

TRANSACCIONES EN CASOS DE CÁRTEL EN LA UE Y EN ESPAÑA: LOGROS Y EXPECTATIVAS, BENEFICIOS Y RIESGOS

Jerónimo MAILLO*

Profesor Titular de Derecho UE,
coordinador del Centro de Política de la Competencia,
Universidad CEU San Pablo (Madrid),
Fulbright Visiting Scholar, Harvard Law School

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE TRANSACCIÓN Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO: A. Explorando las posibilidades de entendimiento. B. Verificando el «entendimiento común». C. Resolviendo el caso.—III. CARACTERIZANDO Y ANALIZANDO ASPECTOS CLAVE DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN DE LA UE: A. ¿Cuál es su concepción y naturaleza? B. Principales objetivos: *a)* Eficiencias de procedimiento: 1) Por un procedimiento administrativo acelerado y simplificado. 2) Eliminando o al menos reduciendo sustancialmente la probabilidad y/o el alcance de la revisión judicial. 3) Reduciendo el riesgo de errores que pueden justificar una anulación posterior de la decisión. *b)* Incentivar y complementar el uso de los programas de clemencia: 1) La reducción de la multa para las partes que transigen debería ser modesta, pero contribuir a generar un incentivo suficiente para la transacción. Además, debería ser compatible con los beneficios de clemencia. 2) Ahorros adicionales y otros beneficios para las empresas que transaccionan.—IV. DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA EUROPEA: ¿QUÉ LECCIONES?: A. Una visión estadística: una conclusión general muy clara. B. Otras lecciones clave de diez años de práctica: *a)* ¿Se ha respetado la concepción inicial o, en la práctica, se ha acercado más a un proceso de negociación como en los Estados Unidos? *b)* ¿Qué eficiencias de procedimiento se han logrado?: duración del procedimiento administrativo, apelaciones, proporción puro/híbrido. *c)* ¿Una buena relación y un correcto equilibrio entre clemencia y transacción? *d)* ¿Qué nivel de multas y reducciones de multas es el adecuado? ¿Ha sido el 10 por 100 suficiente para promover transacciones en los diversos escenarios? *e)* Nivel de transparencia/Previsibilidad/Flexibilidad.—V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE SU FUTURA INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA.

* Esta investigación se enmarca en el Plan Nacional de Investigación del Ministerio de Economía y competitividad (Proyecto DER2015-66359-P, Retos en la lucha contra los cárteles: más eficacia, mejores prácticas internacionales y nuevas tendencias) del que soy investigador principal. Parte de esta investigación se presentó en el Visiting Scholar Colloquium en la Harvard Law School, durante mi estancia como Fulbright Visiting Scholar. Agradezco los comentarios recibidos.

I. INTRODUCCIÓN

Los denominados *hard core cartels* (cárteles duros) son acuerdos entre competidores, generalmente secretos o con elementos de ocultación, para fijar precios, cuotas de venta o producción, o para repartirse el mercado. No cabe duda de que los cárteles son un «cáncer» para la economía y es crucial desarrollar mecanismos eficientes para prevenir, detectar e imponer sanciones efectivas y disuasorias. La lucha contra los cárteles es ahora una de las principales prioridades de todas las autoridades de competencia tanto en los países desarrollados como en aquellos en vías de desarrollo.

En Europa se ha venido priorizando la vía administrativa para luchar contra los cárteles, si bien en los últimos años se están promoviendo las acciones de reclamación de daños y perjuicios. La aplicación administrativa se realiza en sede de las autoridades de competencia: la Comisión Europea (CE) y las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) de los 28 Estados miembros, que trabajan en una red, la Red Europea de Competencia (REC). Las reglas de procedimiento son diferentes a nivel europeo y nacional, aunque algunos aspectos han sido armonizados. Dentro de la aplicación pública a nivel de la UE, se han lanzado nuevas técnicas en las últimas décadas para fomentar la eficacia y la disuasión.

Una de estas innovaciones han sido los *settlements* o acuerdos transaccionales en el ámbito UE. Se estableció en 2008 a través de dos instrumentos legales: el Reglamento UE núm. 622/2008 y la Comunicación de la Comisión sobre procedimientos de transacción en casos de cártel¹.

En pocas palabras, el nuevo procedimiento administrativo abre a las partes la posibilidad de cerrar el caso más rápidamente y recibir una multa, dentro de una horquilla aceptada por cada parte, con una reducción del 10 por 100, a cambio de reconocer su infracción y su responsabilidad y cooperar con la Comisión para agilizar y finalizar el procedimiento.

Han pasado diez años desde que se inició este nuevo procedimiento, un tiempo razonable para evaluar sus resultados. Este es uno de los objetivos principales de esta contribución: comprender plenamente cómo ha funcionado y se ha desarrollado, si ha cumplido sus objetivos o se ha desviado de ellos y en qué medida, comprender las relaciones e interacciones entre la clemencia y los *settlements* en la práctica y evaluar si los posibles riesgos se han materializado o mantenido bajo control.

¹ Reglamento (CE) núm. 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, *DOUE L 171/3*, 2008; Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel, *DOUE C 167/1*, 2008 (en adelante, Comunicación CE transacción). Algunas modificaciones menores fueron publicadas en agosto de 2015: Modificación de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel, *DOUE C 256/1*, 2015.

Para lograr este objetivo, esta contribución primero describe brevemente el procedimiento de transacción, luego intenta construir un marco para el análisis de los resultados centrándose en su concepción, principales objetivos, así como riesgos e inquietudes percibidos, y finalmente, investigando la práctica, intenta evaluar sus resultados extrayendo las principales lecciones de estos diez primeros años.

En España, la normativa de defensa de la competencia todavía no contempla esta posibilidad de transacción en casos de cárteles, pero su introducción en una próxima reforma de la LDC está sobre la mesa. El segundo objetivo de esta contribución debe ser reflexionar y valorar, a la luz de la experiencia europea, las expectativas, beneficios y riesgos que su introducción en España puede conllevar.

II. EL DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE TRANSACCIÓN Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El procedimiento de transacción se estructura en tres etapas principales: fase de iniciación (exploración de las posibilidades de transacción), pliego de cargos (verificación de la existencia de un entendimiento común) y decisión final (resolución). Va más allá del objetivo de esta contribución describir en detalle el procedimiento, algo que además ya se ha hecho con anterioridad, pero procederé brevemente a resaltar los puntos clave de estos tres pasos, ya que lo considero necesario para comprender el resto de mi contribución².

A. EXPLORANDO LAS POSIBILIDADES DE ENTENDIMIENTO

Para empezar, es importante destacar que el procedimiento de transacción de la UE solo puede comenzar después de que la Comisión haya llevado a cabo una investigación del caso (ya esté preparada para incoar formalmente el procedimiento y redactar el pliego de cargos). La Comisión tiene muchas herramientas para investigar el caso, incluidos los requerimientos de información, la política de clemencia, las inspecciones en los locales de las empresas o incluso de los domicilios de sus empleados si fuera necesario... Las transacciones no son otra herramienta más de investigación sino una forma alternativa de desarrollar y resolver un caso de cártel. Por ello, la Comisión está obligada a iniciar el procedimiento a más tardar en la fecha en la que solicita a las partes que expresen por escrito su interés en entablar conversaciones para llegar a una transacción³.

² Para más detalles, véase Comunicación CE transacción, especialmente apartados 5-33 y, entre otros, K. METHA y M. L. TIERNO CENTELLA, «EU Settlement Procedure: Public Enforcement Perspective», en C. D. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford, Hart Publ., 2010, pp. 391-421.

³ Comunicación CE transacción, apartado 9.

La Comisión puede invitar a las partes a entablar conversaciones para llegar a una transacción, pero solo puede avanzar si las partes interesadas lo solicitan por escrito. Las partes pueden transmitir a la Comisión su interés en la transacción, pero la decisión final recae sobre la Comisión, que tiene una gran discreción al respecto. Por tanto, las empresas no tienen un derecho a la transacción.

La Comunicación señala algunos de los factores que la Comisión puede considerar para evaluar la probabilidad de que se llegue a un entendimiento común entre la Comisión y las empresas interesadas y, por tanto, poder lograr eficiencias de procedimiento: el número de partes involucradas, posiciones conflictivas previsibles sobre la atribución de responsabilidad, grado de impugnación de los hechos, posibilidad de sentar un precedente, o riesgo de distorsión o destrucción de pruebas...⁴. Una lista abierta de factores que la Comisión examinará caso por caso teniendo en cuenta todas las circunstancias, su experiencia y sus prioridades.

En esta etapa, la declaración escrita de las partes que comunica su interés en el acuerdo no implica la admisión de haber participado en una infracción o de ser responsable de ella, sino solo su interés y su voluntad de explorar lealmente las posibilidades de transacción⁵.

Después de esta solicitud escrita, generalmente habrá varias rondas de discusiones bilaterales en busca de un entendimiento común sobre los hechos, su calificación jurídica, la gravedad y duración del presunto cártel, la atribución de responsabilidad, las pruebas que respaldan el caso y una estimación del rango de probables multas⁶.

