

La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*

Patricia Pérez Fernández

Facultad de Derecho
Universidad de Castilla-la Mancha

Abstract

Las políticas de clemencia son en la práctica un instrumento esencial para el descubrimiento de los cárteles. Un incremento de las acciones de resarcimiento interpuestas por los perjudicados por los ilícitos anticompetitivos podría influenciar negativamente la calidad de las pruebas presentadas por las empresas infractoras o incluso disuadir a las mismas de hacer uso de los programas de clemencia, puesto que este tipo de programas pueden derivar en una exención o reducción de la multa que pudieran interponer en caso contrario las autoridades competentes, pero no tendrán efectos en el ámbito privado y al publicarse la autoridad del infractor podrían multiplicarse de forma notable este tipo de acciones indemnizatorias. De ahí que resulte esencial prever mecanismos que eviten situar a los solicitantes de clemencia en una situación desventajosa en comparación con las empresas que no cooperan con las autoridades administrativas. Para mantener el atractivo de los programas de clemencia de cara a las empresas infractoras y a su vez garantizar el derecho de los perjudicados a obtener una indemnización por los daños, la legislación positiva puede intervenir en relación tanto al descubrimiento de los elementos probatorios como a la cuantía que los solicitantes de clemencia tienen que satisfacer en concepto de indemnización de los daños a las víctimas.

Leniency policy is a key tool in cartel enforcement for the antitrust authorities. An increase in actions for damages brought by the victims of anticompetitive conducts could have a negative influence on the quality of the submissions, or even dissuade an infringer from applying for leniency altogether, since leniency programs could only lead to an exemption or reduction of the fine, but they do not affect actions for damages and the publishing of the infringer or infringers could significantly multiply such actions for damages. Hence, it is essential to provide mechanisms to avoid placing leniency applicants at a disadvantage compared to companies that do not cooperate with the administrative authorities. To maintain the attractiveness of leniency programs and at the same time ensure the right of injured parties to seek compensation for damages, the law can interfere at both the discovery of the evidence, preventing disclosure of leniency applications, and it could decrease the amount leniency recipients have to pay to the victims for the damages caused.

Título: La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust

Title:

Palabras clave: políticas de clemencia, aplicación privada, descubrimiento de pruebas

Key words: leniency policy, private enforcement, disclosure

Sumario

1. Introducción
2. Origen e importancia de los programas de clemencia
3. Mecanismos para coordinar los fines de los programas de clemencia y las acciones de resarcimiento de daños
 - 3.1. El acceso a los documentos relacionados con las solicitudes de clemencia
 - 3.2. La reducción de la cuantía de la indemnización de daños como mecanismo de coordinación entre las políticas de clemencia y la aplicación privada
4. Propuestas de coordinación de las políticas de clemencia y la aplicación privada del Derecho de la Competencia
5. Tabla de sentencias
6. Bibliografía

1. Introducción

En principio tanto los programas de clemencia como las acciones de resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de un ilícito anticompetitivo persiguen el mismo objetivo de incrementar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia. No obstante, destaca como uno de los principales obstáculos para que tanto de las acciones privadas de resarcimiento de daños como las políticas de clemencia prosperen en la práctica, que el incremento de dicha aplicación privada¹ pueda afectar de manera negativa a las declaraciones autoinculpatorias en el marco de este tipo de políticas por parte de las empresas que hubiesen participado en un cártel o acuerdo colusorio². En este sentido, uno de los inconvenientes principales que se ponen de manifiesto en relación al uso en la práctica de los programas de clemencia es que la colaboración por parte de las empresas infractoras con las autoridades públicas, confesando la existencia de un cártel o bien aportando pruebas con un “valor añadido significativo”, tiene efectos en relación al expediente sancionador administrativo, que puede derivar en una exención total o reducción del importe que la empresa ha de pagar en concepto de multa sancionadora, pero no con respecto a la responsabilidad civil por daños y perjuicios que se puede derivar frente a los perjudicados singularmente considerados, además del acceso de estos últimos a los documentos que la empresa infractora hubiese aportado a la autoridad de defensa de la competencia en el marco de los programas de clemencia³. Además, en el supuesto de concederse una exención o reducción de

¹ La tendencia general que se observa tanto por parte del ordenamiento jurídico comunitario, como por las medidas legislativas adoptadas en los distintos ordenamientos jurídicos anticompetitivos de los Estados miembros es fomentar la aplicación privada. En relación al fomento de la aplicación privada del Derecho de la Competencia por la Comisión europea véase ALMUNIA (2011, pp. 44 y ss.) y también, desde la perspectiva del riesgo que dicho fomento supone para el uso de los programas de clemencia por parte de las empresas, RILEY (2010, p. 195). Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha afirmado tanto en la sentencia del caso *Courage* de 2001 (STJUE de 20.9.2001, asunto C-453/99) como en la Sentencia del caso *Manfredi* de 2006 (STJUE de 13.7.2006, asuntos acumulados C-295/04 y C-298/04) que cualquier persona o empresa tiene derecho a interponer una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios frente a la empresa o empresas que le hubiesen causado ese daño como consecuencia de una vulneración de la normativa comunitaria de defensa de la competencia.

² Véase, entre otros, HODGES (2006, p. 1390). El citado autor señala incluso que “es prácticamente imposible reconciliar enfoques tan radicalmente distintos”. El autor considera que las políticas de clemencia son instrumentos muy importantes para que la autoridad administrativa competente pueda descubrir la existencia de los cárteles y que se trata de un instrumento que es difícil que se pueda integrar en un sistema de aplicación privatizada en el que la aplicación de la normativa anticompetitiva pasa a ser competencia de los órganos jurisdiccionales competentes en su caso.

³ Esta divergencia es mencionada expresamente en el apartado nº 39 de 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), que es la Comunicación que establece el vigente sistema por el cual se recompensa a nivel comunitario la cooperación con la Comisión en sus investigaciones en materia anticompetitiva por parte de empresas que forman partes o hubiesen formado parte de acuerdos colusorios secretos que afectan a los intereses de la Unión europea. Dicho apartado establece expresamente que “el hecho de que se conceda una dispensa del pago o una reducción del importe de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en una infracción del artículo 81 del Tratado CE” (actual [art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), en adelante TFUE).

la multa administrativa o también cuando se concluye el expediente sancionador por parte de la autoridad pública, las víctimas del cártel podrán interponer más fácilmente una demanda *follow-on* de resarcimiento de los daños causados por el mismo⁴, puesto que ya tienen conocimiento de quiénes han sido las empresas infractoras y, apoyándose en todo caso en la decisión de la autoridad para probar la existencia del ilícito⁵, lo que incitaría indudablemente al uso de esta vía jurídico-privada.

2. Origen e importancia de los programas de clemencia

Los programas de clemencia representan la herramienta más novedosa que las autoridades públicas utilizan para la persecución de los cárteles o acuerdos colusorios⁶, teniendo en cuenta que su descubrimiento siempre es una de las tareas más difíciles para dichas autoridades debido

⁴ Un ejemplo práctico del que resulta que las empresas que hacen uso de los programas de clemencia están expuestas más fácilmente a que los perjudicados interpongan acciones de resarcimiento de los daños que han sufrido es el caso inglés *Emerson Electric Company and others vs. Morgan Crucible Plc* [2007] CAT 30. El procedimiento completo hasta llegar a la Sentencia del *Competition Appeal Tribunal* de 16.11.2007 está disponible en <http://www.catribunal.org.uk/237-639/1077-5-7-07-Emerson-Electric-Co-and-others.html> (última consulta: 15.9.2012).

⁵ En este sentido hay que tener también en cuenta el [art. 16 Reglamento 1/2003](#), que señala que “los órganos jurisdiccionales que se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 CE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”. Este precepto impide que ante una supuesta demanda civil *follow-on* por resarcimiento de daños (surgida como consecuencia de la decisión de la Comisión), la empresa que hubiera hecho uso del programa de clemencia no podrá alegar que su comportamiento no vulneró la normativa anticompetitiva comunitaria, puesto que la Comisión ya se habría pronunciado acerca de la existencia del ilícito. Véase, por ejemplo, GARCIA CACHAFEIRO (2005-2006, p. 175) y el apartado 12 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE (2004/C 101/04), DOUE de 27.4.2004. Desde el punto de vista de economía procesal, el hecho que el pronunciamiento por parte de la Comisión tenga un carácter vinculante conlleva que las víctimas demandantes puedan aprovechar los esfuerzos realizados por la autoridad administrativa y así vean facilitada su carga probatoria.

