art. 11.4 Directiva 2014/104/UE. Su responsabilidad interna frente a otros infractores queda limitada a un máximo: la cuanta del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Si dicho máximo no ha sido alcanzado, el beneficiario de la clemencia responde, en relación con el perjuicio ocasionado a terceros distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos, en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. Pero si dicho importe se ha alcanzado, el beneficiario de clemencia ya no responde internamente». Apoyando tal tesis, pero entendiendo que sería conveniente que se regulara con precisión en fase de transposición nacional, A. M.^a TOBÍO RIVAS, «La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/104/UE», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, p. 106.

⁵³ Instituto introducido inicialmente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disp. Final novena LRJSP) en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 60 y ss.).

⁵⁴ Como antecedente de esta previsión, el art. 20, letra *d*), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consideraba causa de prohibición de contratar con la Administración la circunstancia concurrente en las personas físicas o jurídicas de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado». Tal previsión fue recogida posteriormente por el art. 49.1.c) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público. No obstante, una interpretación de la previsión como referida a la normativa de protección de los consumidores y/o comercio interior ha llevado a que tal prohibición no se haya visto anudada, hasta la fecha, a resoluciones sancionadoras de la Autoridad de la competencia española. Tampoco el concepto de falta en materia profesional ha sido interpretado para extraer como consecuencia anexa a una resolución sancionadora de las Autoridades de la competencia españolas la prohibición de contratar.

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de falseamiento de la competencia».

La LCSP prevé, con una redacción imperfecta, que permite incluir al beneficiario de reducción, la excepción a la declaración de prohibición de contratar para supuestos de aplicación del programa de clemencia:

«Artículo 72:

5. No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia».

Si una empresa se arriesga a ser excluida de futuras licitaciones públicas, se reducen drásticamente sus incentivos para solicitar clemencia. La prohibición resulta más dañosa para aquellos operadores cuya actividad descansa de modo principal o muy relevante en el sector de las licitaciones públicas. En el caso de empresas que contratan casi en exclusiva con las distintas administraciones públicas, la prohibición de contratar anudada a su declaración como infractora supondrá un factor determinante en la opción de acogerse al programa de clemencia. En suma, si la empresa en cuestión puede evitar que se le aplique una prohibición de contratar como consecuencia adicional de ser beneficiaria del programa de clemencia, se incrementan los incentivos para solicitar la exención.

Al ponderar el riesgo de acudir o no a la CNMC con una solicitud de exención, las empresas deben tener en cuenta un factor adicional a los ya mencionados, a saber, la posibilidad de que se sancione a título individual a directivos y representantes de empresas infractoras (art. 63.2 LDC). Desde el inicio de actividad de la CNMC, se han impuesto sanciones a directivos y representantes de empresas infractoras en un total de cinco expedientes sancionadores⁵⁵.

Pues bien, las personas físicas pueden solicitar en su propio nombre y obtener, si se dan las circunstancias del art. 65 de la LDC, una exención

⁵⁵ Cfr. Resoluciones de la CNMC de 26 de mayo de 2016, expte. S/0504/14, AIO; 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*. En dos de tales expedientes han recaído ya sentencias de la Audiencia Nacional confirmando tanto la sanción como la corrección de la publicación de los nombres de los directivos sancionados en la resolución, tal como precisan el art. 69 de la LDC y el art. 37 de la LCCNMC (Sentencias de la AN de 20 de abril y 14 de septiembre de 2017, recursos 9/2016 y 10/2016, respectivamente, en relación con el expte. S/DC/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*, y Sentencias de la AN de 14 de marzo de 2018, recurso 352/2016, y de 13 de junio de 2018, recurso 356/2016, ambos en relación con el expte. S/DC/0504/14, AIO). En otros dos casos sancionados en el expte. S/DC/0504/14, AIO, la AN ha anulado la sanción.

total de multa. La exención o 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 a la empresa, puesto que la LDC no prevé esa consecuencia, como sí sucede en el supuesto contrario (arts. 65.3 y 66.4 LDC). A su vez, la exención concedida a una persona física a título personal conforme al art. 65 de la LDC impide que cualquier otro solicitante posterior (sea persona física o jurídica) pueda ya beneficiarse de la exención⁵⁶ de multa y del beneficio adicional de limitación de la responsabilidad solidaria.