De nuevo, la Comisión dispone de una gran discreción para decidir tanto la idoneidad como el ritmo de las conversaciones bilaterales con cada empresa⁷. En la primera ronda, la Comisión presenta su valoración inicial y la discusión con las empresas generalmente se centra en los elementos clave de la infracción, como los hechos y su calificación, gravedad, duración, responsabilidad e incluso algunos factores sobre los cuales se basará el importe de la multa (por ejemplo, el valor de las ventas, circunstancias atenuantes o agravantes). En la segunda ronda, la Comisión verificará que existe un entendimiento común. En la tercera ronda, la Comisión revelará su estimación del rango de posibles multas que podrían imponerse⁸.

A solicitud de las partes, la Comisión podrá otorgarles acceso a versiones no confidenciales de cualquier documento que figure en el expediente del caso. Las partes también pueden recurrir, si es necesario, al Consejero auditor para garantizar que se respete el proceso debido y sus derechos de defensa.

⁴ *Ibid.*, apartado 5.

⁵ *Ibid.*, apartado 11.

⁶ *Ibid.*, apartado 16.

⁷ *Ibid.*, apartado 15.

⁸ J.-F. BELLIS, «Five years of Cartel Settlements: an Assessment of the Benefits for Settling Parties», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO (eds.), *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe. Trends, Challenges and Best International Practices*, Brussels, Bruylant, 2016, pp. 303-327.

A lo largo de todo este proceso, tanto la Comisión como cada una de las empresas interesadas pueden, en cualquier momento, desistir de la transacción y volver al procedimiento ordinario. En caso de que uno o más de los candidatos desistan, la Comisión puede llegar a una transacción con las partes restantes y abrir el procedimiento ordinario para el resto (los denominados casos híbridos). Sin embargo, la Comisión también puede decidir que el procedimiento de transacción ya no merece la pena y abrir procedimiento ordinario para todas las partes.

Cuando el progreso es significativo y la Comisión considera que se ha llegado a un entendimiento común básico, puede instar a las partes a comprometerse, concediéndoles un plazo final de al menos quince días hábiles para presentar una solicitud formal de transacción.

Esta solicitud formal de transacción debe contener: un reconocimiento de responsabilidad (claro e inequívoco), el monto máximo de la multa que las partes aceptarían, la confirmación de las partes de que han sido suficientemente informadas y que, por tanto, no prevén solicitar el acceso al expediente ni solicitar ser escuchados nuevamente en una vista oral, así como el consentimiento de las partes a recibir el pliego de cargos y la decisión final de conformidad con el procedimiento de transacción (idioma oficial acordado y versión abreviada).

Las solicitudes formales de transacción no pueden ser revocadas unilateralmente por las partes que las han otorgado, pero están supeditadas a que la Comisión respete los términos de la transacción (principalmente el alcance de la responsabilidad y la multa máxima)⁹.

B. VERIFICANDO EL «ENTENDIMIENTO COMÚN»

La Comisión debe adoptar también un pliego de cargos en el procedimiento de transacción, ya que se considera que es un paso preparatorio indispensable antes de adoptar cualquier decisión final. El pliego de cargos siempre determina el alcance máximo de la decisión final, ya que este último no puede plantear nuevas cuestiones o ampliarlas sin dar a las partes una nueva posibilidad de rebatirlas. La diferencia con el procedimiento ordinario es que en el de transacción, antes de este pliego de cargos formal, las partes han tenido ya la posibilidad de conocer informalmente y por adelantado los cargos de la Comisión y la horquilla estimada de las multas, y han tenido la posibilidad de discutir con la Comisión los principales elementos de la infracción y la multa. También han tenido que trasladar a la Comisión una solicitud formal de transacción que establece su posición y compromiso con respecto a todos estos aspectos. Por tanto, todo el procedimiento se ha acelerado y la parte controvertida se ha anticipado; a estas alturas, siempre que el pliego de cargos refleje fielmente la solicitud

⁹ Comunicación CE transacción, apartados 21 y 22.

de transacción, la respuesta de las partes debe ser lógicamente una simple confirmación de su conformidad.

La Comisión aún puede cambiar de opinión y abandonar el procedimiento de transacción. Sin embargo, si el pliego de cargos no se atiene a la solicitud de transacción (o las partes no confirman inequívocamente su acuerdo con el pliego de cargos), deberá recurrirse al procedimiento ordinario: las partes interesadas ya no estarán obligadas por sus solicitudes de transacción y tendrán derecho a una nueva defensa, incluido un nuevo pliego de cargos, la posibilidad de acceder al expediente y solicitar una vista oral¹⁰.

C. RESOLVIENDO EL CASO

No se requieren otros pasos ya que las partes han renunciado a su derecho inicial de acceder al expediente y a solicitar vista oral. Así pues, sin más preámbulos, la Comisión puede adoptar su decisión final. Lógicamente, la decisión final debe respetar el pliego de cargos y las solicitudes de transacción.

Con respecto a la multa, se calcularía de acuerdo con las Directrices de la Comisión europea sobre multas de 2006 (incluido el límite máximo del 10 por 100 del volumen de negocios de las empresas) y luego se aplicaría la reducción prevista del 10 por 100 por la transacción¹¹.

La Comunicación de la Comisión también establece una segunda ventaja para las partes: Todo incremento por efecto disuasorio específico que le sea aplicado no excederá de un factor multiplicador de dos¹².

Además, también confirma que las reducciones por transacción pueden acumularse a posibles reducciones por clemencia¹³.

En teoría, la Dirección General de Competencia puede decidir cambiar su posición después de oír al Comité Consultivo (con las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros de la UE) o el Colegio de Comisarios puede decidir no adoptar el proyecto de decisión. Aunque esta posibilidad no se puede excluir sería muy rara y se limitaría a circunstancias muy extraordinarias. Si eso ocurriese, implicaría que el procedimiento de transacción se abandonaría y se tendría que iniciar el procedimiento ordinario con un nuevo pliego de cargos y posibilidades para que las partes accedan al expediente y soliciten una vista oral. Lógicamente, en tal caso, las partes no estarían obligadas por sus solicitudes de transacción que no podrían ser utilizadas como prueba en el nuevo procedimiento.

¹⁰ *Ibid.*, apartado 27.

¹¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *DOUE* C 210/2, 2006 (en adelante Directrices CE multas 2006).

¹² Comunicación CE transacción, apartado 32 en relación a las Directrices CE multas 2006, apartado 30.

¹³ Comunicación CE transacción, apartado 33.

III. CARACTERIZANDO Y ANALIZANDO ASPECTOS CLAVE DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN DE LA UE

A. ¿CUÁL ES SU CONCEPCIÓN Y NATURALEZA?

Es muy importante destacar que el procedimiento de transacción de la UE no se concibe como una negociación abierta (*plea bargaining*) y/o como una herramienta de investigación, como ocurre en los Estados Unidos. En la UE, se aplica solo tras una investigación completa de los hechos y después de que se haya tomado la decisión de incoar formalmente el procedimiento. Por tanto, es más una forma de facilitar y acelerar la terminación de lo que la Comisión ya considera un caso «claro».

De hecho, la Comisión abre el procedimiento de transacción cuando ya ha reunido todas las pruebas y está lista para dirigir el pliego de cargos a las partes. A cambio de discutir de modo informal y anticipadamente con los cartelistas sobre la infracción y los factores para calcular la multa, la Comisión intenta conseguir una duración más breve y una simplificación del procedimiento y de la terminación del caso gracias a: una renuncia condicional de ciertos derechos procesales por las partes (acceso al expediente, vista oral), menos estrictos requisitos de idioma, más breves y menos detallados pliego de cargos y decisión final, y muy probablemente la ausencia de revisión judicial o al menos una revisión judicial mucho más limitada.

En este sentido, las palabras pronunciadas en 2005 por la entonces Comisaria de Competencia Neelie Kroes siguen siendo muy reveladoras de lo que la Comisión sentía que faltaba en el sistema de la UE y cómo llenar las lagunas. Dijo: «*Unlike some other systems —that of our American colleagues, for example— there is no arrangement [in the EU] for simplified handling of cases in which the parties to the cartel and enforcer concur as to the nature and scope of the illegal activity undertaken and the appropriate penalty to be imposed*»¹⁴. Este «tratamiento simplificado» era especialmente importante en los casos de cártel porque los litigios en estos casos de cártel se referían principalmente a las circunstancias que influían en el importe de la multa y la responsabilidad, mucho más que a si la conducta era o no legal. Además, las investigaciones de los cárteles eran comparativamente más frecuentes y con frecuencia implicaban un procedimiento más lento y pesado, en vista de, entre otras cosas, la multiplicidad de partes e idiomas involucrados y las cuestiones jurisdiccionales que planteaban (por ejemplo, la exhibición de pruebas). Los objetivos de simplificación y reducción de las cargas habituales de procedimientos formales largos y complejos fueron, por tanto, el centro de atención de la nueva técnica.

