

Unclassified

Spanish - Or. English

19 July 2022

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los
incentivos para los acuerdos de clemencia**

- Contribución de España -

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por España PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.
Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

JT03499463

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

Incentivos para reforzar el programa de clemencia

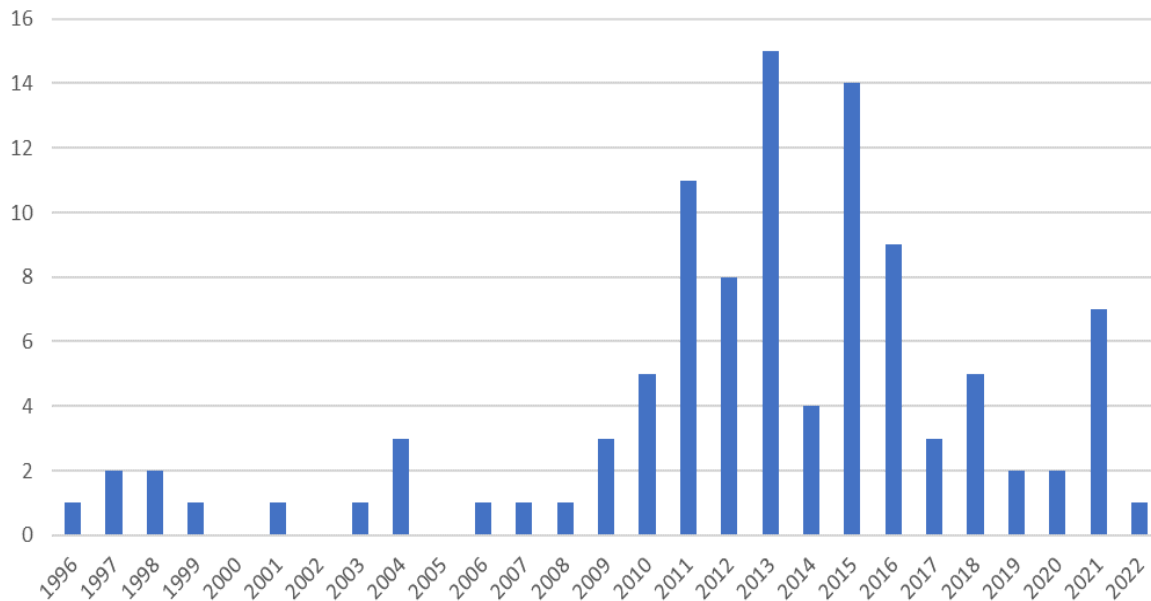
- Contribución de España -

1. Introducción

1. Desde su introducción por la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC), el programa de clemencia ha sido una herramienta fundamental para la detección de cárteles en España, reforzando enormemente la efectividad de su política de competencia.
2. La LDC de 2007 transformó todas las áreas de actividad de la política de competencia de España, dotándola de un marco jurídico institucional caracterizado por la independencia de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), sucedida en 2013 por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como por el desarrollo de un marco procedimental más eficaz y garantista, con nuevas herramientas de investigación, entre las que destacan, por lo que a los persecución de los cárteles se refiere, las inspecciones domiciliarias y el programa de clemencia.
3. Este nuevo régimen jurídico propició una radical transformación de la política de competencia en España, particularmente evidente en lo que a la detección de cárteles se refiere. Como puede observarse en el Gráfico 1, desde la entrada en vigor de la LDC en 2007, el número de cárteles sancionados ha ascendido a un total de 91, frente a los 12 sancionados con anterioridad¹:

¹ La primera resolución sancionadora de un cártel en España recayó en 1996.

Gráfico 1. Resoluciones sancionadoras de cárteles en España (1996-2022)



Fuente: CNMC

4. Si bien este extraordinario desarrollo es atribuible globalmente al conjunto de medidas introducidas por la LDC, en el caso de los cárteles es necesario destacar el programa de clemencia, regulado en los artículos 65 (solicitud de exención del pago de la multa) y 66 (solicitud de reducción del importe de la multa) de la LDC; 46 a 53 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), y en la *Comunicación del Programa de Clemencia*, de 2013². La regulación prevista en esos instrumentos normativos y de *soft law* estableció desde el principio un marco procedimental caracterizado por su certeza, garantismo y flexibilidad, con el fin de promover la presentación de solicitudes de clemencia por parte de las entidades participantes en su cártel, destacando en este sentido previsiones como las que se indican a continuación:

- Posibilidad de presentar una solicitud de clemencia tanto por una empresa como por una persona física que, formando parte de un cártel, solicite beneficiarse del programa de clemencia, sea solicitando exención del pago de la multa o de reducción del importe de la multa.
- Diversidad de canales para la presentación de solicitudes de clemencia: además de posibilitar la presentación de solicitudes verbales desde el principio, en 2009 se habilitó un registro electrónico exclusivamente diseñado para la recepción de solicitudes de clemencia³, diferente del registro administrativo previsto para otro tipo de trámites.

