

POLÍTICA DE COMPETENCIA Y PROGRAMAS DE CLEMENCIA: UNA REVISIÓN DESDE LA ECONOMÍA DEL DERECHO

Miguel CUERDO MIR
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

En 2013 se ha publicado la primera Comunicación sobre el Programa de Clemencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que complementa, en materia de investigación, detección, sanción, eliminación y disuasión de cárteles, tanto lo establecido en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, como el propio Reglamento 261/2008, de 22 de febrero, que desarrollaba la LDC.

El Programa de Clemencia en el Derecho de la competencia español se introdujo tardíamente¹, con la nueva LDC de 2007. En su expresión más básica, consiste en la concesión por parte de la CNC de una exención total o parcial del pago de las multas impuestas a mercantiles que han incurrido, bajo la forma de cárteles, en infracciones del art. 1 de la LDC o del art. 101 del TFUE, en línea con la regulación vigente en la UE. Hay que señalar que, también en la tradición de lo que viene haciendo la autoridad de la competencia en la UE², con el fin de dar más «transparencia» y «previsibilidad» a las actuaciones de la CNC en este aspecto concreto de la legislación *antitrust* española, la propia CNC produce ahora esta Comunicación sobre el Programa de Clemencia.

Por tanto, es una buena oportunidad para reflexionar sobre los programas de *leniency*³ en general, revisar la literatura al respecto y analizar los elementos que conforman su formulación, su eficacia y su importancia en la aplicación de la actual legislación de defensa de la competencia.

¹ Por ejemplo, el Programa de Leniency alemán se había introducido en 2000 y la primera Comunicación al respecto de la Comisión Europea data de 1996.

² Véase *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).

³ Los términos clemencia y *leniency* se utilizarán indistintamente.

Con carácter previo a un análisis más detallado, hay que destacar que la aritmética de estos programas apunta a que las decisiones de la autoridad de la competencia relacionadas con cárteles en la Unión Europea han aumentado a partir de la introducción de los programas de clemencia. En la Unión Europea, desde la entrada en funcionamiento del primer programa de clemencia en 1996⁴, se han sancionado más de ochenta cárteles, con un número considerable de ellos en aplicación de las Comunicaciones sobre dispensa y reducción de multas, sobre todo a partir de la Comunicación de 2002. Ese número no quedó reducido después de la nueva Comunicación de 2006⁵. Algo parecido a lo que ocurrió previamente en Estados Unidos⁶, donde en un solo año, 1999, la Antitrust Division norteamericana impuso un volumen de multas superior a la suma de todas las multas impuestas por cártel desde la aparición de la *Sherman Act* en 1890⁷.

Sin embargo, más allá de esas cifras, la cuestión admite una revisión crítica de los programas de clemencia en general y, con ello, se podrá contextualizar mejor el Programa de Clemencia en España.

De antemano, cualquier revisión al respecto está obligada a señalar que hay al menos tres elementos que condicionan el análisis de los programas de clemencia en casos de cárteles:

1. Incluso en el caso de Estados Unidos, la historia de los programas de *leniency* es relativamente reciente y debe verse en la perspectiva de los cambios que se han ido sucediendo dentro de los mismos.
2. No todos los programas de clemencia son iguales. Se podría decir que se sigue buscando el modelo ideal de *leniency*, es decir, aquel que maximice el número de cárteles denunciados, minimice los costes de investigación de la autoridad de la competencia y maximice el grado de disuasión en la formación de cárteles a largo plazo.

Es subrayable, tal y como están planteados actualmente estos modelos, que la aplicación en Estados Unidos y en la UE se lleva de modo diferente. Hay diferencias de orden jurídico en cuanto a los regímenes sancionadores de defensa de la competencia, de modo que las autoridades de la competencia han considerado su aplica-

⁴ La Comisión Europea ha producido tres Comunicaciones sobre aplicación de programas de clemencia. La primera es la Comunicación de 1996, relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas. La segunda fue la Comunicación de 2002, relativa a la dispensa de pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. La tercera y vigente es la *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).

⁵ De acuerdo con la propia Comisión Europea, solamente en el periodo 2007-2011, después de la última modificación en los programas de *leniency* en la UE, se han contabilizado más de diez mil millones de euros en multas, con algunos cárteles sectoriales que por sí solos han contabilizado más de mil millones de euros en multas —por ejemplo en la decisión car glas en 2008 con 1.300 millones de euros en multas—. En ese mismo periodo las autoridades nacionales han producido casi 100 resoluciones referidas a cárteles.

⁶ En Estados Unidos los programas de clemencia comienzan en 1978 con el llamado *Corporate Leniency Program*. Si bien va a ser a partir de un nuevo modelo de *leniency* en 1993 cuando empieza a tener resultados significativos.

⁷ AUBERT, REY y KOVACIC (2006, p. 1242).

ción con enfoques distintos. Se ha dicho que el sistema *antitrust* norteamericano sanciona con más dureza que el de la UE y, siendo así, las empresas que forman cárteles en Estados Unidos no lo hacen con la misma alegría que en Europa, más allá de los programas de clemencia.

En Estados Unidos, además, los programas de clemencia pueden ser aplicados a partir de la denuncia de individuos o de empresas, teniendo en cuenta que los individuos responsables de la creación y del funcionamiento del cártel tienen responsabilidades penales a las que hacer frente. En la UE no existe ese tipo de persecución penal a los directivos de empresas involucradas en cárteles⁸.

Esto hace que los modelos se alejen, puesto que en Estados Unidos, con los programas de *leniency* en funcionamiento, las empresas cartelizadas no solamente tienen que tener en cuenta que otras mercantiles pueden denunciar el cártel, sino que los propios empleados de la empresa tienen incentivos también para denunciar su participación en el cártel. Sobre todo, teniendo en cuenta que eso les permite a estos directivos librarse de periodos más o menos largos de cárcel.

Por otra parte, en Estados Unidos, si bien solamente el primer denunciante del cártel tiene la posibilidad de que se aplique el programa de clemencia, siempre que no sea un socio instigador del mismo, las empresas pueden aspirar a una reducción importante de las multas una vez iniciada la investigación sobre el cártel⁹. Del mismo modo, en Estados Unidos nunca se hace público cuál es la empresa o el individuo que denuncia la existencia del cártel y mucho menos el papel que ha jugado en el proceso de investigación y sanción. Además, los programas de *leniency* estadounidenses permiten declararse¹⁰ culpable, con lo que se reducen la multa y la inseguridad jurídica de las empresas, a través de un mecanismo que les permite saber las multas que finalmente les van a imponer en un plazo relativamente corto, que no tiene que ver con el procedimiento normal de un expediente sancionador¹¹. Por si fuera poco, el propio

⁸ Como ha recordado la Comisión Europea en su folleto de 2012 *The European Commission's leniency programme*, esto no significa que en algunas legislaciones nacionales se mantenga un sistema de sanciones a personas físicas que van desde la inhabilitación profesional hasta la prisión.

⁹ En la Comunicación de 2006 ya referida, la Comisión reconoce que si hay una aportación con valor añadido, aunque se haya iniciado el procedimiento sancionador y siempre que la aportación sea «a más tardar en la fecha de notificación del pliego de cargos», las empresas pueden ser beneficiarias potenciales de reducciones en las multas.

¹⁰ Si bien existen en la legislación *antitrust* norteamericana los *plea-bargaining*, es muy dudoso que estos influyan en la capacidad de disuasión del sistema de *leniency*, es decir, que tengan influencia en la política de disuasión de formación de cárteles que las empresas infractoras se declaren culpables, incluso bajo supuestos de existencia de errores tipo I. Todo lo que hace es reducir la incertidumbre sobre el resultado final de un procedimiento sancionador en marcha, pero no incide sobre la decisión de organizar o no organizar cárteles o de participar en ellos.

¹¹ En la UE, solamente «si, al término del procedimiento administrativo, la empresa ha cumplido [...] la Comisión dispensará del pago de la multa» (C 298/20). Por otra parte, «al final del procedimiento administrativo, la Comisión evaluará en su decisión la posición final de cada una de las empresas [...]» (C 298/22), en casos de reducción del importe.