La opción de presentar en su propio nombre una solicitud de clemencia, para eludir las sanciones a directivos, incrementa exponencialmente las posibilidades de que un cártel sea conocido y sancionado por la CNMC, exponiendo a las empresas partícipes a las consecutivas demandas de daños. El directivo o ex directivo que decida acudir al programa de clemencia no tiene ningún desincentivo vinculado al temor a recibir demandas de daños, que son altamente improbables frente a personas físicas, y por el contrario puede tener razones muy diversas para ser el primero en solicitar la exención; entre otras, pero no solo, evitar una posible multa o fortalecer su posición en un procedimiento laboral de despido. En consecuencia, el cálculo de probabilidades que pudiera hacerse una empresa sobre la base de que el resto de partícipes en el cártel mantendrán en secreto la infracción, al considerar que para cualquiera de ellas el riesgo de afrontar daños supera los beneficios del programa de clemencia, se ve distorsionado por la posibilidad de que sea una persona física la que acuda primero a la CNMC como solicitante de exención.

B. LA GENERALIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* Y LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA

Existen otros factores que, más allá de la cuestión relativa al diverso modo en que las demandas de daños derivados afectan al solicitante de clemencia, pueden contribuir a mantener la salud del programa de clemencia a despecho de los negativos augurios que sobre él se han vertido tras la implementación de la Directiva de daños.

Me refiero, en primer lugar, a la creciente implantación de los programas de *compliance* en el ámbito empresarial, como resultado de la generalización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y el beneficio de exención de esa clase de responsabilidad si se verifica que la empresa ha establecido «modelos de organización y gestión» que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos⁵⁷. Sin duda, ello consti-

⁵⁶ Sobre el específico papel de las multas a directivos como factor favorecedor de la detección de cárteles me permito remitir al lector a M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2015, pp. 178-181.

⁵⁷ Cfr. art. 31 bis 2 del Código Penal y Circular 1/2016, de la Fiscalía sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los *compliance guides* o programas de cumplimiento normativo adoptados y ejecutados en las empresas.

tuye un elemento adicional en favor del recurso a la solicitud de exención en el marco del art. 65 de la LDC: un programa de *compliance* eficaz, aunque no logre evitar la infracción de cártel, aumentará las posibilidades de detectarlo de forma temprana, lo que conlleva el claro beneficio de optar al programa de clemencia, y a la correspondiente exención de multa y de responsabilidad solidaria en demandas de daños, como primer solicitante.

De forma análoga, y en segundo lugar, los procesos de reestructuración societaria están llamados a seguir siendo, como lo han sido la fecha y pese al riesgo de demandas de daños sucesivas, un elemento promotor de solicitudes de clemencia⁵⁸. En los contextos negociación previos a operaciones de adquisición de empresas la mercantil adquirente puede delimitar contractualmente o bien trasladar al propio precio de la operación el cálculo sobre los riesgos de demandas de daños derivados de la conducta infractora de la empresa que va a ser adquirida⁵⁹.

Ambos aspectos merecen un tratamiento propio que excede de los objetivos del presente trabajo.

V. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN AVENTAJADA DEL BENEFICIARIO DE CLEMENCIA FRENTE AL RESTO DE INFRACTORES ANTE RECLAMACIONES DE DAÑOS DERIVADOS

En el marco de la elaboración, adopción y transposición de la Directiva de daños, se ha extendido la consideración de que la creciente exposición a las demandas de daños constituye un desincentivo estructural para los potenciales solicitantes de clemencia, puesto que tales reclamaciones son una consecuencia de la participación en el cártel que no solo no cabe ser eludida solicitando la clemencia, sino que la propia solicitud de exención del pago de la multa puede provocar⁶⁰.

Frente a ese entendimiento, he sostenido la tesis de que las acciones de daños no solo no perjudican, sino que mejoran la efectividad de los programas de clemencia, al elevar el coste de no solicitar la exención en la hipótesis —típica de los escenarios de clemencia— de que otra empresa o

⁵⁸ La Comunicación de clemencia de la CNC de 2013 se refiere expresamente, entre las posibles solicitantes de clemencia, a la empresa sucesora de la que originariamente participó en el cártel, párrafo 14.

⁵⁹ J. M.ª BAÑO FOS, «Clemencia y aplicación privada: una visión desde la abogacía», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, 2016, pp. 234-235, señala una serie de razones por las que considera que «actualmente el riesgo de una futura acción de daños y perjuicios no es un obstáculo suficientemente serio para que una compañía decida renunciar a formular una solicitud de clemencia». Entre tales razones apunta la posibilidad de que, si la solicitud de clemencia deriva de un proceso de modificación estructural con cambio de dirección tras la correspondiente *due diligence*, la empresa adquirente se proteja contractualmente de forma anticipada estableciendo que los vendedores deban asumir las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de conductas ilícitas anteriores.

⁶⁰ Véase B. SNYDER, «Challenges to Leniency Posed by the Proliferation of Leniency Programs and Private Enforcement», *OCDE Note*, 22 de mayo de 2018, p. 3.

persona física participe en la conducta infractora haga uso del programa de clemencia o la autoridad detecte el cártel de oficio. La posición del solicitante de clemencia tras la reforma de la LDC no solo se mantiene blindada, sino que incluso se ve fortalecida por el tratamiento que recibe en materia de imposibilidad de acceso a la declaración de clemencia y de dispensa de la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños generados por el cártel⁶¹.