⁶ Véase en este sentido LESLIE (2011, p. 175). En España, la política de clemencia se adopta en [los arts. 65 y 66 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia](#) (BOE núm. 159, de 4.7.2007; en adelante LDC). En el art. 65.1 LDC se establece que esta política será aplicable únicamente en los supuestos de cárteles o acuerdos colusorios (definidos por la Disposición Adicional Cuarta de la LDC). Sin embargo también se observa la existencia de resoluciones en las que la Comisión Nacional de la Competencia ha aceptado el uso de este instrumento en otro tipo de conductas, como ocurre por ejemplo en la Resolución de 2.3.2011 (Expediente S/0086/08), caso “Peluquería Profesional” (Fundamento Séptimo), en la que la empresa *Henkel* se había acogido a los programas de clemencia, en el marco de un acuerdo de intercambio de información entre competidores. La CNC entendió en este caso que el acuerdo de intercambio de información se refería a previsiones de incrementos futuros de precios y que la Comunicación europea sobre acuerdos de cooperación horizontal consideraba que dicho intercambio de información entre competidores sobre las previsiones de precios se podría considerar una restricción competitiva de acuerdo con el “objeto” y, por tanto, equivalente a un cártel. Para una crítica de esta interpretación por parte de la CNC véase GUTIERREZ HERNANDEZ y GUERRA FERNANDEZ (2011, pp. 138 y 139).

al carácter secreto de este tipo de acuerdos⁷. En este sentido, cabe definir la política de clemencia en el marco de la aplicación de la normativa anticompetitiva como la concesión de inmunidad frente a las multas administrativas o bien la reducción de tales sanciones que se pudieran imponer, tanto a la empresa en sí como a los directivos individualmente considerados, a cambio de la cooperación con la autoridad pública competente⁸.

Las empresas por regla general saben que los acuerdos de fijación de precios o de otras condiciones comerciales son ilícitos y frecuentemente también conocen la gravedad de las sanciones que se prevén en los distintos ordenamientos jurídicos para este tipo de conductas⁹.

⁷ A las dificultades que supone para las autoridades competentes el descubrimiento de las conductas prohibidas por el art. 101 TFUE alude también el Abogado General Ján Mazák en el apartado 31 de sus Conclusiones Generales de 16.12.2010, relativas al caso *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, Asunto C-360/09. Véase también los apartados 55 a 57 de la sentencia del TJUE de 7.1.2004, caso *Aalborg Portland* y otros contra Comisión (asuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00, Slg. 2004, I-123).

⁸ Véase WILS (2007, p. 25). La cooperación con las autoridades administrativas puede consistir en facilitar pruebas para descubrir de entrada la existencia de una conducta ilícita, o bien, en el supuesto de reducción del importe de la multa, se tendrán que aportar elementos probatorios que aporten “un valor añadido significativo” en relación a aquéllos de los que ya dispone la autoridad pública (art. 66.1 a) LDC). También se podrá obtener clemencia por parte de la autoridad administrativa competente en relación con penas privativas de libertad u otro tipo de sanciones frente a directivos o trabajadores de una empresa en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se prevean sanciones penales para los ilícitos anticompetitivos. Véase en relación a los Estados miembros que han penalizado las conductas colusorias CSERES, SCHINKEL y VOGELAAR (2006) y, en relación a Estados Unidos y Australia, BEATON-WELLS y EZRACHI (2011).

⁹ Es muy importante tener en cuenta la posible aplicación extraterritorial de la normativa de defensa de la competencia, es decir, la posibilidad de que a una empresa se le apliquen las consecuencias jurídicas previstas en un determinado ordenamiento jurídico como consecuencia de haber participado en un acuerdo colusorio, aunque la conducta ilícita en sí no se hubiese llevado a cabo en el territorio cuya normativa se aplica y siempre y cuando se estimara que la conducta en cuestión produce efectos, por remotos que sean, en el territorio de otro Estado. La globalización actual de los mercados conlleva que gran parte de los cárteles o acuerdos colusorios en los que participan las empresas tengan una dimensión internacional y por ello las empresas infractoras pueden ser sancionadas en distintos países y los perjudicados podrán presentar una demanda de resarcimiento de los daños y perjuicios que el cártel hubiese causado en el país donde encuentren un marco jurídico más favorable. Por ejemplo, el elemento transnacional que se tiene que observar para que resulte aplicable la normativa comunitaria en esta materia es que el ilícito anticompetitivo tenga que poder afectar al comercio entre los Estados miembros. En este sentido, véase Sentencia del TJUE de 21.9.2001, caso 359/2001, *British Sugar plc v Commission*. También el ordenamiento jurídico estadounidense prevé en la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 (15 U.S.C. § 6 a) que se aplicará esta normativa siempre y cuando la conducta supuestamente ilícita pueda afectar de manera “directa, sustancial y razonablemente previsible” al comercio estadounidense. No obstante, el Tribunal Supremo estadounidense limitó a través de la Sentencia de 14.6.2004 en el conocido como caso *Empagran* en cierta manera la interposición de demandas de resarcimiento de daños por parte de empresas extranjeras en Estados Unidos (*F. Hoffman-La Roche v. Empagran*, 542 US 155), señalando que las empresas extranjeras no podrán interponer este tipo de demandas ante los tribunales estadounidenses, salvo que logren demostrar que la conducta anticompetitiva realizada en el exterior y los daños que se puedan derivar de la misma son independientes de la conducta y de los daños que han tenido lugar en territorio estadounidense y que también puede afectar al mercado estadounidense. El Tribunal Supremo estadounidense consideró en dicha Sentencia que si los daños que una empresa extranjera había sufrido estaban relacionados con los de alguna empresa estadounidense, ya se garantizaba el cumplimiento efectivo de la *Sherman Act*. Véase una crítica a estas consideraciones del Tribunal Supremo en BENNET (2005, pp. 1421-1456). Citado por GARCIA CACHAFEIRO (2005-2006, p. 184). La Sentencia del Tribunal Supremo en el caso

Con el fin de incrementar los descubrimientos de los cárteles, y siguiendo el ejemplo estadounidense, donde la política de clemencia se puso por vez primera en práctica en 1978, la Comisión introdujo mediante la Comunicación de 18.7.1996 un sistema que preveía la exención o la reducción en el pago de las multas a las empresas que colaborasen con las autoridades de la competencia para la persecución de un cártel del que formaran parte¹⁰. Esta Comunicación fue modificada en 2002 y el 8.12.2006 se publicó la vigente “Comunicación de Clemencia” de la Comisión (DOUE 2006 C 298/17), relativa a la dispensa del pago de multas y reducción de su importe, con el objetivo de incrementar y mejorar la transparencia del programa. Esta Comunicación de 2006 señala que las declaraciones orales de las empresas solicitantes forman parte del expediente de la Comisión y pueden llegar a utilizarse como prueba, estableciéndose un procedimiento para su realización¹¹.

En España se introdujo un programa de clemencia en los arts. 65 y 66 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4.7.2007)¹². Una de las diferencias claras entre el programa de clemencia de la Comisión y el previsto en la normativa española es que el programa comunitario de clemencia prevé su aplicación únicamente a las empresas como tal, pero no a sus empleados. Por el contrario, en el sistema español se consideran “sujetos infractores” tanto las personas jurídicas como algunas personas físicas que participen en la infracción y por tanto también éstas últimas podrán obtener una exención o reducción de la multa¹³.

Empagran limita por lo tanto de forma importante el acceso a las reclamaciones por el triple del daño ocasionado ante los tribunales estadounidenses porque numerosos cárteles internacionales que tienen consecuencias en Europa también desprenden efectos en Estados Unidos.