Department of Justice norteamericano protege a las empresas en muchos casos de las reclamaciones civiles de terceros por daños y perjuicios ocasionados ¹².

3. En tercer lugar, al margen del modelo a seguir o complementariamente a él, hay un margen para el debate acerca de si finalmente los programas de *leniency*, en términos de interés general, encuentran un apropiado fundamento tanto por parte de la doctrina jurídica como de la ciencia económica.

Por tanto, dado que no queda claro cuál sería un modelo definitivo que pueda considerarse óptimo, este trabajo se va a plantear una revisión de algunos aspectos de interés, relacionados con los programas de clemencia y desde la perspectiva del análisis económico del Derecho.

En el epígrafe 2 se empezará discutiendo lo que parece más obvio en los programas de clemencia en defensa de la competencia, puesto que con arreglo a la legislación vigente estos programas solamente se pueden aplicar a cárteles. Parece oportuno revisar con qué definiciones y doctrina se está trabajando en relación con este concepto sustantivo para la aplicación de estos programas. Analizado el perímetro de lo que *grosso modo* constituye un cártel, el epígrafe 3 se centrará en la revisión de la literatura económica más teórica. En el cuarto apartado se introducirán algunas revisiones críticas, de carácter fundamentalmente empírico, sobre la experiencia de los programas de clemencia en la UE. Mientras que en el último epígrafe se sistematizarán algunos elementos, tanto de la literatura económica teórica como empírica, que hoy por hoy constituirían el conocimiento económico básico a tener en cuenta cuando se aplican estos programas.

2. LA EXISTENCIA DE UN CÁRTEL COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Es importante subrayar inicialmente que, tal y como señala el art. 65 LDC, para aplicar el programa de clemencia en la jurisdicción española tiene que haber infracciones que se originen en la propia existencia de un tipo de organización que denominamos cártel. Es decir, puede haber infracciones del art. 1 LDC, tales como intercambios de información, fijación de condiciones comerciales en común, incluso fijación de precios, sin que necesariamente medie una organización de cártel. Por lo que, en estos casos, no sería aceptable la aplicación los programas de clemencia. De otro modo, la existencia del cártel es la condición *sine qua non* para aplicar los programas de *leniency* ¹³.

¹² En el apartado 40 de la Comunicación de la Comisión de 2006 ya referida se hace mención a que «la divulgación de documentos y declaraciones escritas o grabadas recibidos en relación con la presente Comunicación operaría en detrimento de algunos intereses tanto públicos como privados».

¹³ Aunque no siempre ha sido así para la Comisión Europea, puesto que su Comunicación de 1996 era relativa a la dispensa de pago de las multas y la reducción de su importe «en los asuntos

Lógicamente aparece un asunto de interés, como es la definición de cártel. Parece razonable que hubiera una definición categórica que evitara equívocos a la hora de aplicar la legislación, especialmente cuando media un programa de amnistía de multas. En el caso de la autoridad española la definición¹⁴ se toma directamente de la utilizada por la Comisión Europea: «los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores»¹⁵.

Esta definición plantea tres tipos de cuestiones:

1. Si cualquiera de esas prácticas por separado, con el propósito de desfigurar el orden competitivo, es grave, lo más grave es que se den varias de ellas, de forma conjunta y con la clara intención de monopolizar el mercado de modo duradero, es decir, de cartelizarlo. Por eso, el cártel es la infracción más grave dentro de la gravedad de los posibles comportamientos colusorios.

Ahora bien, la monopolización no se hace simplemente con una fijación de precios o un intercambio de información. La cartelización exige una organización mínima, más o menos estable, más o menos extensa, más o menos rigurosa, más o menos centralizada, pero mediadora de un conjunto de acuerdos y prácticas anticompetitivas, más o menos diversos, donde no faltará una fijación de precios y un reparto de mercado —o de clientes—, que vaya controlando su cumplimiento y que vaya determinando las condiciones de periodos sucesivos, frente a una demanda conocida y contemplada como una unidad por todos aquellos operadores que se cartelizan.

En este sentido, llama la atención que cuando la Comisión Europea publica su «*leniency programme*», para su difusión en 2012, no dice que un cártel es una organización ilegal que gestiona acuerdos, también ilegales, para monopolizar el mercado; sino que un

relacionados con los acuerdos entre empresas» y, se podría apostillar, no solamente cárteles. Después, en 2002 y 2006, las Comunicaciones producidas se refieren exclusivamente a cárteles.

¹⁴ Esta definición la encontramos en la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 15/2007. Hay que decir que la Comunicación de la CNC de 2013 peca de algún modo de cierta retórica cuando quiere entrar en la cuestión del ámbito objetivo de aplicación del programa de clemencia. Especialmente en el desarrollo que tiene a partir del apartado 8 que dice que «los cárteles consisten en conductas colusorias entre competidores, reales o potenciales, prohibidas por el art. 1 de la LDC y tipificadas como infracciones muy graves». Para después hacer referencia a la Disposición Adicional 4.ª citada, pero solamente con el fin de señalar el carácter secreto de los cárteles y que tienen un objeto anticompetitivo. En el apartado 9 entra en su concreción y reproduce, aunque no en su exacto literal, la definición de la Comunicación de la Comisión de 2006. Acaba en el apartado 10 señalando que «lo más habitual» es que sea «una forma de colusión compleja y compuesta». La pregunta que cabe hacerse es si no tendrían que haber empezado por aquí la definición de cártel.

¹⁵ *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*. DOUE, 8 de diciembre de 2006, C298/17 ES.

cártel es «un tipo de acuerdo» que puede consistir en fijar precios, limitar la producción o repartirse mercados o clientes, incluyendo los *bid-rigging*. De modo que, con estas definiciones, un cártel es un acuerdo que no tiene por qué ser complejo —en el sentido de incluir necesariamente varios tipos de acuerdos sobre diferentes aspectos— y mucho menos contener algún tipo de organización que refleje esa intención de permanencia.

2. La sucesión de conjunciones disyuntivas en la definición de cártel le da más grados de libertad a la autoridad a la hora de actuar. Puede existir *leniency* si se acepta que un simple acuerdo de fijación de precios sin reparto de mercado constituye un cártel. Lo que no cabe duda es que las empresas siempre saben si forman parte de un cártel o no. Sin embargo, cuando cualquiera de esas prácticas cometidas separadamente puede ser considerada como un cártel, entonces aparece cierto grado de inseguridad jurídica, derivada de dos hechos: por un lado, la aparición de incentivos distintos, como el beneficio de la delación de otros competidores, solamente si se está en un cártel; por otro lado, cobra aquí una nueva dimensión la generosidad en la transmisión de la información, que pudiera considerarse —por el objeto— como prerrequisito fundamental y suficiente de la colusión explícita, al formar una base fundamental de la delación, detección o investigación de los acuerdos ilegales. Esta información, eventualmente, puede ser utilizada por algunos competidores como evidencia de un cártel, cuando en origen podría ser solamente un punto de arranque de un acuerdo o práctica colusoria. Pero también podría tratarse de un intercambio de información, por ejemplo, de evolución de costes o de evolución de la demanda de mercado, que a menudo favorece soluciones más eficientes en entornos competitivos. En este sentido, hay que tener claro que el mundo no se divide en dos: competir y compartir información, siendo ilegal el segundo a la luz de la legislación *antitrust*; sino que el mundo al menos se divide en tres¹⁶: competir, compartir información para competir más eficientemente y compartir información para coludir. Siendo coludir una actividad posterior que lleva implícita la de compartir información pero no al revés.
3. La indefinición puede desvirtuar la naturaleza del programa de clemencia y poner en peligro la eficacia de estos programas, al no tener claro el objeto del mismo. En este sentido, cabe preguntarse por qué no todos los acuerdos colusorios pueden ser objeto del programa de clemencia y no solamente los cárteles. De hecho, como se ha tenido ocasión de señalar ya, en la Comunicación de la Comisión de 1996 no se refería a cárteles. Hecho este que cambió en la Comunicación de 2002. La respuesta es que se trata de una organización que funciona en paralelo al mercado y que incide en él mediante distintos acuerdos con el propósito único de monopolización del mercado

¹⁶ ATHEY y BAGWELL (2001).

para sus socios, muy pernicioso para el interés general, sobre todo si logra estabilizarse.