También es importante entender que, en este momento fundacional del procedimiento de transacción, el sistema de la UE ya había desarrollado

¹⁴ N. KROES, *The first hundred days*, address before the 40th anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht (7 de abril de 2005), disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

un programa de clemencia que recompensaba con inmunidad frente a las multas al primer cartelista que llegase, se autoinculpase y proporcionase pruebas suficientes a la CE del cártel, siempre que se cumpliesen otra serie de condiciones. Este programa también contenía la posibilidad de reducciones sustanciales (hasta un 50 por 100) para las empresas que acudiesen con posterioridad si proporcionaban pruebas con un valor añadido significativo para condenar al cártel. La clemencia ya era una herramienta muy poderosa para investigar y recopilar pruebas contra los cárteles; una herramienta que era exitosa y debía protegerse para evitar desincentivar su uso. La nueva herramienta, el procedimiento de transacción, era una especie de complemento, con objetivos y alcance diferentes y mucho más limitados, y, en consecuencia, debía resultar en una reducción de la multa mucho más limitada. No había necesidad de concebir la transacción como una herramienta de investigación ni de activarla muy tempranamente. Por el contrario, debía estar claramente separada de la clemencia y, a diferencia de esta, debía activarse más tarde, cuando la investigación ya se hubiera completado, de modo que se dejase claro que no se trataba de un proceso de negociación.

A primera vista, las diferencias con el sistema de los Estados Unidos eran sustanciales: en los Estados Unidos, la clemencia se limitaba a premiar con inmunidad al primero en llegar. Para el segundo y/o los posteriores que quisieran cooperar, no funcionaba la clemencia. Para ellos, se abrían reducciones de sanciones muy importantes (de multas penales para empresas y de prisión para personas físicas), en el marco de un proceso de negociación (*plea bargaining*), pero solo si se reconocía la culpabilidad y se aceptaba la transacción (*plea agreement*). Por tanto, los *settlements* en Estados Unidos se concibieron como una herramienta de investigación y constituían la única oportunidad de reducir sustancialmente las sanciones para los que no habían llegado en primer lugar y no se podían beneficiar de la clemencia. Esta transacción (*plea bargaining*) se ha reconocido como clave para el exitoso programa anti-cártel de los Estados Unidos¹⁵. Por ello, algunos comentaristas estadounidenses (en concreto, de la División Antimonopolio del Department of Justice) criticaron el diseño europeo, consideraron que presentaba importantes debilidades y calificaron como escasas las expectativas de éxito del nuevo procedimiento de transacción en la UE¹⁶.

De este análisis surgen varias cuestiones que solo se podrán responder tras un análisis en profundidad de la práctica de transacciones en estos primeros diez años: ¿Se ha respetado la concepción inicial o se ha vuelto en la práctica más cercano a un proceso de negociación como el americano? ¿Se han materializado las debilidades y ha impedido estas el éxito del procedi-

¹⁵ OECD, «Plea bargaining: settlement of cartel cases», *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol. 11/2, 2011, p. 117, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf2cp9s>. Véase también A. HAMMOND y R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK*, Office of Fair Trading UK, 2001, p. 30.

¹⁶ O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», US Department of Justice, 2008, y OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, US Report, 2008, pp. 70-78.

miento de transacción de la UE? Dejémoslas ya planteadas para tratar de responderlas más adelante tras analizar la práctica de los primeros diez años.

B. PRINCIPALES OBJETIVOS

El objetivo en última instancia siempre debe ser aumentar la disuasión general, pero hay dos objetivos intermedios instrumentales e inmediatos que pueden contribuir a la disuasión general: por un lado, lograr eficiencias de procedimiento y, por otro lado, crear más incentivos para solicitar clemencia.

Determinar los efectos de la transacción sobre la disuasión puede ser un ejercicio muy complejo. Deberían tenerse en cuenta varios factores, incluidos, entre otros, el nivel de reducción de multa concedido, la capacidad de las autoridades de competencia para investigar más cárteles, los efectos de la transacción sobre el programa de clemencia y sobre las reclamaciones de daños¹⁷. Si se usan bien, las transacciones deberían aumentar la disuasión frente a los cárteles¹⁸. Sin embargo, depende en gran medida de cómo estén diseñadas y cómo se apliquen. Por ejemplo, la política de transacciones probablemente podría resultar en más casos con multas más bajas, en lugar de menos casos con multas más altas; no está claro cuál de las dos opciones es mejor. La respuesta puede depender, entre otros factores, de si la autoridad de competencia encuentra un equilibrio adecuado, siempre difícil, entre la reducción de la multa y las eficiencias logradas.

Centrémonos pues en los objetivos instrumentales y tratemos de identificar cuáles son los potenciales beneficios inmediatos que cabe esperar de un procedimiento de transacción.

a) *Eficiencias de procedimiento*

Este es el objetivo más inmediato y evidente perseguido por la Comisión: liberar recursos de la Comisión Europea para otras tareas o para poder investigar más casos.

¿Cómo se lograrán estas eficiencias? Se deben considerar tres medios principales:

1) Por un procedimiento administrativo acelerado y simplificado

La Comisión esperaba obtener una simplificación importante del procedimiento en comparación con el ordinario, eliminando algunos de los pasos innecesarios y acortando o haciendo otros de una manera menos formalista y detallada. Por ejemplo, al anticipar informalmente las conversaciones con

¹⁷ OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 128.

¹⁸ *Ibid.*, p. 129.

las empresas afectadas y llegar a un acuerdo con ellas, la Comisión esperaba acortar el pliego de cargos y la respuesta de las empresas, suprimir la necesidad de acceder al expediente y vista oral, reducir la carga de la motivación así como de la traducción del pliego de cargos y de la decisión final. Como resultado de todo esto, se esperaba obtener una reducción relevante en la duración del procedimiento administrativo y los recursos utilizados en el mismo.

2) Eliminando o al menos reduciendo sustancialmente la probabilidad y/o el alcance de la revisión judicial

En el sistema de la UE, no es posible renunciar al derecho de apelación. Todas las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del Reglamento (CE) núm. 1/2003 están sujetas a revisión judicial de conformidad con el art. 230 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Además, según lo dispuesto en el art. 229 del mismo Tratado y en el art. 31 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, el Tribunal de Justicia tiene competencia jurisdiccional plena para examinar las decisiones sobre multas adoptadas de conformidad con el art. 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003. Por tanto, una empresa que es objeto de una decisión de la Comisión basada en una transacción puede recurrir la decisión de la Comisión ante el Tribunal General.

Sin embargo, en la práctica, una vez que los demandados perciban que han recibido un buen trato en la transacción, su incentivo para seguir litigando puede ser muy limitado y, aunque lo hagan, el alcance de su litigio será muy limitado¹⁹. Además, será difícil persuadir al tribunal para que anule una decisión que ha respetado los términos aceptados por las partes en su solicitud de transacción²⁰.

3) Reduciendo el riesgo de errores que pueden justificar una anulación posterior de la decisión

Es probable que las discusiones informales entre las partes y la Comisión Europea aumenten las posibilidades de prevenir errores que pueden llevar a un recurso contra la decisión y, por tanto, conducir a una anulación o reducción de la multa en fase jurisdiccional. Como las empresas tienen un interés y un incentivo para cerrar el caso mediante transacción, es probable que sean sinceros durante las discusiones informales y utilicen todos los argumentos que tienen para convencer o influenciar a la Comisión. Es posible que estos incentivos no existan, o que al menos tengan una dimensión diferente, en un procedimiento ordinario en el que las empresas interesadas

¹⁹ *Ibid.*, p. 130. Véase también W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, 29 *World Competition*, 2006, p. 345, esp. p. 366.

²⁰ De modo análogo, en otras jurisdicciones se debate sobre la conveniencia de que los tribunales interfieran en el acuerdo de transacción y en qué medida: véase OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 126.

no se están declarando culpables y en el que la revisión jurisdiccional es una opción probable.

b) *Incentivar y complementar el uso de los programas de clemencia*

Este incentivo es importante ya que la clemencia es una herramienta clave para luchar contra los cárteles y el origen de una gran parte de las decisiones de infracciones de los cárteles en la mayoría de las jurisdicciones desarrolladas. Además, en la mayoría de los casos de clemencia, la infracción es bastante clara y lo que puede discutirse es su alcance, gravedad y otros factores necesarios para determinar la multa. Muchos de los pasos del procedimiento ordinario son inútiles en este tipo de casos y pueden dejarse fácilmente de lado con el acuerdo de las empresas. Las posibilidades de discutir informalmente los factores clave antes mencionados, y hacerlo tan pronto como sea posible, es lo que importa a todas las partes, incluyendo, sobre todo, a las empresas involucradas²¹.

Cómo podría protegerse e incentivar la clemencia y cómo lograr el equilibrio adecuado entre la transacción y la clemencia era un tema crucial: idealmente, el diseño debería crear suficientes incentivos para transaccionar y, a la vez, ser percibido como un posible beneficio adicional para los solicitantes de clemencia. Nunca debería ser percibido como un desincentivo a la clemencia, especialmente para los segundos en solicitarla. Esta fue una gran preocupación y estuvo muy presente cuando se diseñó el procedimiento de transacción de la UE. Sin perjuicio de todo esto, la transacción también debería estar abierta y ser también atractiva para otras empresas que no hubieran recibido beneficios en casos de clemencia y para otros infractores en casos que no deriven del programa de clemencia.