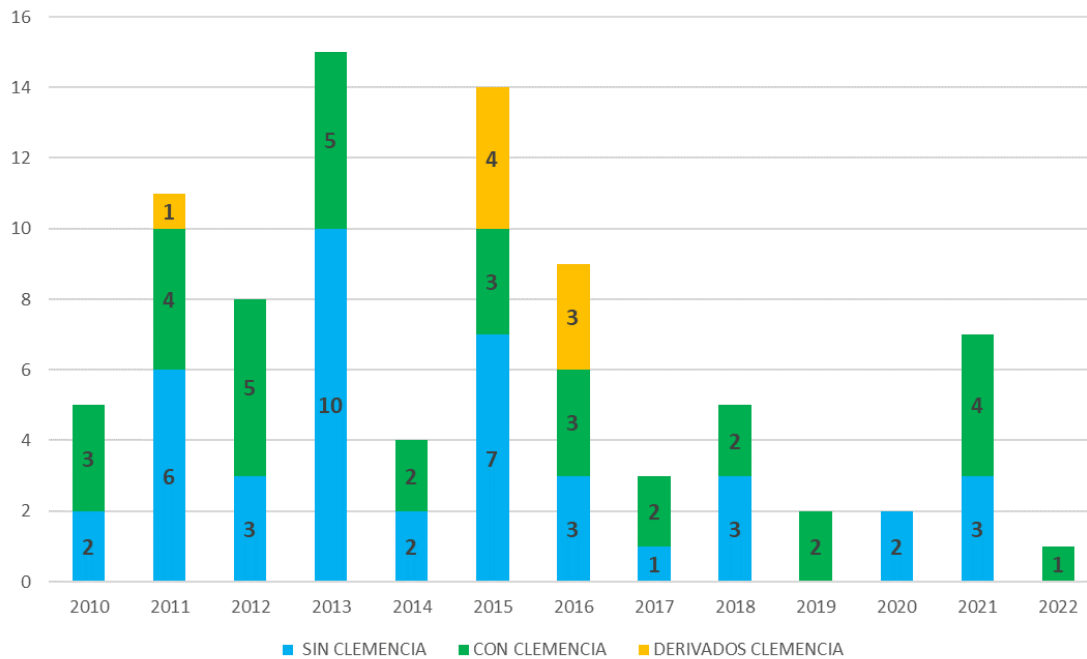
² Publicada en el BOE de 16 de agosto de 2013 y disponible en <https://www.cnmc.es/file/8558/download>

³ Accesible en: <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/solicitud-de-clemencia>. La particularidad de este registro radica en el direccionamiento de la información por él aportada hacia la unidad de la Dirección de Competencia de la CNMC responsable del análisis de las solicitudes de clemencia (Subdirección de Cárteles y Clemencia), garantizando de este modo la máxima

- Posibilidad de presentar solicitudes de clemencia con posterioridad a la incoación del expediente sancionador y hasta la notificación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH). Las solicitudes de reducción pueden presentarse después de dicha notificación cuando, teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la naturaleza o el contenido de los elementos de prueba aportados, esté justificado. De esta manera se incentiva el aporte de información y pruebas que permitan corroborar los hechos hasta prácticamente el final de la fase de instrucción, justo antes de la notificación de la propuesta de resolución.
 - Establecimiento de un marco procedimental que garantiza desde el primer momento la confidencialidad del procedimiento, la seguridad y certidumbre en cuanto al buen fin de la solicitud y la flexibilidad necesaria para acomodar los trámites del procedimiento a circunstancias particulares e ineludibles del solicitante de clemencia.
5. La aplicación de este programa desde su efectiva entrada en vigor el 28 de febrero de 2008, coincidiendo con la entrada en vigor del RDC que establecía el procedimiento para presentar una solicitud de clemencia, puede calificarse de realmente exitosa.
6. Las primeras Resoluciones de expedientes con solicitud de clemencia se publicaron en el año 2010. Desde entonces hasta la actualidad, como puede observarse en el Gráfico 2 - sobre un total de 86 cárteles sancionados, se han presentado solicitudes de clemencia en 36 casos (un 42% del total). A ellos habría que sumar otros 8 expedientes que tuvieron su origen en la información respecto de otros ilícitos recabada en inspecciones realizadas tras la presentación de una solicitud de clemencia:

confidencialidad tanto del hecho de la presentación de la solicitud de clemencia como del contenido de la misma.