A pesar de las dudas que puedan sembrar las definiciones utilizadas en diversas comunicaciones, incluso en la propia Disposición Adicional 4.^a de la actual LDC, no parece que el Consejo de la CNC haya tenido dudas al respecto, cuando ha tenido que establecer si estaba frente a un cártel o no. Al menos, en algunas de sus resoluciones esto queda suficientemente acreditado. Si bien se observa también cierto interés por ampliar la definición del ilícito lo máximo posible. Por ejemplo, si se toma el Fundamento de Derecho 4.º de la Resolución del Expediente S/0287/10, de 2 de agosto de 2012, encontramos una concreción de la definición de cártel que se aplica en la práctica: «puesto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas empresas ha consistido en el reparto del mercado y la fijación de precios [...]. Este cártel constituye una infracción única y continuada [...] con el único objetivo de mantener cerrado el mercado para su reparto [...]. Las comunicaciones están llenas de referencias al carácter regular y de «habitabilidad» de estas actuaciones. Las propias empresas se reconocían como grupo instituido [...]». La Resolución hace una oportuna referencia a la SAN de 6 de noviembre de 2009 en el asunto *Cajas Vascas*, con la intención de subrayar ahí que las distintas infracciones del art. 1 LDC se aúnan en ese único objetivo y tienen «una consumación progresiva y correlativa a la ejecución de los actos que conforman ese conjunto». Del mismo modo, el fundamento de la resolución se refuerza con la cita de la Sentencia del TJCE en el caso del recurso a la Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1994, donde se señala que las diversas acciones infractoras se inscriben en un «plan conjunto».

No parece que esté en discusión una organización mínima orientada a tal objetivo, ni que pueda sostenerse en el tiempo a través de prácticas anticompetitivas de tipo tácito, dada la necesidad tanto de fiscalizar el grado de cumplimiento del plan como de renovarlo para darle esa exigencia de continuidad temporal y «consumación progresiva y correlativa». Si bien, no es objeto de este artículo agotar los elementos de evaluación que permitan decir hasta qué punto es posible identificar un ilícito como el del cártel como parte del art. 1 de la LDC o del art. 101 TUE. Sin embargo, esa identidad es esencial para poder analizar un programa de *leniency* que se centra en su existencia.

A partir de aquí y hechas estas observaciones, supondremos que cualquier acción pública o privada es capaz de discernir un comportamiento colusorio simple de una estrategia de cartelización y, en esa medida, no habrá ninguna duda acerca de cómo y a quién aplicar el programa de clemencia.

3. LOS PROGRAMAS DE *LENIENCY* A LA LUZ DE LA LITERATURA ECONÓMICA ACTUAL

Asumiendo, por tanto, que siempre estamos ante la existencia de cárteles, se puede decir que hoy por hoy los programas de clemencia son consi-

derados de forma general —sin duda por parte de las autoridades de la competencia más importantes— como la principal herramienta para descubrir, perseguir, sancionar y eliminar cárteles.

Para poder evaluar los efectos de estas políticas de clemencia es preciso conocer lo que hasta ahora han dicho la doctrina jurídica y económica al respecto. En este apartado se realizará una revisión de lo fundamental y básico de esa doctrina desde la perspectiva de la teoría económica actual.

En primer lugar, se trata de una literatura especializada, que pone especial hincapié en analizar no solamente hasta qué punto se facilita la detección de cárteles o hasta dónde se reducen los costes de aplicación de la ley, sino que se interesa también por el análisis más a largo plazo de la disuasión general que producen los programas de clemencia, en función de diferentes políticas de defensa de la competencia.

El análisis económico de los programas de clemencia parte de la teoría económica de la sanción óptima. Básicamente, de aquellos elementos que configuran un determinado nivel de disuasión¹⁷, como son la severidad de la sanción y la probabilidad de ser denunciado y sancionado.

Una primera idea, derivada de las teorías de Gary BECKER¹⁸ sobre la sanción óptima, es que se busque la máxima sanción posible¹⁹, dada la probabilidad de ser denunciado y sancionado, que a su vez depende del esfuerzo investigador de la autoridad de la competencia. Elevar esa probabilidad²⁰ supone un aumento de costes, al menos si se mantiene constante la productividad. El punto de arranque, por tanto, es que hay una multa máxima asociada a una probabilidad de detección y sanción, siendo el producto de ambas lo que determina, en función de los beneficios económicos extraordinarios conseguidos por aquellos que coluden, hasta qué punto es disuasoria.

En clave de análisis económico de la sanción óptima y como primera aproximación, los programas de clemencia en general serán eficaces cuando sean capaces de mantener o reducir los costes de investigación de un modo que, manteniendo un nivel de multas máximo, la probabilidad de detección y sanción aumente. Por lo que, para un nivel de beneficios extraordinarios ilícitos, aparecen empresas que forman parte de cárteles con incentivos para denunciar su existencia y evitar una multa, ahora más probable.

¹⁷ Siempre hay que tener en cuenta que estamos situados en un marco legal en el que las sanciones tienen ese carácter disuasorio y no necesariamente retributivo; gobernado además por un inatacable principio legal de proporcionalidad, que en conjunto podría lastrar la eficacia de algunos modelos de aplicación de los programas de clemencia.

¹⁸ BECKER (1968).

¹⁹ Bajo la consideración de que una multa es una transferencia de renta de unos agentes a otros que no modifica el nivel de interés general, los costes de funcionamiento de la autoridad de la competencia sí que afectan a ese bienestar y, por consiguiente, un nivel máximo en las multas asegura el mínimo nivel de recursos dedicados a la investigación y sanción por parte de la autoridad, para un nivel dado de disuasión.

²⁰ BRYANT y ECKARD (1991) establecieron, a partir de un análisis de casos de la autoridad *anti-trust* norteamericana para el periodo 1961-1988, que la probabilidad máxima de que un cártel fuera detectado y sancionado se situaba entre el 0,13 y 0,17.

Lógicamente, la denuncia de la existencia de un cártel significa que los beneficios extraordinarios —descontados en el tiempo y netos de la probabilidad de ser descubiertos y multados— van a desaparecer y, en el mejor de los casos para estas empresas, aparecerá una corriente de beneficios, propios de una situación de competencia en la que el delator es posible que haya ganado mercado —cuotas, márgenes, etc.—, evitando además el pago de la multa, ahora cierta, o al menos una parte más o menos importante de la misma. Lo que sí parece claro, con independencia de cómo se haya desarrollado, es que hay una especificidad, dentro de la literatura económica de la sanción óptima, relativa al análisis económico de los programas de *leniency*.

Muy probablemente, el trabajo de MOTTA y POLO (2003) sea el que por primera vez sustancie la importancia del análisis económico de los programas de *leniency* en la legislación de defensa de la competencia²¹. En la investigación se pone de manifiesto que, en un entorno de «empresas simétricas» y bajo el marco analítico de la teoría de juegos, las empresas determinan cómo desarrollar una estrategia maximizadora de beneficios, una vez la autoridad de la competencia ha determinado su política de competencia. Lógicamente, en el desarrollo de esas estrategias se introduce la aplicación de los programas de *leniency*.

Para MOTTA y POLO²² hay un elemento básico que determina la existencia de estrategias colusorias o no por parte de ciertos sectores económicos o grupos de empresas. Este elemento resulta de la combinación de dos valores distintos de probabilidad, uno, ser investigado como cártel y, otro, ser sancionado una vez ha sido investigado²³.