A este respecto, se deben tener en cuenta dos grupos de cuestiones:

- 1) La reducción de la multa para las partes que transigen debería ser modesta, pero contribuir a generar un incentivo suficiente para la transacción. Además, debería ser compatible con los beneficios de clemencia

La mayor preocupación era que si la reducción era demasiado grande, algunos de los solicitantes de reducciones por clemencia no tuvieran ya

²¹ BELLIS, abogado con gran experiencia en asuntos de cártel ante la Comisión Europea, explica muy bien que muchos de los pasos habituales en un procedimiento ordinario carecen de sentido en este tipo de asuntos claros de cártel, especialmente para los solicitantes de clemencia: «*The infringement was uncontested and the only issue that remained open was the size of the fine. And this was precisely the issue on which no meaningful debate could take place because, at that time, the statement of objections contained no information about what fine the Commission intended to impose. [...] any detail, such as whether the Commission would or not consider aggravating circumstances, was absent. Under such circumstances, the response to the statement of objections and the ensuing hearing were largely devoid of purpose since they could not address the sole issue that still mattered at that point, namely the parameters for the determination of the fine*». BELLIS, *op. cit.*, *supra*, p. 304.

incentivos para solicitarla, algo que probablemente sería perjudicial para completar la recogida de pruebas y facilitar la decisión final. Si la clemencia y la reducción por transacción eran acumulativas y esta última fuera grande, se podría afectar incluso al incentivo para solicitar la inmunidad (solo abierto al primer solicitante). Según el programa de clemencia de la UE, los posteriores pueden obtener una reducción de hasta el 50 por 100 (2.º)²², 30-20 por 100 (3.º) y 20 por 100 (el resto), siempre que puedan proporcionar información de valor añadido significativo a la Comisión Europea.

Debido a esta preocupación, la reducción por transacción se estableció en un nivel del 10 por 100 para todas las empresas que acordasen la transacción. Obviamente, esto mantenía una distancia importante entre las reducciones por clemencia y la reducción por transacción, por lo que se mantenía el incentivo para solicitar clemencia.

Además, como ambas reducciones podían acumularse, los solicitantes de clemencia podían considerar la transacción como natural en su caso y una recompensa adicional a su solicitud de clemencia. En efecto, puesto que, debido a la clemencia, ya habían hecho (o estaban dispuestos a hacer) la mayor parte de lo que es necesario para obtener reducción por transacción (declaración de culpabilidad y cooperación leal con la CE durante todo el procedimiento), parecería lógico y probable que optasen también por la transacción.

Algunos comentaristas sugirieron que la reducción era muy pobre y no crearía suficientes incentivos poniendo en riesgo el éxito del procedimiento de transacción de la UE, o al menos que esta pobre reducción era una debilidad muy clara en el diseño²³. Alegaron que debería haber una correlación entre la reducción media esperada en apelación y el nivel de reducción por transacción. Como algunos estudios señalaban que el promedio de reducción de las multas en revisión judicial era del 18 por 100, un 10 por 100 por transacción se consideró muy bajo, proponiendo que debería haberse incrementado a por lo menos un 20 por 100 o más²⁴. En apoyo de la misma línea, algunos invocaron también experiencias en otras jurisdicciones exitosas como Estados Unidos, donde las reducciones eran mucho más significativas²⁵.

Sin embargo, algunas experiencias previas a nivel nacional en Europa sugerían que un 10 por 100 podría ser suficiente²⁶. La experiencia de los

²² La misma reducción podría aplicarse al primero en llegar si suministra información con valor añadido significativo pero la investigación está ya en una fase avanzada.

²³ Véase la opinión de la *Antitrust Bar Association* en OECD, *op. cit.*, *supra*, 2008, p. 74.

²⁴ C. VELJANOVSKI, «Penalties for Price-Fixers: An Analysis of Fines Imposed on 39 Cartels by the EU Commission», 27 *ECLR*, 2006, p. 510, esp. p. 512, señalando que, de 30 casos de cárteles de la Comisión Europea desde 1999, la reducción media de las multas en apelación era de aproximadamente un 18 por 100.

²⁵ Véase S. D. HAMMOND, *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All*, address before the OECD Competition Committee, Working Party No. 3 (17 de octubre de 2006), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>. Véase también O'BRIEN, *op. cit.*, *supra*.

²⁶ Véase la experiencia holandesa en OECD, 2011, p. 120.

Estados Unidos no era comparable, ya que las reducciones más sustanciales en los *plea bargaining* incluían no solo beneficios por transacción sino también por lo que en la UE serían beneficios para los solicitantes de reducciones en programas de clemencia. Y también es importante recordar que la clemencia y las reducciones por transacción son acumulativas en la UE. Además, nunca se debe olvidar que la reducción es solo uno de los beneficios que el acuerdo ofrece a las empresas. La terminación anticipada, una seguridad jurídica más rápida y la posibilidad de influir en la decisión final a través de conversaciones informales, también son motivos importantes para optar por una transacción. Ya sea por todas estas razones, por una advertencia de no dañar el exitoso programa de clemencia, o por ambos, el nivel de reducción se estableció finalmente en el 10 por 100, como hemos visto.

2) Ahorros adicionales y otros beneficios para las empresas que transaccionan

Como se acaba de mencionar, la reducción de la multa es solo uno de los beneficios que la transacción ofrece a las empresas y, aunque relevante, podría no ser el más importante. Entre algunos otros beneficios que una transacción puede aportar a las partes, merece la pena mencionar los siguientes:

— Terminación anticipada del procedimiento y ahorros correlacionados.

La transacción probablemente conlleva un acortamiento del procedimiento administrativo y también muy probablemente que no sea necesario apelar. Menos duración significa menos asesoramiento legal y menos costes en abogados. El monto de lo ahorrado puede ser fácilmente mayor que la reducción de la multa.

Además de lo ahorrado, una terminación anticipada aclara antes la situación de la empresa, permite que los administradores se centren en el negocio y elimina la incertidumbre para la empresa y el mercado. Por tanto, esta eliminación de incertidumbres podría ser muy importante para el buen desarrollo de actividades económicas y muy valorado por las empresas involucradas.

— Posibilidades de discusión informal (un diálogo constructivo) con la Comisión con respecto al alcance, la duración, la gravedad y los factores para calcular la multa.

En el procedimiento ordinario, las empresas han de esperar al pliego de cargos para conocer la primera valoración completa del caso por parte de la Comisión y aun así no encontrarán referencias a las multas. El importe de la multa solo se conocerá cuando la Comisión anuncie su decisión final. En muchos casos, pero muy especialmente en los casos de cártel en los que la multa suele ser el único terreno de controversia, es una gran ventaja conocer antes la opinión de la Comisión y tener la posibilidad de debatirla. Los

intercambios informales de puntos de vista pueden aclarar ciertos aspectos, evitar posibles errores y dar lugar a una multa más baja. La posibilidad de influir en la Comisión en una etapa más temprana y obtener un «entendimiento común» del caso y la multa podría ser uno de los beneficios más relevante para las empresas. Por supuesto, esto dependerá mucho de cómo se desarrollen estas rondas bilaterales de intercambio de opiniones, cuán persuasivas sean las empresas y cuán abierta esté la Comisión a cambiar de opinión. Sin embargo, si la Comisión, aunque firme (sin negociaciones), está abierta y es receptiva a argumentos y evaluaciones diferentes sobre la duración, gravedad y circunstancias atenuantes, es seguro que la decisión final puede terminar con una multa mucho menor, y todo esto, sin una apelación que lleva tiempo e implica costos.

— Limitar, en cierta medida, un impacto negativo en las reclamaciones por daños y perjuicios para las empresas que transaccionan.

Hay que tener presentes que la transacción implica el reconocimiento de la responsabilidad por la infracción, por lo que existirá una prueba vinculante de la infracción que hará prácticamente imposible recurrir contra la decisión de fondo. Además, estas acciones de daños llegarán antes debido al procedimiento acelerado. Siempre que las acciones por daños y perjuicios sean creíbles, esto puede ir en contra de la transacción. Para reducir o atenuar este posible desincentivo, se han tomado algunas medidas:

Primero, la protección de las solicitudes de transacción.

Para evitar que terceros utilicen las solicitudes de transacción en las que la parte se declaró culpable, reconoció la infracción y dio detalles al respecto, se han creado algunas protecciones. Por un lado, la Comisión aceptará que las solicitudes de transacción se presenten oralmente (aunque se grabarán y transcribirán en la sede de la Comisión). Por otro lado, aunque la Comisión algunas veces dará acceso a esas solicitudes a otras partes, otras Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) y tribunales, el acceso estará sujeto a ciertas condiciones y se rechazará a otros, como los denunciantes. Los destinatarios de un pliego de cargos que no hayan solicitado la transacción tendrán acceso si se comprometen a no hacer copias y a utilizarlas únicamente a efectos de procedimientos judiciales o administrativos relativos a la aplicación de las normas comunitarias de competencia en cuestión en los asuntos relacionados²⁷. Las ANC solo tendrán acceso si garantizan un nivel similar de protección y los tribunales nacionales solo las recibirán con el consentimiento de los solicitantes correspondientes²⁸.

²⁷ Comunicación CE transacción, para. 35. Además, en el apartado 36, se indican sanciones en caso de violación de este compromiso.

²⁸ *Ibid.*, apartados 37 y 39. Véase también el art. 6.6 de la 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 (DOUE L 349/1, 2014) establece que: «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: [...] b) las solicitudes de transacción».

La lógica detrás de esta protección no es prevenir acciones de daños contra partes que transaccionan sino simplemente que la revelación de las solicitudes no exponga a las empresas cooperantes a una posición peor que las de los co-infractores que no cooperan con las autoridades de competencia, lo que crearía un gran desincentivo para la transacción²⁹.