¹⁰ Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, DOCE núm. C 207/4, de 18.7.1996. Véase una explicación detallada en VIDAL MARTINEZ (2009, pp. 323-356) y CARUSO (2010, pp. 453-477).

¹¹ Se sigue manteniendo de cara a la reducción de la multa el incentivo de la prioridad temporal para incorporarse al programa de clemencia lo antes posible, relacionando el porcentaje de reducción de la multa con el orden en que las empresas deciden colaborar con la Comisión. No obstante, se añade que las pruebas escritas del período en que sucedieron los hechos tienen un valor mayor que las establecidas posteriormente. La Comisión considera también que tienen más valor los elementos de prueba incriminatorios vinculados directamente a los hechos, que los que lo están sólo indirectamente, y las pruebas concluyentes serán asimismo más relevantes que las declaraciones que exigen corroboración.

¹² Sin embargo no entró en vigor dicho programa de clemencia en España hasta finales de febrero de 2008, ya que el procedimiento, en cuanto a la tramitación de las solicitudes de exención y reducción del importe de la multa se reguló en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Resultan de interés las “Indicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) para la tramitación de las solicitudes de exención y reducción del importe de la multa”. Véase en relación al programa de clemencia en España JIMENEZ LATORRE (2006, pp. 77 y ss.); CABRERA MAQUEDA y RAMOS GOMEZ (2008, pp. 5-23); ZOIDO (2008, pp. 69-78); MARTIN TUBIA y PELAYO MARTINEZ (2009) y GUZMAN ZAPATER (2012).

¹³ En este trabajo no procede analizar de forma detallada los requisitos que se prevén en las distintas políticas de clemencia para que se pueda conceder por parte de la autoridad competente una reducción o incluso exención de la multa, dado que el objeto es analizar la relación problemática con las acciones privadas de resarcimiento que puedan interponer los perjudicados por los ilícitos anticompetitivos. Por tanto, para un análisis más exhaustivo de las políticas de clemencia a nivel europeo y español véase VIDAL MARTINEZ (2009, pp. 325-345); GARCIA

El éxito que supone la política de clemencia como medio de lucha frente a los cárteles ha sido destacado en numerosas ocasiones¹⁴, observándose un efecto tanto *ex post* en la lucha contra los cárteles, de cara a la detección y desestabilización de los acuerdos colusorios¹⁵, como *ex ante*, en relación con la prevención de la creación o afianzamiento de futuros cárteles¹⁶. En consecuencia, los programas de clemencia mejoran las posibilidades de las autoridades públicas con respecto a la obtención de pruebas relativas a la existencia de acuerdos colusorios, ya que en este caso las pruebas son aportadas por la empresa y los miembros de la misma, quienes son los que tienen toda la información relativa a la conducta ilícita.

Sin embargo es importante destacar que los programas de clemencia no sustituyen las investigaciones que de oficio puedan realizar las autoridades, así que dichas políticas de clemencia únicamente resultarán ser eficaces en la práctica si las empresas y los particulares a los que dichos programas se destinan son conscientes de poder ser descubiertos por la autoridad y, en su caso, ser multados o incluso privados de su libertad si no hacen uso de esta política¹⁷.

Además del riesgo de ser descubierto, otro riesgo que se observa en la práctica para las empresas es que el hecho de formar un cártel y lograr que se mantenga durante un tiempo más o menos prolongado de manera exitosa requiere de determinados esfuerzos por parte de las empresas

CACHAFEIRO (2010, pp. 93-106); BERENQUER FUSTER (2010, pp. 284 y ss); CARUSO (2010, pp. 453-477) y ampliamente en PUFFER-MARIETTE (2004) y SCHNEIDER (2004).

¹⁴ Como ejemplo cabe citar que la OCDE ha señalado que “la experiencia demuestra que un programa de clemencia bien estructurado puede aumentar drásticamente el éxito de la lucha contra los cárteles”. Véase OCDE (2002): *Fighting hard core cartels: Harm, effective sanctions and leniency programs*. También en Estados Unidos afirma un responsable de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia que “el programa de clemencia es el instrumento más eficaz para iniciar investigaciones sobre cárteles internacionales”. Véase HAMMOND (2005). También los distintos Comisarios en materia de Competencia han destacado la funcionalidad de los programas de clemencia, como por ejemplo Neelie Kroes, quien destacó la eficacia de los cárteles tanto para detectar y sancionar cárteles, como para desestabilizar aquellos que se hubiesen formado y para evitar la creación de nuevos. Discurso pronunciado el 10 de marzo de 2005 en Bruselas, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/157&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (última consulta: 13.9.2012).

¹⁵ Durante la vigencia de la Comunicación europea de 2002 se observaron 167 peticiones de clemencia por parte de las empresas, de entre las que 87 finalizaron con una multa por parte de la Comisión. Véase *Competition: Commission Leniency Notice- Frequently Asked Questions*, Bruselas, 7.12.2006 (MEMO/06/470).

¹⁶ En relación a la función disuasoria de las multas véase WILS (2006, pp. 183-208).

¹⁷ Este riesgo se hace visible cuando la autoridad pública ya es factible que pueda haber obtenido información o iniciado una investigación de cualquier otra manera, o cuando como consecuencia de otros casos anteriormente resueltos y finalizados con una multa para otras empresas, la autoridad tiene una alta credibilidad en relación a la persecución y sanción de los cárteles. La cooperación por parte de las empresas en el marco de las políticas de clemencia es por tanto uno de los efectos positivos destacados, pero únicamente se materializará en la práctica cuando exista un riesgo de que las autoridades en materia anticompetitiva descubran una conducta colusoria e interpongan la correspondiente sanción aunque no hubiesen obtenido pruebas por parte de las empresas como consecuencia de la política de clemencia o incluso cuando alguno de los partícipes del cártel piensa que otro hará uso de la política de clemencia, convencido precisamente de las facultades de investigación de la autoridad. En relación a este aspecto, véase WILS (1977, p. 133).

participantes en el mismo¹⁸. Un programa de clemencia eficaz y bien diseñado conlleva que no sea fácil formar o mantener un cártel, teniendo en cuenta la posibilidad de que otro miembro del mismo haga uso de dicha posibilidad. Se incrementará por tanto la incertidumbre entre los potenciales cartelistas, lo que dificultará un posible acuerdo y disminuirá la confianza entre ellos¹⁹. Otro de los efectos positivos que presentan los programas de clemencia se observa en la fase reactiva de la autoridad pública competente, ya que este tipo de programas pueden ayudar a que las autoridades competentes ahorren esfuerzos y recursos, en el supuesto de que los elementos probatorios aportados por la empresa conlleven una aceptación de haber participado en el ilícito y la existencia del mismo²⁰ y, en el caso de las reducciones, cuando la empresa acepta la cuantía que se le ha impuesto tras dicha reducción de la multa. Este importante ahorro en relación con la ausencia de motivaciones exhaustivas de decisiones y apelaciones frecuentes por parte de las empresas en relación a los ilícitos anticompetitivos y las multas impuestas permitirían que la Comisión en este caso distribuyera de manera más eficiente sus recursos para investigar y castigar una mayor número de conductas anticompetitivas, aumentando las posibilidades de que las empresas sean sancionadas y logrando así un mayor efecto disuasorio con respecto a las conductas anticompetitivas.

Teniendo en cuenta las numerosas ventajas que presentan los programas de clemencia, las autoridades competentes en materia de competencia estarán interesadas en proteger de la manera más adecuada posible a las empresas que potencialmente pudieran hacer uso de un programa de clemencia. Pero, como ya se ha mencionado, dicha cooperación por parte de las empresas puede tener consecuencias que le favorezcan en relación a las multas que la autoridad pueda imponerles, pero no en el plano civil en relación a las acciones de resarcimiento que los perjudicados puedan imponer frente a los infractores. Éste es uno de los aspectos clave en relación a las tensiones que pueden surgir entre la tradicional aplicación pública de la normativa

¹⁸ Los miembros del cartel tendrán que coordinar sus comportamientos de acuerdo con los intereses que comparten y que en todo caso están destinados a incrementar sus beneficios o ganancias, además de establecer un mecanismo para distribuir tales beneficios. También tendrán que implementar mecanismos para evitar que alguno de los cartelistas no cumpla con lo previamente acordado, así como formas de vigilar el cumplimiento, recompensas y castigos internos en su caso. En un sistema económico dinámico, los cárteles que pretendan seguir subsistiendo tendrán que desarrollar una organización interna que les permita afrontar continuamente este tipo de problemas. Además, en la medida en que aumente el número de empresas que participen en un cártel también se dificultará la estabilidad y las dificultades de control del mismo. Véase más desarrollado en HARRINGTON (2006).