Por tanto, la respuesta de la empresa al programa de *leniency* estará condicionada por dos niveles de probabilidad²⁴, el de ser detectado por la autoridad, con la consiguiente iniciación del procedimiento sancionador y, aparte, una vez detectado y acusado el cártel, el de ser finalmente sancionado.

La autoridad puede dedicar más o menos recursos a lo primero, es decir, a detectar e investigar cárteles, o a lo segundo, es decir, a resolver los casos detectados e investigados inicialmente. Siempre hay que suponer que el valor de probabilidad está directamente relacionado con la cantidad de recursos disponibles para el fin propuesto. Este valor, por otro lado, está dado

²¹ Esto no significa que no se considere de importancia el *working paper* de SPAGNOLO (2000) y que se citará en repetidas ocasiones. Sin embargo, porque hay un *working paper* preparatorio anterior de MOTTA y POLO y, también, por la sistemática del modelo presentado y por el carácter general de las conclusiones, aquí se ha considerado seminal el trabajo de MOTTA y POLO (2003).

²² MOTTA y POLO (2003), pp. 254-258.

²³ El valor de la multa final, en sintonía con lo más general de la literatura de la sanción óptima, sería la máxima y está dada. De modo que es el valor de probabilidad, junto con el nivel de beneficios extraordinarios ilícitos —también dado—, el que explica la existencia de una estrategia colusoria por parte de un grupo más o menos amplio de empresas del sector afectado.

²⁴ Sin embargo, en el modelo presentado, los valores de probabilidad no están afectados por la existencia o no del programa de *leniency*. Lo que hace irrelevante el programa de *leniency* a los efectos de la estrategia elegida inicialmente.

para todos los periodos²⁵. Si el presupuesto de la autoridad está dado, hay cierto *trade-off* entre unas tareas y otras, generando la autoridad distintas áreas de combinación de valores de probabilidad en función de cómo se asignen los recursos. Estas áreas son las que explican las tres estrategias referidas.

Establecido un plano que contiene todas las combinaciones posibles entre probabilidades, los autores señalan tres estrategias: estrategias no colusorias, estrategias colusorias que colaboran con la autoridad en el momento en el que se pone en marcha la investigación y estrategias colusorias no colaboradoras con la autoridad de la competencia.

Las estrategias no colusorias serían aquellas en las que hay una probabilidad alta de detección del cártel, junto con una probabilidad también alta de sanción. En estos casos no parece necesario un programa de *leniency*, dado que el comportamiento de la empresa será competitivo, puesto que cualquier posible solución colusoria acaba hipotéticamente en un producto de una probabilidad alta por una multa máxima, finalmente capaz de batir cualquier beneficio ilícito.

En segundo lugar, si la probabilidad de ser detectado e investigado llega a ser alta, pero el valor de probabilidad de ser sancionado es relativamente bajo, entonces la estrategia a seguir será la de la colusión sin colaboración con la autoridad, puesto que aunque sean detectados e investigados con un valor probabilístico alto, los cartelistas se enfrentarán a una probabilidad baja de ser sancionados, por lo que es muy posible que les compense el juego de coludir, pagar, competir temporalmente y volver a coludir pasado un tiempo. Al fin y al cabo, ninguno de los cartelistas ha quebrado la confianza de los demás.

Finalmente, si las empresas observan que el valor de probabilidad es bajo en detección e investigación por parte de la autoridad y la probabilidad de ser sancionado es alta, la apertura de un expediente sancionador genera incentivos a la colaboración con la autoridad, puesto que es lo racional para todos los cartelistas, siempre tomando como referencia las reducciones que tienen las multas y el número de posibles beneficiarios bajo un programa de clemencia. Hay que señalar que en el modelo propuesto no hay defección a priori por parte de los cartelistas. Incluso podría formar parte de los acuerdos colusorios, en un sentido lato, la colaboración con la autoridad, una vez investigados. Por lo que tampoco se rompería la confianza entre ellos para reorganizar el cártel en un momento posterior.

²⁵ HARRINGTON (2004) y HINLOOPEN (2006) han desarrollado modelos en los que se endogeniza la probabilidad para cada periodo. En estos modelos se consiguen elegantes y sencillas reglas dinámicas, que relacionan el valor de probabilidad con la tasa de descuento y determinan los niveles de disuasión que se pueden obtener. Entre ellas, que un aumento del valor de probabilidad obliga a un aumento considerable en aquella tasa de descuento que permite que el cártel sea estable internamente. Dada la corriente intertemporal de beneficios, que pueden ser de colusión o de competencia, si se denuncia o se rompe el cártel, la tasa de descuento es fundamental para entender hasta qué punto los cárteles pueden llegar a ser estables. Sabiendo, además, que sobre esa tasa de descuento no se puede influir.

A partir de estos tres entornos se pueden introducir otros elementos que quedarían más directamente afectados por el programa de clemencia. Uno de ellos sería el grado de reducción en las multas, en casos de colaboración con la autoridad *antitrust*. El otro sería el último momento en el que pueden ser beneficiarios del programa. El tercero estaría relacionado con el número de posibles beneficiarios del programa, el orden de entrada y las condiciones para poder ser beneficiario. La combinación de los tres determinaría hasta qué punto es posible alcanzar un programa de *leniency* óptimo.

En relación con las reducciones de multas, se considera que éstas deben ser generosas, puesto que cuanto más se alejen del valor final del producto de la multa por la probabilidad de detección y sanción, mayor será el incentivo a abandonar el cártel y denunciarlo²⁶.

Los autores señalan razones más complejas en una infracción de cártel que en otro tipo de infracciones, para las que se ha estudiado el efecto de las reducciones en las multas. Esta complejidad tiene que ver con su carácter de permanencia en el tiempo y, por tanto, con la relevancia del momento en el que se paga efectivamente la multa, también con el coste de oportunidad de los beneficios perdidos en función de una determinada tasa de descuento de la economía. Por eso para altas tasas de descuento, los incentivos a coludir son mucho mayores que en escenarios con bajas tasas de descuento. También es relevante señalar que un sistema generoso de reducciones de multas, dado un contexto determinado de tasas de descuento, puede suponer un importante incentivo a la colusión, cuyo castigo quedaría significativamente paliado por esa política de reducción.

En cuanto a la fecha límite para colaborar con la autoridad de la competencia, los autores consideran que si solamente se pueden conseguir las reducciones de las multas, aun siendo muy generosas, en un momento anterior al inicio de la investigación por parte de la autoridad de la competencia, el programa de *leniency* resultará absolutamente ineficaz.

Hay que pensar que, en el momento inicial, es decir, sin investigación abierta, la probabilidad de ser finalmente sancionado es el producto de dos probabilidades —cada una de ellas menor que uno—, la de ser investigado y la de ser sancionado una vez investigado. Por lo que, salvo que el producto de probabilidades sea alto —en cuyo caso no hay necesidad de un programa de clemencia, porque no habrá colusión, dado el resultado que obtiene la labor de investigación de la autoridad—, en los otros casos no tendría sentido denunciar la existencia del cártel antes de ser investigado, mientras que sí tendría sentido colaborar una vez se ha iniciado la investigación²⁷.

En cuanto al tercer elemento que se señalaba, relativo al número de empresas beneficiarias del programa de *leniency*, la literatura plantea que

²⁶ SPAGNOLO (2000) considera que un programa de clemencia efectivo de verdad tiene que considerar la posibilidad, no solamente de reducir las multas hasta quedar exento, sino incluso de entregar una recompensa a la mercantil que denuncie la existencia del cártel.