Segundo, un pliego de cargos y una decisión final más breve.

Dado que se ha llegado a un acuerdo entre la Comisión y las empresas que transaccionan, la Comisión podrá adoptar un pliego de cargos más breve y, sobre todo, una decisión final más breve³⁰. Esto puede implicar que la decisión contenga menos información sobre la infracción y esto podría ser útil cuando los terceros valoren si entablar acciones de daños y perjuicios. Sin embargo, se debe reconocer que este efecto probablemente será limitado, especialmente una vez que las nuevas normas de la Directiva 2014/104/UE que facilitan la exhibición de pruebas se han transpuesto a la legislación nacional.

De todo este análisis surgen otras cuestiones que trataremos de responder a través del análisis de los primeros diez años de práctica en transacciones: ¿Genera este diseño suficientes incentivos o son escasos y debieran ser potenciados? ¿Es un diseño adecuado para los solicitantes de clemencia? ¿Ha conseguido la Comisión europea un equilibrio adecuado entre clemencia y transacción? ¿Es suficiente el incentivo también para los solicitantes no asociados a clemencia?

IV. DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA EUROPEA: ¿QUÉ LECCIONES?

A. UNA VISIÓN ESTADÍSTICA: UNA CONCLUSIÓN GENERAL MUY CLARA

En el periodo que va desde 2010 (cuando se tomó la primera decisión de transacción) hasta junio de 2018³¹, la Comisión ha adoptado 53 decisiones de condena de cárteles, 28 de las cuales han sido decisiones de transacción; así pues, más del 50 por 100 de ellas son el resultado del procedimiento transacción. Estos son en sí mismos números muy significativos. Muestran claramente que la nueva herramienta ha recibido una muy buena acogida por parte de las empresas y ha sido fomentada y muy utilizada por la Comisión.

²⁹ Considerando 26 de la Exposición de motivos de la Directiva 2014/104/EU.

³⁰ WILS (*op. cit.*, *supra*, p. 366) también sugiere que la decisión en caso de transacción requeriría menos motivación. A pesar de que la decisión no tenga que ser tan elaborada y detallada como la de un procedimiento ordinario en el que hay contestación de los presuntos infractores, parece lógico pensar que la autoridad de competencia sí debería tener incentivos para incluir una descripción detallada de la infracción y de la participación de los presuntos infractores, que sea aceptada por los solicitantes de la transacción, de modo que se reduzcan las posibilidades de una apelación exitosa. Véase también OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 130.

³¹ A la fecha de entrega de esta contribución (15 de junio de 2018), el último asunto de cártel decidido por la Comisión es *Capacitors* (21 de marzo de 2018, núm. 40136).

Además, una mirada más en profundidad aumenta notablemente su importancia. Por ejemplo, si nos centramos en los últimos tres años, de 2015 a 2018, las estadísticas nos dicen que la Comisión adoptó 23 decisiones de cártel, 11 de las cuales son decisiones de transacción. Sin embargo, al analizar las 23 decisiones, podemos ver que seis casos fueron decisiones contra una parte que no transaccionó que siguieron a una decisión de transacción anterior en el mismo asunto; dos casos son de mera reformulación de decisiones anteriores, sin cambios sustanciales, tras una anulación por el TJUE por motivos formales o de procedimiento. Esto significa que verdaderamente solo se cerraron exclusivamente con una decisión ordinaria cuatro nuevos casos³².

El porcentaje de casos en que se produce transacción es, por tanto, mucho más significativo de lo que las estadísticas de decisiones muestran a primera vista. La transacción es claramente predominante (11 de 15 casos): más de dos tercios de los casos de cártel han implicado alguna transacción durante este periodo 2015-2018. Por tanto, no es exagerado decir que la transacción se ha convertido en la norma general y que las decisiones ordinarias se han limitado en los últimos años a las partes que no transaccionan en casos híbridos y a otros muy pocos casos, casi marginales.

La tendencia y las cifras parecen converger con experiencias previas en otras jurisdicciones, como los Estados Unidos o Australia, en las cuales las transacciones (*plea bargaining*) en casos de cártel también se han convertido en el modo más habitual para cerrar un caso³³. Por ejemplo, en los Estados Unidos, varios estudios parecen sugerir que alrededor del 90 por 100 de los casos se resuelven así. Hammond habla de alrededor del 10 por 100 de los casos de cártel que no fueron resueltos así (principalmente son casos de individuos que eligieron ir a juicio)³⁴, y un informe de los Estados Unidos a la OCDE afirma que en los últimos veinte años, más del 90 por 100 de los acusados corporativos han llegado a una transacción³⁵.

Aunque inicialmente el enfoque europeo parecía sugerir que las transacciones en cárteles iban a ser mucho más limitadas que en otras jurisdicciones, después de diez años de experiencia es claro que las transacciones se han convertido en la regla general mientras que el procedimiento ordinario es la excepción. Todo parece sugerir, por tanto, que las debilidades anunciadas no fueron tales o que, en cualquier caso, no han impedido el éxito del procedimiento de transacción en la UE, porque tanto la Comisión como las empresas afectadas han valorado claramente sus beneficios más que sus desventajas. Ambas partes, Comisión y empresas, han llegado a un «entendimiento común» y han acordado «transaccionar» para resolver los casos de cártel en la gran mayoría de los asuntos.

³² Véanse en 2015, asuntos *Optical Disc Drives* (núm. 39639) y *Retail Food Packaging* (núm. 39563); en 2017, *Cartel Battery Recycling* (núm. 40018); y en 2018, *Capacitors*.

³³ OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 122.

³⁴ *Ibid.*, p. 143.

³⁵ OECD, *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases*, Policy Roundtables, DAF/COMP(2007)38, 2007, p. 149.

B. OTRAS LECCIONES CLAVE DE DIEZ AÑOS DE PRÁCTICA

- a) *¿Se ha respetado la concepción inicial o, en la práctica, se ha acercado más a un proceso de negociación como en los Estados Unidos?*

El diseño del procedimiento de transacción de la Unión Europea y su concepción se basaron, por una parte, en una separación entre la clemencia y la transacción y, por otra parte, en su naturaleza no negociadora. ¿Se ha mantenido esta concepción?

El análisis de estos diez años de práctica parece sugerir que la concepción en esencia se ha mantenido, pero hay que hacer algunas advertencias.

Primero, no ha habido negociación si por tal se entiende negociar abiertamente los cargos y las multas. La Comisión ha explorado las posibilidades de transacción solamente una vez que se había completado la investigación y cuando ya se contaba con pruebas suficientes, en su opinión, para condenar el cártel. La primera ronda de intercambios bilaterales con cada parte siempre ha sido una primera evaluación del caso por parte de la Comisión. Sin embargo, la Comisión ha sido muy receptiva a la discusión sobre el fondo y especialmente sobre el alcance y la calificación de la infracción (duración, gravedad...) ³⁶ y también sobre otros factores que pueden ser importantes para determinar la multa, como las circunstancias atenuantes ³⁷. Esto puede hacer que las empresas perciban que se las escucha y que los intercambios bilaterales son útiles y, por tanto, hace que las transacciones sean atractivas ³⁸.

En segundo lugar, la clemencia y la transacción están separados, pero interrelacionados. La exploración de posibilidades de transacción solo comienza una vez que se completa la investigación y, por tanto, cuando los efectos del programa de clemencia ya están muy avanzados. Sin embargo, las empresas y sus asesores pueden percibir ambas técnicas como parte de un mismo paquete en muchos casos. Aunque las empresas no tienen derecho a la transacción, saben que los casos de clemencia frecuentemente se resolverán por transacción (es su territorio natural y donde más sentido tienen), y por tanto, comunicarán frecuentemente a la Comisión su interés en la transacción. Tendrán pues expectativas, aunque no derechos, de agregar la reducción por transacción a la reducción por clemencia.

³⁶ Véase, por ejemplo, la decisión en el asunto 39611 *Waste Management products*, DOUE C 335/4, 2012, reconociendo un periodo de limitada actividad del cártel.

³⁷ Véase, por ejemplo, los reconocimientos de participación limitada en la infracción en más de diez casos [por ejemplo, asunto *Envelopes* de 2014 (núm. 39780) o *CRT Glass* de 2011 (núm. 39605)] o recompensando la cooperación más allá de la Comunicación sobre clemencia (por ejemplo, asunto *Compressors* —núm. 39600— y *CTR Glass*, ambos de 2011).

³⁸ O'BRIEN, *op. cit., supra*, ya sugería que podía haber más similitudes de las que inicialmente parecía, pero al mismo tiempo resaltaba la existencia de sustanciales diferencias. La presente contribución argumenta que muchas de estas diferencias se han eliminado o, al menos, se han difuminado en la práctica.

Así pues, la distancia entre los dos modelos (Estados Unidos y UE) podría ser menor en la práctica de lo que sugería el análisis inicial.

b) *¿Qué eficiencias de procedimiento se han logrado?: duración del procedimiento administrativo, apelaciones, proporción puro/híbrido*

La duración de los procedimientos de transacción ha sido en promedio mucho más corta que la duración de los procedimientos ordinarios. La mayoría de los procedimientos de transacción (desde la apertura hasta la decisión final) han estado por debajo de los diecisiete meses, mientras que la mayoría de los procedimientos ordinarios han durado tres o más años; por tanto, la mitad en duración, y ahorros por asesoría legal de un año y medio a dos años.