¹⁹ Véase HARRINGTON (2005) y también SPAGNOLO (2004, p. 6). Cabe concluir por tanto que la existencia de un adecuado programa de clemencia puede llevar a disuadir acerca de la formación de cárteles o evitar su existencia prolongada en el tiempo.

²⁰ En condiciones normales las Decisiones de la Comisión son muy largas en el marco de una investigación derivada de un ilícito anticompetitivo, aportando numerosos documentos probatorios que justifiquen la existencia de la conducta ilícita y la multa en su caso (decenas de páginas, los expedientes relativos a la fase de instrucción pueden incluso ocupar cientos de páginas). Además, la Decisión de la Comisión podrá ser apelada ante el Tribunal General (antiguo Tribunal de Primera Instancia) y, en determinadas ocasiones, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se ha afirmado que como término medio se imponen de tres a cuatro recursos de apelación frente a una Decisión relativa a un cártel. Véase VELJANOVSKI (2007, p. 76).

de defensa de la competencia en Europa y la emergente aplicación privada, ya que, tal y como ha declarado el TJUE, todos los perjudicados tienen derecho a un resarcimiento y la Comisión en su faceta de autoridad pública competente no puede dificultar el ejercicio de este derecho.

Así, se observa que los intereses públicos de las autoridades difieren de los intereses privados de los perjudicados en este punto, ya que en realidad el hecho de que una empresa haga uso del programa de clemencia facilita el ejercicio de acciones privadas de resarcimiento, dado que se descubre la existencia del cártel²¹. Los potenciales demandantes privados están interesados en obtener la mayor cantidad de información posible de la solicitud de clemencia para disminuir su carga probatoria en la vía civil y sin embargo el objetivo de las autoridades públicas es proteger de la forma más adecuada posible a las empresas de las que hubiesen obtenido información²². De lo contrario, las empresas no se verían predisuestas a cooperar con las autoridades competentes, si después de cooperar con las mismas se ven expuestas a demandas cuantiosas por resarcimiento de los daños, cuando precisamente la razón por la que deciden cooperar con la autoridad es para evitar las altas multas.

Las empresas que acuden a los programas de clemencia y las autoridades públicas comparten por tanto el interés relativo al tratamiento confidencial de la información que resulta como consecuencia de su cooperación, pero los programas de clemencia no pueden conllevar una inmunidad en el ámbito de las demandas privadas de resarcimiento, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE citada²³, y precisamente se trata de evitar que un creciente número de acciones privadas *follow-on*²⁴ perjudiquen a las políticas de clemencia.

²¹ La empresa que ha hecho uso del programa de clemencia (y que es eximida de la multa o cuya cuantía se reduce) será mencionada también en la Decisión de la Comisión que sanciona a las demás empresas que hubieran participado en el cártel. A parte de la posibilidad de tener que hacer frente a las acciones de resarcimiento de los daños, también habrá que tener en cuenta el desprestigio que puede sufrir la empresa que hubiera hecho uso del programa de clemencia de cara a futuras relaciones comerciales con empresas o bien ajenas al cártel o bien con las que también han participado en el mismo. Véase en este sentido GARCIA CACHAFEIRO (2005-2006, p. 172).

²² Véase en este sentido BÖGE y OST (2006, p. 198), quienes señalan literalmente que para proteger el atractivo de los programas de clemencia, los miembros de un cártel deberían de ser protegidos, en la medida posible con respecto a los potenciales demandantes de un resarcimiento de los daños causados por el cártel, en relación a la divulgación de sus declaraciones hechas en el marco de un programa de clemencia.

²³ Véase Sentencia TJUE de 20.9.2001, caso *Courage* contra *Crehan*, asunto C-453/99, apartados 26 y 27. La Comisión también ha destacado en su Libro Verde que las acciones privadas de resarcimiento tienen el objetivo de compensar a los que han sufrido un daño como consecuencia de un ilícito anticompetitivo, además de servir para “asegurar la plena eficacia de la normativa de defensa de la competencia del Tratado, disuadiendo de este comportamiento y contribuyendo así de manera significativa al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”. Véase Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19.12.2005, COM (2005) 672 final, p. 4.

²⁴ Véase MARCOS (2012, pp. 1-10) y JIMENEZ LATORRE (2012, pp. 5-8), quienes opinan que las demandas de resarcimiento derivadas de un ilícito *antitrust* aumentarán en un futuro no muy lejano.

3. Mecanismos para coordinar los fines de los programas de clemencia y las acciones de resarcimiento de daños

La práctica señala que son dos los ámbitos en los que puede intervenir un ordenamiento jurídico para evitar o minimizar lo máximo posible que la aplicación privada tenga un efecto disuasorio con respecto a posibles solicitudes de clemencia por parte de empresas que participen en un cártel. Estos dos ámbitos serán por una parte la posibilidad de evitar el descubrimiento de la documentación que las empresas aporten a las autoridades competentes en el marco de su solicitud de clemencia y, por otra parte, el hecho de reducir la cuantía que tengan que pagar las empresas que hubiesen participado en un programa de clemencia en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.

3.1. El acceso a los documentos relacionados con las solicitudes de clemencia

En teoría, las empresas que hacen uso del programa de clemencia para obtener una exención o reducción de la multa administrativa, podrían por iniciativa propia revelar determinados mecanismos de prueba o determinada información de la que hubieran hecho uso para la solicitud de clemencia una vez que la autoridad correspondiente hubiese emitido el pliego de cargos²⁵. Sin embargo se estaría facilitando a los perjudicados por los cárteles la interposición de acciones de resarcimiento de los daños causados, lo que hace pensar que en la práctica no sea muy probable que suceda.

En relación a la extensión de la confidencialidad de los documentos aportados por las empresas en el marco de una solicitud de clemencia se ha pronunciado de manera cautelosa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14.6. 2011, caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*²⁶. En esta Sentencia el TJUE concluye que las condiciones de la autorización o la denegación del acceso a la documentación generada como consecuencia de una solicitud de clemencia han de ser determinadas por los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro, de acuerdo con su normativa interna y ponderando en todo caso los intereses protegidos por el Derecho comunitario²⁷. El origen de esta sentencia se encuentra en la imposición de una multa por un importe total de sesenta y dos millones de euros a tres de los más importantes fabricantes

²⁵ Véase apartado 12 de 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).

²⁶ Véase MÄGER, ZIMMER y MILDE (2011, p. 935), quienes comentan que el TJUE ha dejado pasar una oportunidad de aclarar las relaciones entre la aplicación pública y la aplicación privada en esta materia. Véase también para comentarios relativos a esta Sentencia FORNASIER y SANNER (2011, pp. 1067-1080) y MARTI MOYA (2012, pp. 229-237, en especial, pp. 231 y ss.).