²⁷ En este caso, la probabilidad de ser investigado es el de un suceso seguro, es decir, multiplica por uno a la probabilidad de ser sancionado.

el principio de primer informante (*first comer*) como beneficiario del programa de ayuda contribuye mejor que otro a la optimización del programa de clemencia²⁸. Esto se ha hecho bajo el supuesto de que la carrera por ser el primero será un factor de desestabilización del cártel, que además reduciría el incentivo a la colusión que produce esa zona de colusión con colaboración. Junto a ello, también se aduce que el nivel de disuasión final es el mismo una vez que la primera empresa entregue información suficiente como para constituir una prueba que determine la existencia del cártel, sus características y sus miembros. Sin embargo, si el primer colaborador, entregando toda la información disponible, no resulta ser un testimonio y una prueba definitiva, en la práctica puede resultar más provechoso para la disuasión que sigan entrando beneficiarios en el programa, en la medida en que aporten «valor añadido», es decir, que contribuyan con más y mejores pruebas a la reconstrucción narrativa y probatoria del cártel por parte de la autoridad, antes de la decisión de sancionar.

Vistos así, los programas de clemencia tienen que contemplar, además de importantes reducciones sobre la multa máxima, la posibilidad de que los cartelistas colaboren con la autoridad una vez iniciado el procedimiento sancionador. La mejor prueba de ello es el caso de Estados Unidos y su programa inicial de 1978, que no comenzó a obtener resultados importantes hasta que en 1993 admitió esa posibilidad de reducciones una vez iniciado el procedimiento sancionador, si bien aplicable solamente al *first comer*.

Del trabajo de MOTTA y POLO²⁹, dado su carácter eminentemente teórico, también se puede establecer que si los recursos de la autoridad son importantes y consigue una probabilidad alta de detección de cárteles y una probabilidad alta de sanción de los detectados, entonces el programa de *leniency* resulta innecesario, sobre todo porque el nivel de colusión será muy reducido. Por otra parte, si los recursos de la autoridad de la competencia son escasos y se tiene una baja probabilidad de detección y una baja probabilidad de sanción, entonces la racionalidad económica llevará a la colusión, allí donde esta sea la mejor solución para los que participan en ella, del mismo modo que esa racionalidad económica llevará a la no colaboración de las empresas cartelizadas con la autoridad de la competencia.

En todo caso, hay un entorno de probabilidades que justifica la existencia de los programas de *leniency*, como una solución de *second best* para la autoridad de la competencia y siempre en función del acierto concreto con que se diseñe la política de clemencia, puesto que es muy posible que genere una reacción colusiva a la vez que colaborativa, cuyos resultados netos en términos de bienestar general no quedan meridianamente claros³⁰.

²⁸ SPAGNOLO (2000).

²⁹ MOTTA y POLO (2003), p. 375.

³⁰ El incentivo a denunciar a base de reducciones de multas que justificarían la deserción del cártel por parte de una o varias mercantiles, también sirve para subrayar el caso en el que las mercantiles son capaces de generar artificialmente información con el fin de subrayar la prueba de existencia del cártel, así como su posición y la de las demás mercantiles dentro del mismo.

Bien es cierto que no se puede ocultar que la existencia de incentivos internos en las propias empresas para incumplir los acuerdos irían más allá del modelo teórico propuesto³¹, como por ejemplo denunciar el cártel para ganar cuota de mercado, aunque después, y durante mucho tiempo, haya que mantener precios de competencia. Esto deja un margen mayor para que el desarrollo de programas de *leniency*, finalmente, obtenga buenos resultados en términos de interés general.

4. PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y CÁRTELES MÁS INESTABLES

Por tanto, también hay margen para preguntarse, más allá de lo señalado hasta ahora, qué contribuiría a afinar el análisis económico, de modo que los programas de clemencia tuvieran una mayor capacidad de desestabilización de los cárteles existentes³² y de disuasión en su formación, sabiendo que las fuerzas de mercado en un periodo razonable no van a eliminarlos y que se va acumulando una pérdida de bienestar general.

A pesar de tratarse de una solución de *second best* en un entorno de recursos escasos a disposición de la autoridad de la competencia, cuyos resultados dependen mucho de su arte final, algunos autores han señalado también que los programas de *leniency* pueden desestabilizar los cárteles, porque aquellos que conspiran en la organización ilegal pueden simultáneamente engañar dentro del cártel y solicitar la aplicación del programa de clemencia, obteniendo con ello algunas ventajas añadidas³³.

Así, resulta de interés un elemento que no se trata en MOTTA y POLO (2003) como es la importancia de ser un único delator o varios y las condiciones para acceder al programa de *leniency*, desde el punto de vista de los efectos en la desestabilización de cárteles. Si bien ya había sido tratado por SPAGNOLO (2000), como se ha tenido ocasión de señalar más arriba. Profun-

³¹ Una vez iniciado el procedimiento sancionador, el programa de *leniency* tendría sentido en los términos más literales de lo que se conoce en teoría de juegos como «el dilema del prisionero», es decir, la solución es delatar aunque no sea la mejor solución de entre todas las posibles. No obstante, la disuasión perseguida por los programas de *leniency* obliga a generar mayores incentivos para empresas que, siendo parte de cárteles, no son «prisioneros» de la autoridad. Es decir, generar incentivos distintos para que puedan denunciar cárteles antes de ser investigados y con ello generar un clima de desconfianza en cualquiera de ellos que los haga más inestables y que disuada su formación.

³² DE ROOS (2006) estudió con detalle el famoso cártel de la lisina. Encontró que había elementos internos en la formación del cártel que lo hacían inestable. Por ejemplo, llamaba la atención sobre la asimetría de las partes en el acuerdo y la dificultad para coordinarse adecuadamente y repetir en el tiempo el acuerdo de forma estable. Del mismo modo, observó que un análisis de cárteles y de los programas de clemencia se tiene que hacer desde un punto de vista dinámico, asumiendo cambios importantes en las estructuras de mercado. Lo que comporta también nuevos factores de inestabilidad de los cárteles.

³³ BUCCIROSSI y SPAGNOLO (2006), con la utilización de modelos de teoría de juegos, apuntan también a que programas de *leniency* de tipo «moderado», es decir, con reducciones en las multas no muy importantes y un abanico de beneficiarios potenciales sin más, puede generar mecanismos de gobernanza en el cártel para estabilizarlo más, incentivando más que disuadiendo la formación de cárteles, puesto que ese mecanismo no aparecería de ningún modo si no existiera el programa de clemencia.

dizando en esta línea, BLUM, STEINAT y VELTINS (2008) ponen de manifiesto que en ciertos cárteles, convertirse en el primer solicitante de clemencia puede suponer en términos de incentivos una estrategia compatible con una ruptura del cártel y una guerra de precios. Esto no haría, de acuerdo con los autores, sino darle ventaja en el futuro, al obtenerla después de haber sido el primero y el único en atacar con precios más bajos que los del cártel y causar un daño financiero al que ahora es su competidor. En otros casos puede suponer aprovechar economías que derivan de la nueva cuota de mercado conseguida, como sería el caso analizado por BLUM, STEINAT y VELTINS (2008) del cártel del cemento alemán, que el *Bundeskartellamt* sancionó con más de 600 millones de euros en 2003.

Otros trabajos, como el de MILLER (2009), si bien asumen que los programas de clemencia pueden desestabilizar los cárteles, porque los conspiradores pueden explotar este tipo de política para elevar el coste de sus rivales en los periodos subsiguientes, subrayan también que los programas de *leniency* ponen de manifiesto el efecto evidente que tienen en la política de competencia de un país. En su estudio utiliza una muestra de cárteles detectados en el periodo que va desde 1993 hasta 2005 en Estados Unidos y utilizando una regresión de Poisson en su forma reducida, observa que, efectivamente, el número total de cárteles descubiertos aumenta a partir de la fecha de introducción del programa de *leniency* y que un tiempo después la tasa de cárteles descubiertos cae incluso por debajo del nivel que tenía en la fase anterior a la entrada en funcionamiento del programa de *leniency*. De este modo el autor señala que el «patrón es consistente con la mejora de la detección de carteles y la capacidades de disuasión»³⁴.

Para MILLER la introducción de un nuevo programa de clemencia proporciona un *shock* exógeno que identifica el efecto de la *leniency* sobre la formación y la detección de cárteles. En sus resultados obtiene que los cárteles descubiertos aumentan en número inmediatamente con la introducción del programa de clemencia (consistente con un nuevo sistema que favorece la detección) y que los descubrimientos de cárteles, después de un tiempo de la introducción del programa, caen por debajo de su nivel inicial (consistente con un nuevo sistema que fuerza la disuasión en la formación de carteles).