En cuanto a las apelaciones, hasta ahora no se han recurrido las decisiones resueltas. Solo se inició un recurso en el caso de los derivados de interés en euros, pero el solicitante retiró la demanda y acordó pagar los gastos del litigio³⁹. Esto implica ahorros adicionales en asesoría legal de aproximadamente un año y medio o dos años.

Para las partes que transaccionan, por tanto, los ahorros y eficiencias parecen haber sido muy importantes.

¿Podríamos decir lo mismo de la Comisión? La respuesta depende en gran medida de si la transacción integró a todas las partes (una única decisión para cerrar el caso) o, por el contrario, algunos infractores decidieron no transaccionar.

La Comisión Europea había enfatizado las ventajas de las transacciones puras (donde todos los acusados en un caso acuerdan transaccionar) en oposición a los acuerdos «híbridos» (donde algunos, pero no todos los acusados llegan a un acuerdo). Se argumentó que el ahorro de recursos se maximizaría si todas las partes acordasen transaccionar, ya que, de lo contrario, tendría que abrirse el procedimiento ordinario contra al menos algunos de los cartelistas. Dos procedimientos (transacción y ordinario) para el mismo asunto y diferentes empresas no es lo ideal y, en algunos casos, podría ser una duplicación de carga más que un ahorro.

La Comunicación no era clara sobre qué hacer cuando algunas partes decidiesen no transaccionar y no se excluyó que, en estos escenarios, la Comisión decidiese abandonar el procedimiento de transacción para todas las empresas.

Aunque muchos casos se han cerrado mediante transacción con todos los cartelistas, como deseaba la Comisión, en varios casos una o varias empresas decidieron no llegar a un acuerdo una vez que se había iniciado

³⁹ Auto del presidente de la Sala 4.ª, composición ampliada, del Tribunal General de 2 de marzo de 2016, asunto T-98/14, *Société générale SA c. Comisión Europea*.

el procedimiento de transacción y se habían llevado a cabo las rondas exploratorias. Solo en uno de esos casos, la Comisión decidió abandonar el procedimiento de transacción para todas, mientras que en la mayoría de casos «híbridos», decidió llegar a un acuerdo con las empresas que deseaban hacerlo y seguir el procedimiento ordinario contra las empresas que no transaccionaban⁴⁰. También es útil subrayar que esta estrategia ha sido confirmada por el Tribunal General y el Tribunal de Justicia en el caso *Timab*⁴¹.

Aunque las transacciones en casos híbridos pueden no dar como resultado el mismo nivel de ahorro de recursos que las transacciones puras, sí pueden lograrse considerables eficiencias también para la autoridad. No es lo mismo desarrollar el procedimiento ordinario para todas las empresas que cerrar una transacción con la mayoría de ellas y limitar el procedimiento ordinario a una o dos de los cartelistas.

Además, el hecho de que las decisiones de transacción no se apelen reduce también la carga para la Comisión. De nuevo, no es lo mismo afrontar recursos de todas o casi todas las infractoras que solo de las que han recibido decisión en procedimiento ordinario.

A este respecto, la Comisión tiene que tomar una decisión no siempre sencilla en dos momentos procesales distintos. Primero, decidir si se reúnen buenas condiciones para abrir el procedimiento de transacción. Segundo, una vez abierto, si una de las empresas decide no transaccionar, decidir si abre procedimiento ordinario solo para esa empresa o para todas. Esta última opción le evita dos procedimientos paralelos sobre el mismo asunto, pero a costa de renunciar a los posibles beneficios arriba explicados (aunque sean parciales) y a costa de defraudar las expectativas de las empresas que sí quieren transaccionar y han cooperado lealmente con la Comisión.

c) ¿Una buena relación y un correcto equilibrio entre clemencia y transacción?

Muchos de los casos de transacciones también son casos de clemencia. Por ejemplo, en el periodo más reciente desde 2015 hasta 2018, en 11 casos, las partes han acumulado reducciones por clemencia y transacción⁴². Sin

⁴⁰ El asunto en el que la Comisión decidió abandonar el procedimiento de transacción para todos los implicados fue el caso *Smart card chip* (núm. 39574). Para ver otros casos híbridos, véanse, por ejemplo, los asuntos *Yen interest rate derivatives (YIRD)*, núm. 39861), *Euro interest derivatives (EIRD)*, núm. 39914), *Mushroom* (núm. 39965), o *Trucks* (núm. 39824), entre otros.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 10.ª) de 12 de enero de 2017, *Timab Industries y Cie financière et de participations Roullier (CFPR) c. Comisión Europea*, asunto C-411/15 P, en recurso de casación contra la sentencia previa del Tribunal General (Sala 8.ª ampliada) de 20 de mayo de 2015, asunto T-456/10. Para un análisis de las consecuencias de esta sentencia, véase M. L. TIERNO CENTELLA, «First Judgement of the General Court of the EU in a hybrid-settlement case by the European Commission», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO (eds.), *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe. Trends, Challenges and Best International Practices*, Brussels, Bruylant, 2016, pp. 329-342.

⁴² Véanse asuntos *Blocktrains* (núm. 40098), *Parking Heaters* (núm. 40055), *Rechargeable Batteries* (núm. 39904), *Trucks* (núm. 39824), *Car Parts Producers* (núm. 40028), *Car Lighting Systems* (núm. 40013), y *Thermal Systems* (núm. 39960).

embargo, cuatro casos han involucrado clemencia, pero no transacción⁴³. Aún más interesante, en el mismo periodo, no ha habido un solo caso de transacción que no haya sido precedido de clemencia.

Todo esto parece confirmar que los casos de clemencia son especialmente apropiados para la transacción, aunque no todos terminen así. Esto tiene sentido ya que más de la mitad del camino y el más difícil (declaración de culpabilidad y plena cooperación con la Comisión) ya se ha recorrido. También sugiere que, en la UE, clemencia y transacción se complementan entre sí: es muy probable que los beneficiarios de clemencia hagan uso de la transacción y vean este cierre como el más natural; es probable que, cuando solicitan clemencia, tengan ya expectativas de usarlo y agregar la reducción por transacción a los beneficios de clemencia.

No hay indicaciones de que las transacciones hayan sido perjudiciales o hayan desincentivado las solicitudes de clemencia. Por el contrario, podría ser que, si las partes han percibido la posibilidad de acumular ambos (además de otros beneficios), esto haya incentivado a los solicitantes de reducción por clemencia a presentarse. La distancia entre la inmunidad y los beneficios para los posteriores solicitantes de clemencia (incluso sumándoles la reducción por transacción) sigue siendo demasiado grande para desincentivar las solicitudes de inmunidad. Por el contrario, se puede pensar que las transacciones también son atractivas para los solicitantes de inmunidad: no porque obtendrán una reducción dado que ya se han ganado la exoneración sino por los otros beneficios. De nuevo, aunque no pueden anticipar con seguridad si el caso se resolverá por transacción, pueden percibir como positiva la posibilidad de completar la inmunidad frente a las multas con otros beneficios derivados de la transacción, como una especie de corolario de la clemencia.

- d) *¿Qué nivel de multas y reducciones de multas es el adecuado?
¿Ha sido el 10 por 100 suficiente para promover transacciones
en los diversos escenarios?*

Uno de los problemas más controvertidos en el diseño del procedimiento de transacción de la UE fue el bajo nivel de reducción de la multa que para muchos se consideró insuficiente para crear los incentivos adecuados.

Los diez años de práctica demuestran que esta crítica y las malas expectativas que conllevaban eran erróneas. La reducción del 10 por 100 sumada a los otros beneficios han sido percibidos por los infractores como incentivo suficiente para transaccionar. Es difícil saber, aunque uno pueda imaginarlo, si es más por los otros beneficios que por la reducción del 10 por 100. Debe considerarse también como una posible explicación que,

⁴³ Asuntos *Optical Disc Drives*, *Retail Food Packaging*, *Cartel Battery Recycling* y *Capacitors*, *op. cit.*, *supra*.

en la práctica, la multa podría ser mucho menor de lo que hubiera sido (al menos antes de ganar una apelación) sin la posibilidad de intercambiar informalmente puntos de vista con la Comisión y llegar a un «entendimiento común».

Finalmente, es interesante observar que la conclusión puede ser diferente en los casos donde no existe clemencia. Para ese escenario, no hay una indicación clara de que los beneficios actuales de la transacción sean suficientes. El hecho de que no haya ni un solo caso de transacción sin clemencia es muy revelador.

e) *Nivel de transparencia/Previsibilidad/Flexibilidad*

Es conveniente una reflexión final sobre la transparencia, la previsibilidad y la flexibilidad. La transparencia y la credibilidad son muy importantes para atraer transacciones y también para mantener un alto nivel de legitimación de esta política. En mi opinión, se ha alcanzado un buen nivel de ambos en la UE.