²⁷ El TJUE recuerda la importancia del principio de efectividad del ordenamiento jurídico comunitario, es decir, que las medidas que se adopten a nivel nacional no pueden convertir en prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos atribuidos precisamente por el Derecho comunitario (en este caso la difícil ponderación mencionada entre el mantenimiento del atractivo de los programas de clemencia para las empresas que decidan denunciar la existencia de un cártel y el derecho de los perjudicados por el acuerdo colusorio a obtener una indemnización por los daños sufridos).

de papel decorativo en Europa y a cinco personas personalmente responsables. La multa se había impuesto en mayo de 2008 por el *Bundeskartellamt*²⁸ como consecuencia de acuerdos de fijación de precios y de limitación de las capacidades de la producción, ambas conductas prohibidas art. 101 TFUE, haciendo uso la autoridad de la información que ha recibido en el marco del programa alemán de clemencia. La empresa *Pfleiderer*, uno de los más importantes productores mundiales de madera elaborada, es un adquirente habitual del papel decorativo de las empresas que formaron el cártel y según sus propias afirmaciones había comprado productos afectados por el acuerdo colusorio por un valor de sesenta millones de euros. Al tener conocimiento de la existencia del cártel, *Pfleiderer* solicitó al *Bundeskartellamt* que le facilitara el acceso completo al expediente del procedimiento sancionador, con el fin de poder preparar una demanda civil de resarcimiento por daños y perjuicios que el cártel le había causado. El *Bundeskartellamt* le notificó posteriormente a *Pfleiderer* las tres resoluciones sancionadoras de manera anónima y una lista de las pruebas que se habían obtenido durante el registro de las empresas, a lo que *Pfleiderer* respondió solicitando el acceso completo a todos los documentos del expediente sancionador, incluyendo los relativos a las solicitudes de clemencia de las tres empresas sancionadas, presentados voluntariamente, por tanto, por estas empresas, y también las pruebas custodiadas por la autoridad. El *Bundeskartellamt* denegó parcialmente la solicitud y no permitió el acceso a este tipo de documentos ni a las pruebas custodiadas²⁹. *Pfleiderer* recurrió la denegación ante el Juzgado de Bonn, quien interpuso una cuestión prejudicial, prevista en el artículo 267 TFUE, en relación a si se puede considerar que se estaría vulnerando la normativa europea anticompetitiva³⁰ por el hecho de obviar la confidencialidad de las solicitudes de clemencia en procedimientos civiles de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de los ilícitos anticompetitivos.

El TJUE señala que la normativa material y procesal europea no establecen normas comunes en relación al derecho de acceso a los documentos que se han obtenido por una autoridad nacional en el marco de una política nacional de clemencia³¹. Teniendo en cuenta precisamente la ausencia

²⁸ El *Bundeskartellamt* es la autoridad alemana competente a nivel federal para la defensa de la competencia.

²⁹ El *Bundeskartellamt* fundamentó su Decisión de denegación en el apartado 22 de la Comunicación de clemencia alemana (*Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldkartellsachen - Bonusregelung*, del 7.3.2006), que señala expresamente la posibilidad de que la autoridad alemana deniegue el acceso por parte de terceros a la información presentada en el marco de una solicitud de exención o reducción de una multa.

³⁰ El *Amtsgericht* de Bonn menciona expresamente los arts. 11 y 12 del Reglamento 1/2003, de 16.12.2002, en los que se señala una estrecha colaboración e intercambio recíproco de información entre la Comisión y las autoridades nacionales en materia de competencia en los distintos Estados miembros a la hora de aplicar los artículos 101 y 102 TFUE. Así, la cuestión prejudicial tiene una importancia destacada, puesto que “para garantizar la eficacia y el buen funcionamiento de dichas disposiciones (...) podría resultar necesario, en el ámbito de los procedimientos sancionadores de los cárteles, prohibir a terceros el acceso a las solicitudes de clemencia y a los documentos comunicados voluntariamente por los solicitantes de clemencia” (apartado 17 de la STJUE caso *Pfleiderer*).

³¹ El TJUE añade también que las Comunicaciones de la Comisión, en relación tanto a la cooperación en la red de autoridades nacionales de competencia (del año 2004) y la Comunicación clemencia (del año 2006) no son imperativas para los Estados miembros y además la segunda de ellas, en relación a la exención y reducción del importe de las multas únicamente contempla los programas de clemencia aplicados por la Comisión.

de una normativa imperativa en la normativa jurídica comunitaria, corresponderá, según el TJUE, a los Estados miembros establecer y aplicar las normas nacionales que en su caso se prevean respecto a la posibilidad de acceder por los perjudicados por un acuerdo colusorio a los documentos que las empresas infractoras hubieran presentado ante la autoridad competente en un procedimiento de clemencia. El TJUE añade que el establecimiento y la aplicación de estas normas son competencia de los Estados miembros, teniendo que respetar no obstante el principio de efectividad del ordenamiento jurídico comunitario, conforme al que dicha aplicación no puede hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la ejecución de la normativa de la Unión Europea. En este sentido los programas de clemencia han de ser considerados como “instrumentos útiles” en la lucha para descubrir y detener los ilícitos anticompetitivos y, por tanto, también para la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 TFUE, con independencia de que se trate de programas de clemencia nacionales o del programa de clemencia diseñado por la Comisión europea.

El TJUE reconoce que si se permite el acceso a toda la información que se presenta con una solicitud de clemencia a los perjudicados por los cárteles, cabe la posibilidad de que las empresas no sean proclives a hacer uso de las políticas de clemencia y a aportar por tanto las pruebas relativas a los acuerdos secretos a las autoridades competentes. Sin embargo tampoco se puede olvidar el derecho a obtener un resarcimiento por los daños sufridos³² y por ello el TJUE concluye afirmando que en la práctica los órganos jurisdiccionales nacionales deberán ponderar, teniendo en cuenta los datos correspondientes en cada asunto, los intereses que puedan justificar el acceso a la documentación presentada con la solicitud de clemencia por parte del perjudicado y aquellos presentes a favor de la protección de dicha información. **De acuerdo con el principio de equivalencia, será necesario velar porque la regulación nacional aplicable en estos casos no sea menos favorable que la referente a recursos parecidos de naturaleza interna ni tampoco las normas nacionales podrán hacer imposible en la práctica que el perjudicado obtenga una reparación de los daños**, ya que según el ordenamiento jurídico comunitario no existe ningún obstáculo para el levantamiento de la confidencialidad de la información aportada por la empresa infractora o las empresas infractoras en el marco de una solicitud de clemencia y ningún precepto comunitario impide que el perjudicado acceda a dichos documentos de un procedimiento de clemencia³³. En todo caso, la ponderación de los intereses afectados deberá de llevarse a cabo por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de acuerdo con lo

³² Además de este derecho indemnizatorio, que corresponde a “cualquier persona” según jurisprudencia reiterada del TJUE, se incide nuevamente en las funciones disuasorias de las acciones privadas de resarcimiento con respecto a la formación de nuevo cárteles y por tanto a la posibilidad de la aplicación privada de contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea (apartado 27 de la STJUE citada en el caso *Courage*).

³³ La ligera preferencia a favor del acceso a la documentación que demuestra el TJUE en sus afirmaciones se puede deducir del apartado 32 de su Sentencia en el caso *Pfleiderer*, donde se afirma que “habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a la cuestión planteada que las disposiciones sobre cárteles del Derecho de la Unión, y en particular el Reglamento nº 1/2003, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una persona perjudicada por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión, y que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios, acceda a los documentos de un procedimiento de clemencia referidos al autor de dicha infracción (...)”.

previsto en su normativa nacional, señalando en cada caso las condiciones por las que se debe autorizar o denegar el acceso a este tipo de información y ponderando los intereses mencionados y protegidos por el Derecho comunitario³⁴.

Con anterioridad a la sentencia del TJUE el Abogado General Mazák había propuesto en sus Conclusiones generales una distinción entre los documentos creados específicamente por la empresa solicitante de clemencia a la hora de preparar su solicitud y los documentos preexistentes a la solicitud de clemencia. Los primeros establecen claramente la participación por parte de la empresa que acude al programa de clemencia en el cártel. Estos documentos estarán protegidos en todo caso y no serán puestos a disposiciones de potenciales demandantes de daños y perjuicios. Sin embargo, los documentos preexistentes, a los que podría haber accedido la autoridad de defensa de la competencia competente por otra vía, no se verán protegidos confidencialmente. El Abogado General se pronuncia claramente a favor de la protección de los documentos presentados por la empresa que acude a un programa de clemencia, y por tanto, por la prevalencia de la aplicación pública frente a la privada, en relación a las posibles demandas de resarcimiento de los daños causados por un ilícito anticompetitivo. El Abogado General argumenta que las víctimas de los acuerdos colusorios no podrán acceder a las declaraciones autoinculpatórias que presentan las empresas en el marco de un programa de clemencia con el fin de ejercitar una acción civil, ya que este acceso podría afectar a la eficacia del programa de clemencia y, por consiguiente, las autoridades competentes no tendrían conocimiento de tantos acuerdos colusorios como los que se descubren en la actualidad gracias precisamente a los programas de clemencia. Además señala el Abogado General que esta negativa al acceso de la documentación mencionada podría afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo³⁵, pero que dicha afectación estaría justificada por la finalidad legítima de garantizar una aplicación efectiva de la normativa anticompetitiva por las autoridades competentes y también por el interés de los particulares en que los acuerdos colusorios sean descubiertos y sancionados.