No obstante, el propio autor advierte de dos cosas relevantes en su estudio. La primera que trabaja con una serie temporal simple, con un cambio exógeno en la política de competencia, siendo mucho mejor poder realizar una aproximación *cross-section* para una identificación más robusta. Lo que le obligaría a otro tipo de análisis y la toma de datos igual de consistente de otras jurisdicciones de competencia distintas de la norteamericana.

Por otro lado, asume que para que el trabajo tenga algún valor los cárteles descubiertos tienen que ser una muestra representativa de todos los cárteles existentes en la economía. Efectivamente, la investigación se desarrolla con una función de distribución que supone una determinada propor-

³⁴ MILLER (2009), pp. 765.

cionalidad o representatividad a la muestra, que son los cárteles descubiertos y perseguidos por la autoridad, lo que no deja de ser un salto cualitativo importante, dada la manifiesta ignorancia acerca del nivel de cartelización real de la economía.

De hecho, sus propios resultados podrían interpretarse como que el programa de *leniency* en Estados Unidos supone un cambio en los incentivos de las empresas cartelizadas, de modo que aparecen más cárteles propicios a ser denunciados, dado el diseño, pero no necesariamente otros muchos cárteles existentes que incluso encuentran un respiro a su estabilidad, una vez que la autoridad de la competencia ha diseñado y puesto en marcha su sistema. Razón por la cual MILLER observa una caída posterior en el número de casos, incluso inferior al periodo previo al programa.

Es relevante a estos efectos el trabajo de BIGONI *et al.* (2012), que podríamos considerar dentro de la literatura económica experimental y en el marco teórico de juegos repetidos, en un mundo de competencia a la Bertrand, donde los programas de clemencia aumentan la disuasión, pero estabilizan más los cárteles que sobreviven, más allá de lo que lo haría un régimen de *laissez-faire*.

Si esto fuera así, el resultado, una vez más, en términos de bienestar no estaría claro. Por eso, estos autores prueban a llevar más allá el sistema de reducciones de multas, introduciendo la figura de las recompensas en caso de defección y denuncia del cártel por parte de uno o algunos de sus miembros, como ya había señalado SPAGNOLO (2000). No obstante, en sus conclusiones se señala que, con programas de *leniency* en los que se contemple la posibilidad de recompensas, es más improbable que el cártel vuelva a aparecer y que los precios caigan significativamente, siempre y cuando las multas sean utilizadas como recompensas para aquellos que deciden salirse del cártel y denunciarlo a la autoridad de la competencia, siendo el resultado en términos de bienestar general positivo.

Esta línea de análisis de programas de clemencia con la posibilidad de introducir recompensas, también ha sido explorada por AUBERT, REY y KOVACIC (2006), si bien dando un paso más e introduciendo en los modelos, con teoría de juegos repetidos al modo de los otros trabajos ya comentados, la posibilidad de recompensar a los empleados de las empresas y no solamente recompensado a las empresas informantes. El resultado del modelo, también teórico, es que si se introducen recompensas a los empleados y el número de los empleados que conocen el acuerdo colusorio de la empresa es relativamente amplio, entonces el nivel de disuasión es elevado.

También señalan que si se hace extensivo el sistema de recompensas a los instigadores y líderes de los cárteles, la eficacia del programa de clemencia aumenta. Del mismo modo, son conscientes de que un programa de clemencia con recompensas podría generar un problema de intercambio de información entre empresas y que redundaría en una pérdida de eficiencia, en tanto que las empresas, no solamente las cartelizadas, dejan de colaborar en aquellos aspectos legales que promueven la mejora técnica, la comercia-

lización, etc. No obstante, entienden que este problema se minimizaría si se estableciera un programa de multas para todas aquellas denuncias que resultaran ser falsas.

Abundando en la literatura de la economía del experimento y dentro de la corriente de autores que consideran las recompensas dentro del programa de clemencia, es destacable el trabajo de YAMAGUCHI, KAWAGOE y SHIBATA, (2009). Se plantean estudiar tres supuestos de cartelización y efectos de los programas de *leniency*.

El primero de ellos, tradicional en la literatura de cárteles, es el referido a la estabilidad del cártel en función del número de empresas. El resultado es el esperado, es decir, cuanto mayor es el número, mayor es la dificultad para sostener la colusión en el tiempo.

El segundo se refiere al número de beneficiarios posibles del programa de clemencia. Contrariamente a otras aportaciones, en esta investigación no es relevante la estructura de beneficiarios desde el punto de vista del resultado en términos de mayor o menor disuasión.

El tercero hace referencia a los sistemas de reducciones de multas o de recompensas. Se subraya aquí la corroboración de las hipótesis barajadas en los modelos de SPAGNOLO (2000) y BUCCIROSSI y SPAGNOLO (2006), en el sentido de confirmar que los programas de clemencia que se planteen sistemas de recompensa a los informantes refuerzan los resultados en términos de detección y de disuasión.

En otro orden de variables relacionadas con la estabilidad de los cárteles y las políticas de clemencia, algunos trabajos se han centrado en las relaciones de los valores de probabilidad de detección de cárteles y las tasas de descuento que hacen compatible la estabilidad interna de esos cárteles.

En concreto, es del máximo interés el trabajo de HINLOOPEN (2006), ya citado antes. Dentro de un modelo de superjuegos de colusión, en los que puede cambiar de un periodo a otro el valor de probabilidad que se asigna a la autoridad de la competencia a la hora de detectar cárteles, HINLOOPEN observa que, efectivamente, un pequeño aumento en la probabilidad de detección supone un incremento importante en la tasa de descuento que hace internamente estable el cártel. Lo que sugeriría en principio un tipo de política de clemencia centrada en algunos sectores, en los que gradualmente iría aumentando la probabilidad de detección de colusión, es decir, de los que se acabaría conociendo mejor su dinámica competitiva y, en consecuencia, los parámetros que determinan la existencia o no de colusión dentro del mismo.

Sin embargo, utilizando las mismas reglas y relaciones entre ese valor de probabilidad y la tasa de descuento, HINLOOPEN encuentra mucho más interesante desarrollar una política de clemencia orientada a conseguir valores de probabilidad positivos en una gran cantidad de sectores, dado que esto multiplicaría el valor mínimo de la tasa de descuento que permite que los cárteles sean internamente estables.

5. CANTIDAD Y EFICACIA EN LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA: ALGUNAS APORTACIONES CRÍTICAS DE CARÁCTER EMPÍRICO EN RELACIÓN CON LA EXPERIENCIA EUROPEA

Más allá de la literatura teórica, la eficacia de los programas de *leniency* en el seno de la Comisión Europea ha sido discutida, al menos en cuanto a su alcance real, por algunos autores³⁵. Así, STEPHAN (2008)³⁶ plantea que, antes de la Comunicación de 2002, una parte importante de la exitosa aplicación del programa de *leniency* estuvo muy relacionada con una información previa disponible que procedía de casos ya iniciados en Estados Unidos y que se correspondían con organizaciones cartelísticas de carácter internacional; y cuando no fue así, con cárteles que habían dejado de existir o estaban a punto de extinguirse por razones económicas impuestas por los propios mercados.

En concreto, STEPHAN³⁷ aprecia que de los 34 casos de cárteles sancionados por la UE en el periodo que va desde el inicio del programa de *leniency* en 1996 hasta el año 2007 —siempre que la investigación comenzara antes de la reforma del programa europeo de clemencia, con la Comunicación de 2002—, en 23 casos se aplicó el programa de *leniency* y, de ellos, en 19 las empresas informantes consiguieron la supresión o la reducción de la multa. Lo que resulta más curioso es que en 15 de esos casos se diera la circunstancia de que había ya una investigación abierta en Estados Unidos y que se trataba, claro está, de cárteles internacionales, que supusieron casi el 50 por 100 de las multas impuestas por cárteles en ese periodo.