Una contribución importante a la transparencia es el Reglamento de procedimiento y, sobre todo, la Comunicación sobre el procedimiento de transacción, que se complementa con las Directrices de cálculo de multas de 2006. Todos estos textos han proporcionado una orientación clara a las empresas y han establecido claramente el marco general para tratar los casos individuales. Además, la Comisión parece haberlos aplicado sistemáticamente a casos individuales. Usando su margen de discreción y combi-nándolos con flexibilidad, la Comisión ha logrado convencer a las empresas de los beneficios a la vez que enviaba mensajes claros sobre los límites de la transacción.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE SU FUTURA INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA

Primera. La introducción en España de transacciones en casos de cárteles es deseable.

Es probable que, con un buen diseño y una sólida aplicación, contribuya notablemente a una mejor lucha contra los cárteles en nuestro país. Así ha ocurrido en el caso UE (como se ha demostrado en esta contribución) y en otras jurisdicciones del mundo desarrollado como la estadounidense en la que es también una de las claves de su lucha contra los cárteles. Basándose en la experiencia UE, cuyo modelo presumiblemente se seguirá en esencia en nuestro país, todo hace pensar que similares efectos positivos podrían apreciarse en España en el medio plazo.

Segunda. En relación a los beneficios específicos que cabe esperar en España y su comparativa con lo que ha ocurrido en el caso UE, hay que tener en cuenta lo siguiente:

— Un procedimiento administrativo simplificado y abreviado.

En el caso UE, la reducción ha sido muy drástica (de una media de más de tres años del procedimiento ordinario a una media de menos de diecisiete meses en el procedimiento de transacción). Dada la larga duración de los procedimientos ordinarios, había mucho margen para mejorar y se ha aprovechado⁴⁴.

La reducción esperable en España será probablemente mucho menos notable. Para empezar, el procedimiento actual en España tiene ya fijado un máximo legal de duración de dieciocho meses, lo que no existe en el procedimiento comunitario. Reducir a más de la mitad la duración media sería muy difícil por la posición de partida, e incluso si llegara a ocurrir, la reducción en meses, y por ende en ahorro de personal y costes de asesoría, sería mucho menor. Además, en el procedimiento español, no es habitual la vista oral (aunque es posible y parece haber intención de utilizarla más en el futuro) y tampoco hay necesidad de traducción de la resolución final a varios idiomas. Estos son ahorros que, por tanto, tampoco se trasladarían al caso español. Aun así, esta simplificación y menor duración sería un beneficio importante que no cabe minusvalorar, tanto para las empresas como para la autoridad.

— Menos revisiones judiciales (o al menos de alcance más limitado).

A este respecto, el potencial de ahorro sería teóricamente mucho mayor en el caso español que en el europeo, dado que, en los últimos años, los recursos contra las decisiones sancionatorias de los cárteles han sido la regla general y además han conllevado en multitud de ocasiones una reducción sustancial de la multa, cuando no su anulación⁴⁵. Si las transacciones acabasen con esos recursos (o redujesen su alcance), se habría ganado mucho. Este es, sin duda, uno de los potencialmente mayores beneficios que se pueden esperar en el contexto español. Conviene recordar que un buen procedimiento de transacción, al permitir un diálogo constructivo y temprano entre los cartelistas y la autoridad de competencia y al requerir de las empresas un reconocimiento de culpabilidad y la aceptación de un rango de multa, debería hacer mucho más improbable la revisión judicial. Se evitarían así errores (no ajenos a la práctica de la autoridad española) que pueden llevar a la anulación de la multa y, en la mayor parte de los casos, incluso la impugnación de la cuantía.

No obstante, hay que ser consciente de que el éxito del procedimiento comunitario de transacción está ligado también a la existencia de unas Directrices comunitarias sobre multas, ya consolidadas y ampliamente respaldadas a nivel judicial, lo que todavía no ocurre en el caso español. Este dato y el mayor éxito para las empresas de los recursos judiciales en España que

⁴⁴ Para más detalles, véase *supra* sección IV.B.b).

⁴⁵ F. DÍEZ ESTELLA, «La revisión jurisdiccional de los expedientes sancionadores», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 603-653.

en el caso europeo pueden actuar como un desincentivo a transaccionar. Por tanto, es capital que el método de cálculo de multas se consolide en el contexto español para extraer el máximo rendimiento a un futuro procedimiento español de transacción.

— Evitar tiempos prolongados de incertidumbre empresarial, permitiendo que la empresa se concentre en el negocio.

Como en el caso europeo, cabe esperar que dar por terminado el caso antes sea valorado en términos de seguridad jurídica por las empresas implicadas. Aunque el tiempo que se acorte el procedimiento administrativo sea menor que en el caso europeo, a ese tiempo hay que añadirle el del hasta ahora frecuente recurso judicial. Así pues, este beneficio se trasladaría al caso español de forma similar a lo visto en el caso europeo.

— Otros beneficios: multa reducida y «diálogo constructivo temprano» con la autoridad.

Para la empresa, su cooperación a un procedimiento acelerado y simplificado, con la aceptación de la transacción, tiene como compensación una reducción de la multa que, por las primeras informaciones de que se dispone⁴⁶, podría proponerse que fuera de entre un 10 a un 15 por 100. Se trataría por tanto de una reducción igual o mayor que el 10 por 100 que recoge la normativa UE y que ha resultado suficiente para captar el interés de las empresas.

De todas maneras, no cabe olvidar que esta reducción de la multa no es más que uno de los varios beneficios que las empresas pueden obtener. El ahorro de costes en asesoría legal y litigios, el diálogo constructivo temprano con la autoridad para que esta tenga en cuenta sus puntos de vista sobre la infracción y la multa, y el acortamiento de la incertidumbre empresarial, pueden ser tanto o más importantes que la reducción de la multa⁴⁷.

También conviene tener presente que el diálogo constructivo entre empresas y autoridad puede ser beneficioso también para la autoridad y el interés público, no solo por hacer atractiva la transacción con todos sus beneficios, sino porque puede evitar errores que hubieran podido llevar a la anulación de la multa o una reducción sustancial de su cuantía. En España, este impacto podría ser especialmente importante a la vista del historial de revisiones judiciales. Este diálogo podría incluso contribuir a la consolidación de la metodología del cálculo de multas, tan importante para impulsar tanto la clemencia como las transacciones y, en última instancia, la disuasión.

— Complementariedad y posible nuevo impulso al programa de clemencia.

⁴⁶ En diciembre de 2017, la CNMC convocó a una consulta y discusión sobre la posibilidad de incorporar el procedimiento de transacción en España y circuló un Guión para la discusión a los asistentes e interesados. En él se barajaban estas reducciones.

⁴⁷ Para más detalles, véase *supra* sección III.B.

Aunque puede ser controvertido, la experiencia UE parece demostrar que clemencia y transacción son complementarias y que, con un buen diseño, la introducción de las transacciones puede incluso impulsar el programa de clemencia. Por la importancia de esta interrelación, se le dedica una reflexión separada a continuación.

Tercera. Protección y promoción del programa de clemencia.

El punto de partida es similar tanto en el caso europeo como español. En la UE, ya existía un programa de clemencia consolidado cuando se introduce el procedimiento de transacción. Un porcentaje muy alto (más de 2/3) de las condenas a cárteles a nivel europeo en las últimas décadas implican clemencia⁴⁸. Así pues, se va a prestar atención a no dañar su operatividad y sus incentivos o hacerlo lo menos posible. Para ello, los puntos clave, como se ha explicado más detalladamente ya en esta contribución, fueron: proteger las solicitudes de transacción, permitir la acumulación de las reducciones por clemencia y transacción, y fijar el nivel de reducción por transacción a un nivel que no restase incentivos a las solicitudes de inmunidad o de reducciones por clemencia.

En el caso español, el programa de clemencia se puso en marcha a partir de 2008 y se ha convertido ya en una pieza clave en la lucha contra los cárteles. Más de la mitad de las decisiones de condena de cárteles implican la aplicación del programa de clemencia y en muchas ocasiones con concesión de inmunidad, lo que supone que la autoridad desconocía la existencia del cártel o al menos no tenía datos suficientes ni siquiera para hacer inspecciones orientadas en el momento en el que se solicitó la inmunidad. No obstante, el porcentaje de casos que no derivan de clemencia es sustancialmente más alto en el caso español que en el caso europeo, lo que parece indicar una menor dependencia del programa de clemencia en España. De todas maneras, la valía del programa y su aportación a una mayor efectividad y disuasión es indiscutible⁴⁹.

¿Qué impacto sobre el programa de clemencia cabe esperar de la introducción de las transacciones en España?

En primer lugar, es importante que las solicitudes de transacción reciban una protección igual a la de las declaraciones de las empresas en el marco de clemencia. Así se hizo en el sistema europeo y debe preverse también en el sistema español. La Directiva 2014/104 sobre daños *antitrust* alude a ello y si no se ha hecho en España hasta ahora es porque todavía no se ha creado este procedimiento de transacción, pero lógi-

⁴⁸ J. R. BORRELL, J. L. JIMÉNEZ y J. M. ORDOÑEZ, «Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia», *Revista de Economía ICE*, 50 aniversario de la primera ley de competencia en España, enero-febrero de 2014, núm. 876, pp. 17-36.

⁴⁹ I. LÓPEZ GÁLVEZ, «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración y desafíos actuales», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1021-1042; J. MAILLO, «El programa de clemencia español a examen», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 251-282.

camente la protección debe introducirse en paralelo a la posibilidad de transacción⁵⁰.