Sin embargo, en la sentencia del caso *Pfleiderer*, el TJUE no aclaró si los documentos presentados por una empresa en el marco de una solicitud de clemencia podrían ser puestos a disposición de quien pretendiese interponer una demanda de resarcimiento por los daños causados por un ilícito anticompetitivo, presentándose sentencias en la práctica en las que determinados órganos jurisdiccionales europeos destacan la inseguridad jurídica existente en relación a esta cuestión³⁶.

³⁴ Véase en relación a la normativa alemana y destacando el incremento de la inseguridad jurídica, puesto que habrá que examinar cada caso de manera individual (a pesar de tratarse de un artículo anterior al pronunciamiento del TJUE en el caso *Pfleiderer* ya existía esta problemática), LAMPERT y WEIDENBACH (2007, p. 158).

³⁵ A nivel comunitario, estos derechos son reconocidos por el artículo 47, en relación con el artículo 51.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁶ Sentencia de la *London High Court of Justice* de 4.6.2011, caso *National Grid*, [2011] EWHC 1717, apartados 36 y 37 y sentencia del Tribunal Regional de Viena (*Oberlandesgericht*) de 12.10.2011, caso número 29 Kt 5/09-86. A raíz de esta última sentencia austríaca, el OLG de Viena ha planteado una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) ante el TJUE preguntando a este tribunal si su normativa interna en esta materia es compatible con las previsiones comunitarias. Esta cuestión prejudicial está justificada si se tiene en cuenta que la normativa austríaca de defensa

Teniendo en cuenta el ámbito de libertad que la sentencia del TJUE otorga a los órganos jurisdiccionales nacionales para la ponderación de los intereses afectados por esta cuestión, el Juzgado local de Bonn decidió en su sentencia de 18.1.2012³⁷ denegar el acceso a todos los documentos relacionados con una solicitud de clemencia por parte de la empresa infractora³⁸. El órgano jurisdiccional alemán se pronunció claramente a favor de la firme protección y apoyo de las políticas de clemencia en la lucha frente a los cárteles y le dio prioridad frente a posibles facilidades que se podrían derivar para los perjudicados por los ilícitos anticompetitivos a la hora de interponer una demanda de resarcimiento por los daños causados, basando su decisión en la importancia que tienen los programas de clemencia para el descubrimiento de los cárteles³⁹. No obstante, el Juzgado local de Bonn, cuya sentencia es inapelable, añadió que la denegación del acceso a este tipo específico de documentos en este caso no debería de perjudicar la interposición de demandas civiles de resarcimiento puesto que el demandante había tenido acceso al resto del expediente. Debe recordarse en este sentido que en Alemania la decisión del *Bundeskartellamt*

de la competencia prevé que los perjudicados por el ilícito sólo tendrán acceso a la documentación en poder de la autoridad competente cuando la empresa o empresas afectadas por la investigación lo acepten (§ 39.2 *Kartellgesetz*). Sin embargo, la normativa procesal civil austríaca (§ 219.2 *Zivilprozessordnung*) prevé también la posibilidad de acceder a documentos que estén en poder de una autoridad pública cuando el interesado que solicita dicho acceso tiene un interés legítimo en los documentos, por lo que la normativa general civil es más favorable en este aspecto que la específica para los perjudicados por un ilícito anticompetitivo. En el Reino Unido, al igual que en otros sistemas pertenecientes a la tradición jurídica del *common law*, se observa una obligación para la parte demandada de aportar la documentación de la que disponga y que pueda resultar relevante para el desarrollo del proceso civil (*Regla 31.6 de las Civil Procedure Rules de 1998*). En relación a los programas de clemencia esto significará que cuando un órgano jurisdiccional admita una demanda de resarcimiento de los daños causados por un ilícito anticompetitivo, la empresa infractora estará obligada a poner a disposición de la parte perjudicada incluso la documentación relacionada con la solicitud de clemencia. En relación con la regulación del *disclosure* de documentos en el Reino Unido y en comparación con el resto de países europeos véase WOODS (2004, pp. 442-444).

³⁷ Este pronunciamiento se observó también como consecuencia del caso *Pfleiderer*, y después de haber planteado el Juzgado local de Bonn una cuestión prejudicial en esta materia del descubrimiento de documentos al hilo de una solicitud de clemencia.

³⁸ Esta decisión se basó en el argumento de que, en caso contrario, las empresas que se estuviesen planteando hacer uso de un programa de clemencia no estarían dispuestas a cooperar con las autoridades administrativas competentes por el temor a que su documentación aportada quedara a disposición de terceros y así poder ser demandados civilmente. Según el Juzgado local de Bonn, este hecho a su vez conllevaría a que en la práctica disminuyeran de forma importante las posibilidades de detectar futuros acuerdos colusorios, ya que el programa de clemencia se ha acreditado como el instrumento más efectivo para que se descubran los cárteles. No obstante, no hay que olvidar que a pesar de que el Juzgado de Bonn decidiera en el presente caso proteger la información presentada voluntariamente por el solicitante de clemencia, en la práctica esta cuestión podría ser muy casuística si finalmente se ponderan en cada caso los intereses presentes entre la puesta a disposición de dicha información a los perjudicados y los intereses protegidos de las empresas infractoras.

³⁹ La solicitud de clemencia va acompañada normalmente de información detallada relativa a la duración, el alcance o ámbito de extensión del cártel, que en caso de no poder hacer uso de este instrumento sería muy difícil conseguir para las autoridades de competencia, dada su naturaleza secreta y teniendo en cuenta que la Comisión posee importantes límites a la hora de llevar a cabo sus investigaciones (por ejemplo no podrá ordenar escuchas telefónicas).

declarando la existencia del ilícito tiene efectos vinculantes en relación a los órganos jurisdiccionales civiles⁴⁰ y además el Juzgado del orden civil en este caso tenía competencia para hacer una estimación de los daños que el cártel había causado.

En el Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de 2008 únicamente se había hecho referencia a la necesidad de establecer mecanismos de coordinación entre la aplicación pública por parte de las autoridades de defensa de la competencia y la aplicación privada, con el fin de que los programas de clemencia resultaran atractivos de cara a las empresas y éstas no decidiesen no colaborar con las autoridades administrativas, por temor a que posteriormente, en la vía civil, tengan que hacer frente a cuantías importantes en concepto de indemnizaciones de daños y perjuicios. En España, el [art. 51 Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia \(BOE núm. 50, de 27.2.2008\)](#), establece el acceso por parte de los interesados a los datos o documentos que sean necesarios para contestar al pliego de concreción de los hechos, pero niega la posibilidad de obtener “copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud” y este mismo artículo señala también que se considerará confidencial “el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa”.

En este mismo sentido, la Disposición Adicional Segunda de la LDC introdujo un nuevo artículo 15 bis en la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil \(BOE núm. 7, de 8.1.2000\)](#), previendo que la divulgación de la información suministrada por el solicitante de clemencia no se incluye en el deber de cooperación entre autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales. Según el tenor literal de este precepto, la Comisión Nacional de la Competencia se podría negar a facilitar al órgano judicial los documentos aportados por la empresa a la hora de hacer uso de un programa de clemencia, lo que constituiría una garantía importante para las empresas que decidiesen hacer uso de dichos programas. En España aún no ha habido pronunciamientos jurisprudenciales relativos a esta problemática. El art. 15 bis LEC se refiere a todos los documentos que la empresa aporta en el marco de su solicitud, subrayándose por tanto la importancia de los programas de clemencia en la política española relativa al descubrimiento de los cárteles⁴¹.