Por otra parte, se observa que en ese periodo se da una concentración importante de casos en torno al sector químico³⁸, poniendo de manifiesto que, en el transcurso de las investigaciones para determinados productos cartelizados —en concreto, a partir del cártel de la lisina—, se pudieron obtener documentos que permitieron descubrir otros productos y merca-

³⁵ En el caso español, sería demasiado prematuro sacar conclusiones acerca de su modelo, teniendo en cuenta que se puso en marcha en septiembre de 2007. No obstante, si contabilizamos los expedientes resueltos en los que están implicados cárteles, desde entonces hasta los que se puede acceder a la resolución en julio 2013 —se hace la cuenta de 28, incluyendo los declarados como tales y aquellos otros que, si señalarse expresamente en los fundamentos de derecho, se describen como acuerdos de precios con reparto de mercados e incluyendo aquellos resueltos con posterioridad a septiembre de 2007, aunque no estuviera vigente el programa de clemencia en el momento de incoar el expediente, pero sí recursos dedicados de la CNC a su investigación y sanción—, la mitad de los resueltos han sido sin programa de clemencia, por investigación de oficio o por denuncia de parte. Si bien, si contabilizamos desde el primer expediente resuelto con programa de clemencia, S/0084/08, *Fabricantes de Gel*, con fecha de resolución el 21 de enero de 2010, el número final de expedientes de cártel baja a 22. De este total, 14 fueron con aplicación del programa de clemencia, cinco fueron por denuncia de parte y tres fueron por investigación de la CNC, si bien en los tres había precedentes de expedientes sancionadores del mismo mercado. Lo que pone de manifiesto la dificultad para detectar cárteles y los efectos, al menos cuantitativos, del programa de clemencia.

³⁶ En una línea parecida, al menos en la primera parte del artículo, se postulan BLUM, STEINAT y VELTINS (2008).

³⁷ STEPHAN (2008), p. 543.

³⁸ STEPHAN (2008), p. 546.

dos cartelizados en los que participaban esas mismas empresas investigadas —entre ellos el cártel múltiple de las vitaminas—³⁹. De los otros ocho casos, cuatro estuvieron relacionados con la industria de la cerveza en distintos países y vinieron propiciados por la colaboración de la asociación empresarial europea.

También hay que observar que, en la mayoría de estos casos, el cártel había fracasado o había sido incapaz de elevar los precios⁴⁰. En este sentido, se podría decir que el programa de *leniency* entra en funcionamiento después de que el mercado haya conseguido o esté a punto de doblegar a los cartelistas.

No obstante todo lo anterior, se reconoce que con la Comunicación de 2002 —extensiva a la Comunicación de 2006, que sigue la misma línea reformadora— se observa una línea más independiente, en cuanto a casos, del programa norteamericano, si bien los incentivos que generan uno y otro programa son desiguales aún⁴¹.

Por eso, debería ser una preocupación importante de las autoridades de la competencia el hecho de que un número importante de casos bajo el programa de *leniency* sigan siendo de cárteles que han fracasado ya o estaban a punto de hacerlo. Según STEPHAN, si se hiciera este uso del programa de *leniency*, es dudoso que simultáneamente pudiera tener un gran impacto disuasorio.

Es decir, las empresas podrían estar utilizando el programa de *leniency* como una forma de descontar el coste de acometer la infracción a la que tendrían que hacer frente, una vez que el juego está a punto de terminar. Por otra parte, el programa de *leniency* sería una forma de que la empresa informante penalice a aquellos que antes eran sus socios pero, ahora, gracias al funcionamiento del mercado, se han convertido de nuevo en sus competidores⁴².

³⁹ Más allá de este hecho, más o menos anecdótico, es relevante observar que donde hay sectores con productos diferenciados o producción multiproducto, el programa de *leniency* produce unas importantes economías de escala para la autoridad de la competencia, a partir de esa inspección o investigación inicial derivada de la declaración voluntaria de alguna o algunas de las compañías cartelizadas.

⁴⁰ STEPHAN (2008), p. 544.

⁴¹ En esta misma línea argumental, se podría decir que el aumento de casos a partir del año 2000 puede ser explicado en razón de acontecimientos económicos y políticos que estuvieron presentes durante ese periodo. Se citan como ejemplo la irrupción de nuevos competidores muy fuertes en los mercados internacionales, sobre todo los procedentes de China. Además de un modificación importante de la demanda, que abandona sectores tradicionales y se sitúa en otros de nueva oferta, más atractivos desde el punto de vista de la tecnología y las preferencias en general.

⁴² El hecho de que la Comunicación de la Comisión Europea de 2002, reiterado en la Comunicación de 2006, abandonara la idea de una desigual responsabilidad en la formación y funcionamiento de los cárteles, es decir, aquellos que en 1996 se denominaron los instigadores del cártel o aquellos que tuvieran un papel determinante en su formación y funcionamiento, obliga a pensar que el interés público de la defensa de la competencia y a más largo plazo el de la disuasión, dominan sobre el interés público de la sanción. Sin embargo, en casos de cárteles en los que hay claro líder que además concentra buena parte de la información y de la toma de decisiones —de un modo centralizado—, la pérdida de esta figura jurídica del instigador supone darle más grados de libertad no solamente para que forme y desarrolle el cártel sino también para que decida el momento y la forma en el que el cártel

A todo ello se añade⁴³ un grave inconveniente, como es el tope impuesto en las sanciones de la Comisión Europea y que se corresponde con el 10 por 100 sobre el volumen total de ingresos del último año del que se tienen datos de la empresa. Esto determina que el nivel de las sanciones en determinados casos pueda no resultar suficiente, con la vista puesta en un objetivo disuasorio más de largo plazo. Sin dejar de lado tampoco que un alto grado de transparencia y predictibilidad tiene que jugar a favor de los programas de *leniency*, pero también se deben evitar derivaciones civiles una vez la empresa reconoce que ha participado en un cártel y entrega pruebas de ello⁴⁴.

6. A MODO DE RESUMEN: HACIA UN MODELO DE PROGRAMA DE CLEMENCIA ÓPTIMO

La literatura teórica apunta en primer lugar hacia escenarios colusorios distintos, generados por la propia actuación de la autoridad de la competencia, a partir de los recursos públicos destinados a esta actividad y de las decisiones que se toman acerca de cómo utilizar esos recursos.

En concreto, hay entornos en los que los programas de *leniency* no son tan necesarios. Se trata de aquellos escenarios donde la probabilidad de que el cártel sea investigado y sancionado es lo suficientemente alta como para que las empresas decidan no coludir y competir en el mercado.

Desde esta perspectiva, la aparición de programas de clemencia se considera como un *second-best*, solamente apropiado para aquellos escenarios en los que la probabilidad de detección e investigación, así como la probabilidad de sanción no son tan altas.

Evidentemente, si las probabilidades por separado no son altas, su producto todavía es menor, por lo que las empresas tienen fuertes incentivos a coludir y esperar, sin colaborar, a que de hecho la autoridad detecte e investigue el cártel. Esto significa que los programas de *leniency* serán muy poco eficaces si se plantea un programa de reducción o exención de multas solamente para aquellos que denuncian su pertenencia a cárteles antes de que la autoridad los haya detectado. Por lo que se plantean programas de *leniency* que es mejor contemplar la posibilidad de reducciones de multas una vez iniciado el procedimiento.

Ahora bien, estos sistemas de reducciones generosas de multas, una vez iniciado el procedimiento sancionador y para un número indeterminado de beneficiarios, pueden generar incentivos a la colusión con colaboración. Como consecuencia de ello, hay una zona de grises en la que ciertos di-

se ha terminado, puesto que muy probablemente en estos esquemas organizativos más centralizados, el instigador o miembro determinante del cártel tiene mucha más información —y mejor— que los demás.

⁴³ STEPHAN (2008), p. 559.