El análisis de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2017 permite concluir que los incentivos para coludir disminuyen en un contexto de potenciación de las demandas de daños, a la vez que los alicientes para presentar solicitudes de exención se incrementan, a la vista del régimen de protección reforzada otorgado al beneficiario del programa de clemencia⁶².

Si hasta la fecha el más poderoso incentivo del programa de clemencia era la exención o reducción de la multa por comparación al resto de partícipes en la infracción, de tal modo que el recurso a la clemencia es siempre una función de la percepción del riesgo de seguir coludiendo, cabe decir que este riesgo se ha acentuado tras la Directiva de daños y, en el caso español, tras otras modificaciones normativas y evoluciones en el enfoque estratégico de la actuación de la autoridad de la competencia coincidentes en el tiempo con la transposición de esa Directiva.

Solo habría un grupo de casos a los cuales no sería aplicable ese aumento de los incentivos para solicitar clemencia: el de aquellos cárteles en los que todas las empresas partícipes perciban como despreciable la posibilidad de detección de oficio. No obstante, en tales supuestos el recurso al programa de clemencia tampoco se plantearía aun en ausencia de la nueva regulación armonizada sobre demandas de daños. Es más, la existencia de una normativa facilitadora de la interposición y potencial éxito de demandas de daños puede ser un factor que contribuya a la detección de tales cárteles, al ser mayor la probabilidad de que las autoridades de la competencia reciban información relevante procedente de proveedores o consumidores —intermedios o finales— víctimas del cártel, posibilidad por cierto que se acentúa a medida que se *profesionaliza* el sector de los demandantes de

⁶¹ Algunos autores, no obstante, consideran que debería irse más allá en la protección del solicitante de clemencia. Así, D. GERADIN y L. A. GRELIER, «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, noviembre de 2013, pp. 1-21, a la vista del texto propuesto por la Comisión defienden la necesidad de ampliar todavía más el ámbito de documentación procedente del beneficiario de clemencia no exhibible a efectos de acciones de daños, así como una exclusión absoluta en la responsabilidad solidaria, para evitar supuestos excepcionales en los que la anulación posterior de la resolución sancionadora por cuestiones procesales, por ejemplo, coloque en una posición vulnerable al beneficiario de clemencia, al verse imposibilitado para hacer uso de las acciones de regreso frente a los declarados copartícipes en el cártel y cuya responsabilidad sea revocada en sede contenciosa.

⁶² Esa protección de la clemencia ha llevado a algunos autores a señalar críticamente que ciertas previsiones de la Directiva priorizan el sistema de aplicación pública, menoscabando el objetivo de la plena compensación de los daños. Véase C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, p. 81.

daños mediante operadores que adquieren masivamente derechos de reclamación de múltiples damnificados por conductas de cártel⁶³. La propia Directiva reconoce la existencia de ese mercado de reclamaciones de daños, al señalar en su art. 73 que: «Los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación».

A título de ejemplo, uno de los agentes que ofrecen servicios a los titulares de acciones por daños derivados de cárteles, *Cartel Damages Claims (CDC)*, brinda un servicio denominado *Leniency PLUS+* basado en que el beneficiario de exención proporcione información y datos que faciliten las acciones de daños frente a otros partícipes en el cártel: además de un descuento sobre la responsabilidad que corresponda al beneficiario de clemencia sobre los daños generados a sus compradores o proveedores directos, CDC se compromete a no ejercer acciones de responsabilidad solidaria frente a los partícipes en el cártel que cooperen en el éxito de las demandas de daños⁶⁴.

En otro orden de cosas, en el caso de que el dañado sea una administración pública, típicamente en supuestos de colusión en licitaciones públicas, es muy razonable pensar que la misma decida dirigir su reclamación de perjuicios a otros participantes en la infracción distintos del solicitante de exención, por coherencia con la política pública de promoción de la competencia.

En fin, la preocupación por la robustez de los programas de clemencia, para ser genuina, debe evitar que el argumento de la generalización de las reclamaciones de daños contamine el análisis de los factores auténticamente capaces de provocar una reducción en el atractivo del programa de clemencia.

A mi entender, la clave del éxito en materia de disuasión de infracciones de cártel radica en la coherencia del sistema y del procedimiento de cle-

⁶³ Véase C. CANENBLEY y T. STEINVORTH, «Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, núm. 4, 2011, p. 320, quienes señalan que la posibilidad de recibir indemnización por los daños derivados de una infracción de competencia genera un incentivo a la detección de cárteles por inversores privados, existiendo fondos de inversión que invierten en la adquisición de demandas de daños frente a cartelistas. A la Directiva no se le oculta la existencia de ese mercado de reclamaciones de daños. Conforme a su art. 73, «los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación».