⁴⁰ Lo que facilita en principio las acciones *follow-on* de resarcimiento, puesto que no se deberá probar la existencia del ilícito anticompetitivo, sino únicamente el daño y la relación de causalidad entre el ilícito y dicho daño.

⁴¹ Véase en este sentido BYRNE Y VALENTE (2011, pp. 3 y 4). Estos autores destacan una clara prevalencia de los programas de clemencia y de su atractivo para descubrir los acuerdos colusorios y, por tanto, afirman que si aumentan las desventajas para aquellas empresas que decidan acudir a la autoridad competente en el marco de un programa de clemencia entonces no sólo se verá perjudicada la aplicación pública sino también las acciones privadas *follow-on*.

3.2. La reducción de la cuantía de la indemnización de daños como mecanismo de coordinación entre las políticas de clemencia y la aplicación privada

Como se ha indicado, en Europa, tanto en el Derecho comunitario como en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, se observa una desconexión entre las políticas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento. Dicha conexión, tal y como se observa en Estados Unidos, donde se prevé expresamente la indemnización de los perjudicados por el ilícito anticompetitivo como requisito previo para que la empresa pueda recibir una reducción o incluso una exención de la multa⁴², es una segunda opción que tiene el legislador para intervenir en el evidente conflicto existente entre la aplicación pública y la aplicación privada, con el fin de lograr el éxito de los programas de clemencia y la indemnización de los perjudicados. En Estados Unidos además, la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004 prevé como límite que las empresas que cooperen en el marco del programa de clemencia del Departamento de Justicia tendrán que responder civilmente, en caso de ser demandados, por los daños ocasionados en su cuantía simple, tomando como referencia únicamente las ventas efectuadas por parte de dicha empresa a la parte demandante del resarcimiento, y no tendrá que responder por el triple de los daños (*treble damages*), tomando como referencia las ventas globales efectuadas por todos los miembros del acuerdo colusorio, como sucede en condiciones normales⁴³.

En el ordenamiento jurídico *antitrust* estadounidense se concede por tanto como indemnización el triple de los daños sufridos como consecuencia de un ilícito anticompetitivo (*treble damages*) y a las empresas que han obtenido clemencia se les concede una reducción de esta cuantía que tendrán que pagar a los perjudicados, tal y como se acaba de mencionar. En Europa no se multiplica dicha cuantía en caso de concederse una indemnización por los daños derivados de una infracción de la normativa de defensa de la competencia. Se tendrían que prever por tanto otras medidas para limitar la responsabilidad civil de las empresas que decidan acudir a un programa de clemencia con el fin de impulsar su uso y no disuadir del mismo, pero sin menoscabar por otra parte el derecho de los perjudicados a obtener un resarcimiento. Como ejemplo cabe mencionar la solución adoptada en la normativa húngara, en la que el artículo 88 D prevé, de acuerdo con las modificaciones que entraron en vigor el 1.6.2009, que los beneficiarios de un programa de clemencia podrán negarse a indemnizar a las víctimas en concepto de daños y perjuicios sufridos por el acuerdo colusorio nacional o europeo, siempre que los daños puedan ser indemnizados por las demás empresas que también hubiesen participado en el cártel. Esta norma no excluye la posibilidad de que el perjudicado demande conjuntamente a todos los

⁴² Este requisito se prevé en los artículos A5 y B6 de la *US Corporate Leniency Policy*. Se prevén determinadas excepciones en relación a este requisito, como por ejemplo cuando una empresa es insolvente y se declara por orden judicial el no establecimiento de obligaciones adicionales para la misma. Véase SPRATLING (1998, pp. 8 y ss.).

⁴³ El beneficio previsto por *ACPERA*, cuya vigencia se prevé hasta Junio de 2020, se aplicará también a los administradores individuales y trabajadores de la empresa que decida acudir a dicho programa de clemencia. Para únicamente tener que responder por los daños en su cuantía simple de acuerdo con *ACPERA*, los solicitantes de clemencia han de “cooperar satisfactoriamente” con los demandantes privados, sin concretar la Ley qué se entiende por cooperación satisfactoria. Los demás miembros del cártel siguen respondiendo solidariamente por los daños causados, incluyendo los *treble damages* en la vía privada. Véase GREEN Y MCCALL (2009, pp. 3-5).

miembros del cártel, pero lo cierto es que se establece de iure un régimen de responsabilidad subsidiaria de la empresa que ha cooperado con la autoridad competente con respecto a las demás empresas infractoras, ya que aquélla únicamente podrá ser demandada civilmente una vez que se compruebe que las demás no pueden pagar la indemnización correspondiente⁴⁴. Este previsión no se aplicará sin embargo en las relaciones entre la empresa que ha obtenido una exención de la multa y las demás empresas que hubiesen participado en el cártel y que hubiesen indemnizado a los perjudicados. Estas empresas podrán demandar en vía de regreso a la empresa que hubiese obtenido dicho beneficio⁴⁵.

4. Propuestas de coordinación de las políticas de clemencia y la aplicación privada del Derecho de la Competencia

Si se logra fomentar decididamente la aplicación privada en Europa, lo que parece ser tanto el objetivo de la Comisión europea como de las autoridades competentes de los Estados miembros, y en consecuencia aumentar de forma notable el uso de las acciones privadas de resarcimiento por los daños causados por un ilícito anticompetitivo, las medidas que se puedan adoptar en relación al no descubrimiento de la información aportada por las empresas en el marco de un programa de clemencia pueden no ser suficientes para incentivar a que las empresas infractoras hagan uso de este tipo de mecanismos, teniendo en cuenta el temor relativo a las posibles demandas por parte de los perjudicados. Además no se puede garantizar que terceros países, en los que no se aplican las mismas reglas relativas al *disclosure* de documentos, como es el caso por ejemplo de Estados Unidos, puedan solicitar que se descubra la información relacionada con la solicitud de clemencia⁴⁶. Eliminar por completo la responsabilidad civil por parte de las empresas que han obtenido una exención de la multa presenta la principal desventaja de que los perjudicados que demanden un resarcimiento de los daños sufridos pueden no ser indemnizados por la cuantía total de dichos daños si las demás empresas infractoras resultaran ser insolventes. De ahí que el modelo adoptado por la normativa húngara⁴⁷ parezca más adecuado a la hora de valorar los intereses tanto de las víctimas del ilícito, como de la empresa infractora que se plantea

⁴⁴ El artículo citado prevé también que las demandas civiles frente a las empresas que han obtenido una exención de la multa han de ser suspendidas hasta que la decisión de la autoridad pública responsable en materia de competencia sea confirmada por el órgano jurisdiccional competente y sea jurídicamente vinculante, es decir, hasta que se agote la vía judicial administrativa. Véase NAGY (2011, p. 66).

⁴⁵ La autoridad inglesa en materia de competencia (*Office of Fair Trading*) ha propuesto también que se eliminara el régimen de responsabilidad solidaria entre los miembros de un cártel, beneficiando así a la empresa que hubiera obtenido una exención de la multa, siempre que los demás pudieran indemnizar a las víctimas por la totalidad de los daños sufridos. Véase OFT (2007), "[Private Actions in Competition Law: Effective Redress for Consumers and Business](#)", pp. 1-62, especialmente, p. 48.

⁴⁶ Véase en relación a este aspecto también CAUFFMAN (2011, p. 215).

⁴⁷ Véase también MEEBEN (2011, pp. 558 y ss.), quien propone también que se tenga en cuenta que una empresa ha hecho uso de un programa de clemencia en el ámbito interno en relación con las demás empresas que hubiesen participado en el cártel, y que así éstas últimas no puedan acudir a la primera en vía de regreso una vez que han indemnizado a las víctimas de los ilícitos anticompetitivos, ya que en principio todos los cartelistas responden de forma solidaria.

hacer uso de un programa de clemencia y, por tanto, para que se descubra la existencia de un cártel, ya que sin los programas de clemencia es más difícil que en la práctica las conductas anticompetitivas sean sancionadas y que los perjudicados tengan la posibilidad de ser resarcidos por los daños que la conducta ilícita les ha causado⁴⁸.