En segundo lugar, como en el caso europeo, es de esperar que la clemencia y las transacciones se complementen y que los casos que impliquen clemencia sean el terreno natural para transacciones⁵¹. Al haber ya en España un porcentaje alto de casos de clemencia (aunque menor que el europeo), es presumible que muchos de ellos acaben en transacción y, por tanto, que este modo de terminación sea bastante frecuente también en España. No me atrevería a decir que, como ha ocurrido en el caso europeo, se convierta en la regla general. Sí probablemente lo será para los casos que impliquen clemencia, pero no para otros escenarios, al menos en el corto plazo. En el caso europeo, los beneficios resultantes de la transacción no han conseguido atraer a las empresas en asuntos que no impliquen clemencia, y ello a pesar de un sistema consolidado de cálculo de multas y una ratio relativamente alta de confirmación de las multas por parte del TJUE⁵². En el caso español, con un escenario en multas más incierto y más proclive a la revisión jurisdiccional, todo hace pensar que, con mayor razón, pasará algo parecido. Además, este escenario será aún más probable en la fase inicial de la introducción de las transacciones en España.

En principio, por tanto, cabe esperar que cuanto más crezca la clemencia en España más aumentarán los casos de transacción. Para todos los beneficiarios de clemencia, tanto los de inmunidad como de reducción, la transacción será normalmente un escenario atractivo. Los de reducción, verán disminuida la multa (además de otros beneficios) con un pequeño esfuerzo adicional a lo que ya han hecho para obtener clemencia, por lo que deben ser proclives a ello. Los de inmunidad pueden conseguir otros beneficios distintos a los relativos a la cuantía de la multa y por ello también estarán presumiblemente interesados, como demuestra la experiencia europea.

Y es lógico también aventurar que la posibilidad de transacción impulse más el uso de la clemencia. Para empezar porque ninguno de los potenciales beneficiarios de clemencia (inmunidad y reducción) se verá claramente desincentivado a solicitar clemencia por la introducción de la transacción, dado que la reducción que se obtiene por clemencia sigue siendo sustancialmente más importante que la de transacción y además no son excluyentes. Por el contrario, habrá un atractivo adicional para la clemencia porque, con un grado de compromiso con la autoridad escasamente superior, tendrán ahora beneficios adicionales por la transacción. Además, si se confirmara que se ofrecerá un 15 por 100 de reducción cuando la (solicitud de) transacción se anticipa al pliego de concreción de hechos, esto podría beneficiar aún más a los beneficiarios de clemencia porque serán ellos los mejor situados para poder plantearlas.

⁵⁰ Art. 6.6.b) de la Directiva 2014/104/UE.

⁵¹ Para más detalles, véase *supra* secciones III.B.b) y IV.B.d).

⁵² Véase VELJANOVSKI, *op. cit., supra*, p. 510.

Cuarta. Sobre algunas cuestiones específicas del diseño.

Tres cuestiones puntuales son las que creo importante apuntar:

— En primer lugar, el nivel de reducción de la multa.

En la UE, se fijó un único tipo de reducción del 10 por 100 para todos los escenarios. Como ya se ha explicado, muchos comentaristas consideraron que el nivel era excesivamente bajo y no generaba los incentivos adecuados. La experiencia UE ha demostrado que sí es suficiente, probablemente porque hay otros beneficios adicionales. Al menos lo es para los casos que implican clemencia. Para el resto, no ha sido suficiente por ahora: no hay ni un solo caso⁵³.

En España, las primeras referencias apuntan a que se ofrezca un 10 por 100 o un 15 por 100 en función de si se hace antes del pliego de concreción de hechos o después. Con base en la experiencia europea, cabe adivinar que el nivel, al ser igual o superior, será también suficiente en el caso español, al menos para los casos que impliquen clemencia. Para el resto, todo parece indicar que no lo será. Además, parece difícil que se active la reducción del 15 por 100 en estos otros casos, dado que la (solicitud de) transacción temprana es más probable en los casos de clemencia. Será en estos, principalmente, en los que pueda tener un efecto positivo adicional.

— En segundo lugar, sobre si permitir o no los casos híbridos.

En el ámbito UE, se priorizan los casos puros pero sin descartar los híbridos. La decisión final tanto sobre si iniciar un procedimiento de transacción como sobre si continuarlo, en particular cuando una de los cartelistas abandona el proceso de transacción ya iniciado, reside en la Comisión europea. En la práctica, en este último escenario, la Comisión ha decidido transaccionar con los que querían y abrir procedimiento ordinario contra los que habían desistido en todos los casos menos en uno⁵⁴.

¿Convendría seguir este mismo modelo también en el caso español?

Para empezar, conviene señalar que es imposible saber con antelación que van a hacer todas las empresas implicadas a lo largo del procedimiento de transacción y si van a estar satisfechas con la valoración final de la Comisión y el rango de la multa a imponer. Se pueden y se deben de tomar cautelas para iniciar procedimientos de transacción solo cuando haya expectativas fundadas de que todas las empresas van a aceptar la transacción, pero es imposible garantizarlo. Es inevitable que alguna empresa se pueda descolgar inesperadamente de la transacción. Debemos ser conscientes de que puede pasar (de que probablemente va a pasar alguna vez) y decidir cuál es la mejor opción cuándo eso ocurra.

Partiendo de esa base, las dos opciones de diseño posible son: dejarlo a discreción de la autoridad (modelo europeo) o descartar de antemano los asuntos híbridos, lo que impondría el procedimiento ordinario para todos.

⁵³ Para más detalles, véase *supra* sección IV.B.d).

⁵⁴ Para más detalles, véase *supra* sección IV.B.b).

¿Cuál es el mejor? La decisión no es sencilla porque hay argumentos a favor y en contra.

Es cierto que el primer modelo puede llevar a duplicidades y trabajo adicional pero también que no cabe descartar que los ahorros y eficiencias en un caso híbrido existan y no solo para las empresas que transaccionan (en cuyo caso es evidente) sino también para la autoridad de competencia y el interés público. No serán tan importantes como si la transacción hubiera sido pura pero también las puede haber y que sean significativas.

En un escenario en el que clemencia y transacción actúan complementariamente, optar por el segundo modelo podría reducir los incentivos al programa de clemencia. No se puede olvidar que los solicitantes de clemencia pueden ver clemencia y transacción como un paquete y generar expectativas favorables a la clemencia. Romper esas expectativas, y las que derivan de una cooperación leal con la autoridad con vistas a la transacción, puede no ser la mejor elección.

Una opción por el segundo modelo puede también crear fuertes presiones sobre la autoridad para que acepte la visión de la empresa díscola (la que duda si descolgarse). Esas presiones pueden estar también presentes en el modelo europeo, pero se verían muy incrementadas si la Comisión tuviera que decidirse por el todo o nada. No obstante, también cabe imaginar que, con el modelo europeo, alguna empresa abandone la transacción después de haber influido parcialmente en la Comisión y sabiendo que debe respetarse la igualdad de trato (salvo la reducción por transacción) con las que han transaccionado. Ese juego a dos bandas puede resultar incómodo para la autoridad de competencia.

Y lo más importante, la respuesta sobre qué es mejor puede depender del caso concreto. Factores como cuántas abandonan y cuántas querrían seguir, en qué momento se produce esta división o el propio contenido de la divergencia, pueden condicionar mucho la respuesta. Desde luego la transacción híbrida no es el ideal por no ser la más eficiente, pero tampoco cabe anticipar que sea peor opción que llevar a todas las empresas al procedimiento ordinario cuando casi todas están dispuestas a cerrar la transacción.

Por todo ello, parece que la opción más razonable es seguir el modelo europeo y dejarlo a la discreción de la autoridad, de modo que ella lo valore en cada caso concreto.

— En tercer lugar, la importancia de la seguridad jurídica y la transparencia.

En la UE, se optó por regular el procedimiento de transacción a un doble nivel: por un lado, en un Reglamento UE y, por otro lado, a nivel de *soft law*, en la Comunicación de la Comisión europea sobre el procedimiento de transacción. Es una práctica habitual a nivel UE y con resultados contrastados. La práctica administrativa ha sido consistente y se ha ajustado a la Comunicación y además ya se ha respaldado en sus líneas esenciales por el TJUE. Hay que recordar la importancia de disponer, como es el caso UE,

de un método de cálculo de multas transparente, consolidado y respaldado jurisdiccionalmente. Marca límites claros a la transacción, contribuyendo a la previsibilidad.

A nivel español, y para introducir una nueva técnica como la transacción, una combinación de ambos tipos de niveles parece la mejor opción y ha dado muy buenos resultados en otros ámbitos próximos como la clemencia⁵⁵. Conviene pues anclar la regulación básica sobre el futuro procedimiento de transacción en la Ley de Defensa de la Competencia y en su Reglamento de procedimiento para dotarlo de seguridad jurídica y completarlo con una regulación de *soft law* a través de una Comunicación más detallada sobre el procedimiento de transacción. Además, la práctica de los primeros años será clave para asentararlo y dar credibilidad a todo el sistema. Es también fundamental consolidar paralelamente el método de cálculo de multas y hacerlo más transparente a través de unas nuevas Directrices.

⁵⁵ Véase, a este respecto, J. MAILLO, «El programa de clemencia español a examen», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 251-282, esp. pp. 256-257.