⁶⁴ Tal como se publicita en su página web (www.carteldamageclaims.com): «In the end, cartel members might even benefit twice if they decide to cooperate under both the public immunity programs and the CDC Leniency PLUS+ concept».

mencia, la cual a su vez está en función de: i) la amenaza plausible de multas verdaderamente disuasorias confirmadas en sede contenciosa, también para directivos; ii) la percepción de la existencia de un alto riesgo de detección de oficio, reforzada a su vez mediante la potenciación de mecanismos que faciliten la posibilidad de informar anónimamente a las autoridades de competencia sobre conductas de cártel⁶⁵, y iii) la aplicación efectiva y ponderada de otros instrumentos sancionadores o consecuencias anudadas a la infracción de falseamiento de la competencia, como la prohibición de contratar con el sector público, de la que queden exentos los beneficiarios de clemencia, y la inhabilitación de administradores y directivos partícipes en la conducta⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015): «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, pp. 161-184.
- BAÑO FOS, J. M.^a (2016): «Clemencia y aplicación privada: una visión desde la abogacía», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 231-244.
- BROKELMANN, H. (2015): «La Directiva de daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, pp. 1-24.
- BUCCIROSSI, C.; MARVAO, C., y SPAGNOLO, G. (2014): «Leniency and Damages», *Working Paper*.
- CANENBLEY, C., y STEINVORTH, T. (2011): «Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, núm. 4, pp. 315-326.
- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D.: «La transposición de la *Directiva de daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, pp. 421-445.
- CAUFFMAN, C. (2011): «The Interrelationship between Leniency and Damages Actions», *Competition Law Review*, vol. 7 (2), pp. 181-220.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2016): «Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 261-284.

⁶⁵ Véase W. WILS, «Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», *World Competition*, 40 (1), 2017, pp. 45-46, señalando como elemento clave para mantener el atractivo de los programas de clemencia la detección de oficio, particularmente potenciando las denuncias y los informantes anónimos. El Plan estratégico de la CNMC para 2018 (disponible en la *web* de la CNMC) apunta igualmente en tal dirección, al potenciar distintos instrumentos al servicio de la detección de oficio: un buzón de colaboración (*whistle-blowing mailbox*), programas de formación que los técnicos de la CNMC imparten a unidades de contratación en el sector público, el análisis de datos de licitaciones públicas para la detección casos de colusión en licitaciones públicas, y la configuración de una Unidad de Inteligencia.

⁶⁶ En OCDE, *Challenges and Co-ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat*, 5 de junio de 2018, p. 7, se señala como precondiciones clave para la existencia de un programa de clemencia efectivo el alto riesgo de detección, el importe significativo de las multas, y la transparencia y predictibilidad del propio programa.

- DÍEZ PICAZO, I. (2008): «Sobre algunas dificultades para la llamada «aplicación privada» de las normas de competencia en España», 1989-2007. *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, pp. 53-74.
- GERADIN, D., y GRELIER, L. A.: «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, pp. 1-21, disponible en *ssrn.com*.
- GUZMÁN CASTILLA, F. (2016): «Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 245-260.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2006): «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», *GJUE*, núm. 243, junio, pp. 18-34.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2008): «La Aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, pp. 103-117.
- LÓPEZ GÁLVEZ, I. (2015): «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración y desafíos actuales», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, pp. 1021 y ss.
- MAILLO, J., y MILLA, P. (2015): «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, pp. 39-67.
- MARTÍ MIRAVALLS, J. (2016-2017): «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, pp. 29-54.
- MARVÃO, C., y SPAGNOLO, G. (2015): «On Leniency, Damages and Deterrence», *Policy Brief Series*, febrero.
- MIGANI, C. (2014): «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, pp. 81-111.
- OLMEDO PERALTA, E. (2016): «La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 391-426.
- SNYDER, B. (2018): «Challenges to Leniency Posed by the Proliferation of Leniency Programs and Private Enforcement», *OCDE Note*, 22 de mayo.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2014): «Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía», *Actualidad Jurídica*, 25 de junio, pp. 2-10.
- TOBÍO RIVAS, A. M.^a (2016-2017): «La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/104/UE», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, pp. 83-116.
- TÓTH, T. (2016): «The Interaction of Public and Private Enforcement of Competition Law Before and After the EU Directive —a Hungarian Perspective», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, pp. 43-67.
- WAGNER-VON PAPP, F. (2016): «Access to Evidence and Leniency Materials», febrero, disponible en *ssrn.com/abstract=2733973*.
- WILS, W. (2017): «Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», *World Competition*, 40 (1), pp. 3-46.