5. Tabla de sentencias

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STJUE de 20.9.2001	C-453/99	<i>Courage Ltd y otros v. Bernard Crehan y otros</i>	Melchior Watheleth
STJUE de 21.9.2001	C-359/2001	<i>British Sugar plc v. Commission</i>	S. von Bahr
STJUE de 7.1.2004	C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00	<i>Aalborg Portland A/S y otros v. Comisión</i>	D.A.O. Edward
STJUE de 13.7.2006	C-295/04 a C-298/04	<i>Manfredi y otros v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros</i>	S. von Bahr
Sentencia del <i>Competition Appeal Tribunal</i> de 16.11.2007	1077/5/7/07	<i>Emerson Electric Co and others v. Morgan Crucible Company PLC</i>	Mr. Justice Barling
STJUE de 14.6.2011	C-360/09	<i>Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt</i>	Sres. E. Juhász
Sentencia de la <i>London High Court of Justice</i> de 4.7.2011	[2011] EWHC 1717	<i>National Grid Electricity Transmission PLC</i>	Mr. Justice Roth
Sentencia del Tribunal Regional de Viena (<i>Oberlandesgericht</i>) de 12.10.2011	29 Kt 5/09-86	-	Dr. Schenk
Sentencia del Juzgado local de Bonn (<i>Amtsgericht</i>) de 18.1.2012	http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2012/Urteil_des_AG_Bonn_vom_18.01.2012_-_Az._51_GS_53-09.pdf	-	-
Sentencia del TS estadounidense	542 US 155	<i>F. Hoffman-La Roche v. Empagran</i>	J. Breyer

⁴⁸ El Comisario responsable en materia de competencia, Joaquín Almunia, ha anunciado el pasado mes de Julio que a finales de 2012 se publicará una propuesta legislativa relativa a la relación entre los programas de clemencia y el derecho de las víctimas a obtener un resarcimiento por los daños derivados de un ilícito anticompetitivo. Véase ALMUNIA (2012). Queda esperar cuáles serán las propuestas por parte de la Comisión para que no disminuya el atractivo de los programas de clemencia y coordinarlos con la aplicación privada.

6. Bibliografía

Joaquín ALMUNIA (2011), "Normas comunes sobre el recurso colectivo en la UE", en Velasco SAN PEDRO *et al.*, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, pp. 43-49.

Caron BEATON-WELLS y Ariel EZRCHI (eds.) (2011), *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Hart Publishing, Portland, Oregon.

Daniel BENNET (2005), "Killing one Bird With Two Stones: the Effect of Empagran and the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 on Detecting and Deterring International Cartels", *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, pp. 1421-1456.

Ulf BÖGE y Konrad OST (2006), "Up and Running, or Is It? Private Enforcement- The Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition Law Review*, Vol. 27, núm. 4, pp. 197-205.

Luis BERENGUER FUSTER (2010), "Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia", en Luis BERENGUER FUSTER, Carlos GINER y Antonio ROBLES MARTIN-LABORDA, *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, pp. 284 y ss.

Brian BYRNE y Martim VALENTE (2011), "Leniency and Disclosure", *Competition Law Insight*, pp. 3 y 4.

Eduardo CABRERA MAQUEDA y Álvaro RAMOS GOMEZ (2008), "El programa español de clemencia. Análisis y cuestiones prácticas", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2, pp. 5-23.

Antonio CARUSO (2010), "Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, núm. 6, pp. 453-477.

Caroline CAUFFMAN (2011), "The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages", *The Competition Law Review*, Vol. 7, núm. 2, pp. 181-220.

Katalin Judit CSERES, Marteen P. SCHINKEL y Floris O. W. VOGELAAR (eds.) (2006), *Criminalization of competition law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Edward Elgar Publishing, Northampton, Massachusetts.

Matteo FORNASIER y Julian Alexander SANNER (2011), "Die Entthronung des Kronzeugen? Akteneinsicht im Spannungsfeld zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung nach Pfeleiderer", *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 11, pp. 1067-1080.

Fernando GARCIA CACHAFEIRO (2005-2006), "Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 26, pp. 171-186.

Jonathan GREEN y Iona MCCALL (2009), "Leniency and Civil Claims", *Competition Law Insight*, pp. 3-5.

Alfonso GUTIERREZ HERNANDEZ y Antonio GUERRA FERNANDEZ (2011), "Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia", en Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, pp. 135-141.

Clara GUZMAN ZAPATER (2012), "El programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica (The Leniency Program in the Spanish Competition Act: A Practical Vision)", *Working Paper IE Law School*.

Scott HAMMOND (2005), "An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", Discurso pronunciado el 10.1.2005 en Hawaii, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/207226.pdf> (última consulta: 13.9.2012).

Joseph E. HARRINGTON (2006), "How Do Cartels Operate?", *Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol. 2, núm. 1.

--- (2005), "Optimal Corporate Leniency programs", *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 46, núm. 2.

Christopher HODGES (2006), "Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?", *Common Market Law Review*, Vol. 43, núm. 5, pp. 1381-1407.

Fernando JIMENEZ LATORRE (2006), "La clemencia en la lucha contra los cárteles", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 241, pp. 71-80.

--- (2012), "Las reclamaciones de daños por infracciones de competencia", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 25, pp. 5-8.

Thomas LAMPERT y Georg WEIDENBACH (2007), "Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadensersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells- Beweisprobleme gibt es nicht!", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 2, pp. 152-163.

Christopher R. LESLIE (2011), "Antitrust Leniency Programmes", *The Competition Law Review*, Vol. 7, núm. 2, pp. 175-179.

Thorsten MÄGER, Daniel J. ZIMMER y Sarah MILDE (2011), "Chance vertan?- Zur Akteneinsicht in Kartellakten nach dem Pfleiderer-Urteil des EuGH", *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 10, pp. 935-943.

Fernando MARCOS (2012), "¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española", pp. 1-10, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025887.

Vanessa MARTI MOYA (2012), "Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfleiderer (C-360/09)", *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 10, pp. 229-237.

Elena MARTIN TUBIA y Elena PELAYO MARTINEZ (2009), "[Reflexiones tras un año de vigencia del Programa Español de Clemencia](#)", *Boletín Económico del ICE*, núm. 2975.

Gero MEEBEN (2011), *Der Anspruch auf Schadenersatz bei Verstößen gegen EU -Kartellrecht- Konturen eines Europäischen Kartelldeliktrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Csongor István NAGY (2011), "The New Hungarian Rules on Damages Caused by Horizontal Hardcore Cartels: Presumed Price Increase and Limited Protection for Whistleblower- An Analytical Introduction", *European Competition Law Review*, Vol. 32, núm. 2, pp. 63-66.

Jean-Christophe PUFFER-MARIETTE (2008), *Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht*, Nomos, Baden-Baden.

Alan RILEY (2010), "The Modernization of EU Anti-cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?", *European Competition Law Review*, núm. 1, pp. 191-207.

Moritz SCHNEIDER (2004), *Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht*, Lang, Frankfurt a. M.

Giancarlo SPAGNOLO (2004), "[Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes](#)", *CEPR Discussion Paper*, núm. 4840.

Gary R. SPRATLING (1998), "The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions", disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1626.pdf>.

Cento VELJANOVSKI (2007), "Cartel Fines in Europe. Law, Practice and Deterrence", *World Competition*, Vol. 30, núm. 1, pp. 65-86.

Patricia VIDAL MARTÍNEZ (2009), "Programas español y comunitario de clemencia" en Santiago MARTINEZ LAGE y Amadeo PETITBO JUAN (dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, pp. 323-356.

Wouter WILS (2007), "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", *World Competition*, núm. 30, pp. 25-64.

Donncadh WOODS (2004), "Private Enforcement of Antitrust Rules- Modernization of the EU Rules and the Road Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, núm. 16, pp. 431-461.

Elena ZOIDO (2008), "El nuevo régimen de clemencia: una visión económica", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 1, pp. 69-78.