⁴⁴ STEPHAN (2008), p. 560.

seños de programas de clemencia no aseguran una ganancia de bienestar social neto, precisamente por esos incentivos contradictorios que pueden potenciar los programas. Por ejemplo, un excesiva dedicación de recursos a denuncias de cárteles muy inestables o ya desaparecidos que favorecen la posición competitiva del denunciante, pero no la del mercado que ya funciona competitivamente.

Aunque sí queda claro el *shock* que genera el programa de clemencia en la actividad de la autoridad y en los resultados obtenidos. Con el fin de eliminar esos posibles resultados dudosos en términos de bienestar, una parte de la literatura ha desarrollado modelos en los que se contempla la posibilidad de introducir recompensas, más allá de la reducción o la exención de multas. Recompensas para las empresas denunciantes del cártel e incluso recompensas para personas físicas que denuncien su existencia. Junto con el evidente incentivo de sumar a la corriente de beneficios de la empresa que se desvíe del acuerdo de cártel, también se observa el efecto desestabilizador que produciría dentro del mismo.

Por otra parte, la literatura teórica analizada entiende que un primer y único beneficiario del programa asegura en principio un mayor nivel de desestabilización de los cárteles, además de reducir los incentivos a la colusión que produce el sistema de multas reducidas para muchos y una vez iniciado el procedimiento sancionador. Sin embargo, también repara en que la probabilidad de sanción, con los mismos recursos, puede aumentar si se permite que otros beneficiarios vayan completando los elementos de prueba de existencia y funcionamiento del cártel.

Otra variable a tener en cuenta en los programas de *leniency* es la tasa de descuento que manejan las empresas. Dado que altas tasas de descuento generan incentivos a la colusión, hay una relación entre la probabilidad de sancionar el cártel y esa tasa de descuento, de modo que un incremento en la probabilidad obliga a un incremento considerable en la tasa de descuento que justifica la racionalidad económica de coludir y no colaborar. Una conclusión de estas relaciones es que las sucesivas investigaciones a sectores cartelizados dan un nivel mayor de probabilidad de sanción y por tanto aumentan la disuasión. Ahora bien, de ello no se sigue que la política de defensa de la competencia tenga que concentrar sus recursos en estos sectores, porque una política de elevar el nivel de probabilidad de detección y sanción general en un proporción menor que la sectorial puede incrementar notablemente el nivel de disuasión, dada la tasa de descuento crítica más alta a la que se enfrentan todos y cada uno de los sectores cuando se plantean la colusión.

Finalmente, la literatura empírica ha puesto de manifiesto que las normas legales aplicadas pueden alejar los programas de *leniency* de lo que sería su modelo óptimo. Por supuesto, no existe posibilidad de recompensa, por lo que los modelos se sitúan en el territorio de la reducción o la exención de multas. Sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad y la configuración de los sistemas sancionadores como sistemas de disuasión y no de retribución, introducen cláusulas que alejan los programas

de *leniency* de conceptos como multa disuasoria, limitando su importe a un porcentaje de los ingresos totales del último ejercicio, lo que puede dejar sin conexión este importe y el resultado ilícito obtenido, por muy bajo que sea el valor de probabilidad.

De hecho, la revisión de esta literatura permite subrayar también la posibilidad de que un mal diseño lleve a que el programa de *leniency* solamente sea efectivo para anticipar la caída de aquellos cárteles que, por inestables, el mercado acabaría con ellos en un corto plazo.

Se trataría en este caso de un juego que no está claro que alterase el resultado final en términos de bienestar general, puesto que se crearía cierta rigidez en relación con el número de cárteles por descubrir y los cárteles descubiertos, que serían cárteles no muy sólidos, con menor margen para elevar los precios por encima del nivel de competencia o incapaces de establecer condiciones comerciales al margen de las posibles reacciones de los mercados en los que están incursos.

En última instancia, podría ocurrir que, aun logrando un nivel de disuasión aparente, por el número de casos, los programas de clemencia no fueran capaces de aumentar el bienestar general de forma notoria, objetivo último de la lucha contra los cárteles o contra cualquier tipo de práctica empresarial contraria a la libre competencia.

Esto tiene un interés añadido, puesto que cuando la autoridad percibe un aumento de trabajo por las denuncias de cárteles, por mor del programa de clemencia, obtiene mejores resultados que antes. Pero si el presupuesto tiende a mantenerse o a reducirse, puede ocurrir que el esfuerzo investigador, más allá de las denuncias al amparo del programa de *leniency*, también se reduzca. Con lo que no solamente se refuerza la colusión existente en los cárteles más estables, sino que al reducirse la probabilidad de ser sancionados, incluso con aumento de las multas, aparecen incentivos a la colusión de otros grupos de competidores que antes no justificaban la constitución de un cártel. Por consiguiente, como se señalaba anteriormente, los programas de *leniency* podrían estar favoreciendo solamente la denuncia de cárteles de por sí inestables, pero no de aquellos más dañinos para el bienestar general. Es decir, aquellos que consiguen una organización y unos *mark-ups* tan importantes que no quedan afectados por los programas de clemencia y sí por un menor esfuerzo investigador por parte de la autoridad.

En definitiva, la cuestión más relevante no es que los programas de clemencia estén propiciando que salgan a la luz más cárteles que antes de su existencia. Lo verdaderamente importante es saber el tipo de cártel que sale a la luz a partir de un determinado diseño de los programas de clemencia. Por deducción, también sería importante saber cuáles, a su amparo, podrían estabilizarse más, cuestión no obstante muy dudosa de poder ser averiguada en toda su extensión.

BIBLIOGRAFÍA

- ATHEY, S., y BAGWELL, K. (2001): «Optimal Collusion With Private Information», *RAND Journal of Economics*, 32, pp. 428-465.
- AUBERT, C.; REY, P., y KOVACIC, W. E. (2006): «The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels», *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 1241 a 1266.
- BUCCIROSSI, P., y SPAGNOLO, G. (2006): «Leniency policy and illegal transactions», *Journal of Public Economics*, 90, pp. 1281-1297.
- BECKER, G. (1968): «Crime and punishment: An economic approach», *Journal of Political Economy*, 76 (2), 169-217.
- BIGONI, M.; FRIDOLFSSON, S-O.; LE QOQ, Ch., y SPAGNOLO, G. (2012): «Fines, leniency, and rewards in antitrust», *RAND Journal of Economics*, 42, 2, pp. 368-390.
- BLUM, U.; STEINAT, N., y VELTINS, M. (2008): «On the rationale of leniency programs: a game theoretical analysis», *European Journal of Law and Economics*, 25, pp. 209-229.
- BRENNER, S. (2009): «An empirical study of the European corporate leniency program», *International Journal of Industrial Organization*, 27, pp. 639-645.
- BRYANT, P. G., y ECKARD, E. W. (1991): «Price fixing: the probability of getting caught», *The Review of Economics and Statistics*, 73, pp. 531-536.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2012): *Resolución Expediente S/0287/10, Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012, Madrid.
- DE ROSS, N. (2006): «Examining models of collusion: the case of lysine», *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 1083-1107.
- HAMAGUCHI, Y.; KAWAGOE, T., y SHIBATA, A. (2009): «Groups side effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs», *International Journal of Industrial Organization*, 27, pp. 145-165.
- HARRINGTON JR., J. E. (2004): «Cartel pricing dynamics in the presence of an anti-trust authority», *RAND Journal of Economics* 35(4), pp. 651-673.
- HINLOOPEN, J. (2006): «Internal cartel stability with time-dependent detection probabilities», *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 1213-1229.
- MOTTA, M., y POLO, M. (2003): «Leniency programs and cartel prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, 21, pp. 347-379.
- SPAGNOLO, G. (2000): *Optimal Leniency Programs*. Nota di Lavoro 42.2000, Fondazione ENI Enrico Mattei, Milán.
- STEPHAN, A. (2008): «An Empirical Assessment of the European Leniency Notice», *Journal of Competition Law and Economics*, 5 (3), pp. 537-561.