Gráfico 2. Resoluciones sancionadoras de cárteles en España, según origen del expediente (2010-2022)



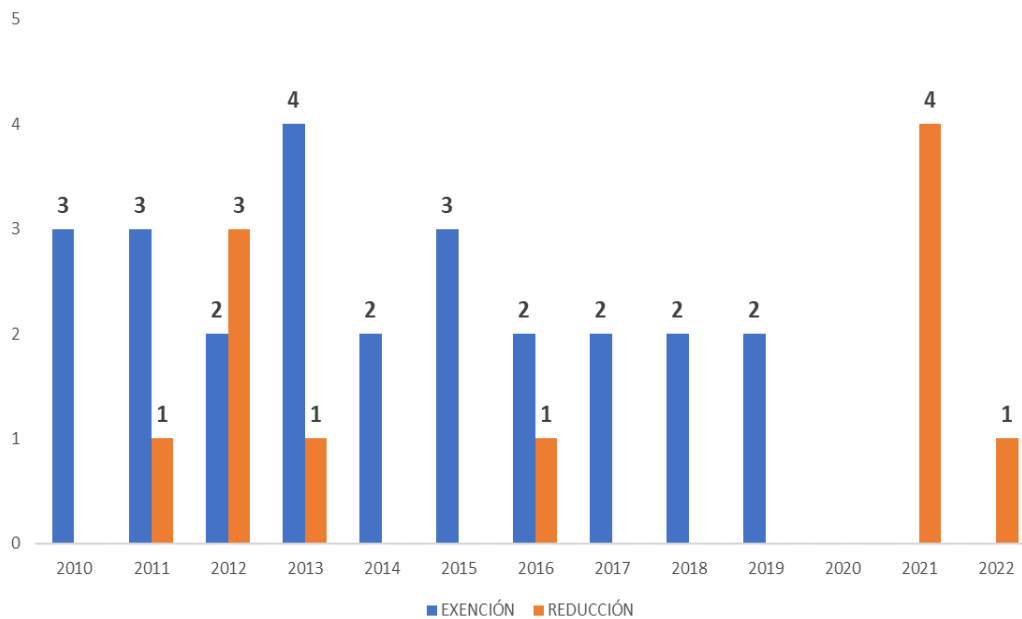
Fuente: CNMC

7. De estos 36 cárteles sancionados gracias al programa de clemencia, un total de 25 fueron detectados gracias a una solicitud de exención del pago de la multa, sin que la Autoridad de Competencia tuviera conocimiento previo de ellos. Se trata por tanto de la expresión del máximo valor añadido susceptible de ser generado por el programa de clemencia. En los restantes 11 expedientes se han presentado solicitudes de reducción del importe de la multa, por lo general con posterioridad a la realización de inspecciones por parte de la Autoridad de Competencia.

8. El diagnóstico favorable que cabe realizar del programa de clemencia durante este periodo debe de ser matizado prestando atención a la distinción entre solicitudes de exención del pago de la multa (artículo 65 de la LDC) y de reducción del importe de la multa (artículo 66 de la LDC), con la particularidad de que sólo las primeras suponen el desconocimiento previo de la infracción por parte de la Autoridad de Competencia,

9. La preponderancia de las solicitudes de exención del pago de la multa ha sido una constante durante los años de vigencia del programa de clemencia (con la sola excepción del ejercicio 2012, en el que las solicitudes de reducción fueron mayoría), como se observa en el Gráfico 3, en el que se representa el peso que cada tipología de solicitud (exención o reducción) ha tenido en el conjunto de Resoluciones adoptadas en cada ejercicio. Desde la pandemia, las Resoluciones con programa de clemencia publicadas muestran un creciente protagonismo de las solicitudes de reducción del importe de la multa, aunque es previsible que esta tónica será compensada, teniendo en cuenta los expedientes actualmente en instrucción:

Gráfico 3. Resoluciones sancionadoras con origen en solicitud de clemencia, según tipología (2010-2022)



Fuente: CNMC

10. La valoración extraordinariamente positiva que cabe realizar de los ya catorce años de aplicación del programa de clemencia, hace que sea inequívoca la voluntad de la CNMC de mantener e incluso reforzar los incentivos del programa de clemencia, pues no cabe duda de que sigue siendo una herramienta sumamente valiosa para la detección y posterior sanción de cárteles.

11. No puede sin embargo obviarse que existen una serie de indicadores que ponen de manifiesto una disminución del número de cárteles detectados y sancionados por la CNMC en los últimos ejercicios con solicitudes de clemencia. Este hecho no es necesariamente negativo, pues también pone de manifiesto la capacidad de la CNMC de detectar y sancionar cárteles sin programa de clemencia, pero aconseja la realización de un análisis del conjunto de herramientas existentes a disposición de las Autoridades de Competencia a tal fin.

12. En primer lugar, numerosas voces han destacado el riesgo que la aplicación privada del Derecho de la Competencia puede suponer para el programa de clemencia, pues no se contempla la posibilidad de eximir al solicitante de clemencia de la responsabilidad civil derivada de la infracción, dejándole expuesto, a pesar de su colaboración, a eventuales acciones de resarcimiento interpuestas por los afectados por el cártel⁴. La adopción en el ámbito de la Unión Europea de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, Directiva de daños), tenía como objetivo garantizar el derecho

⁴ YSEWYN, J., KAHMANN, S.: “The decline and fall of the leniency programme in Europe”, *Concurrences* N° 1-2018, pp. 44-59; ARCHIMBAUD, A.: “European leniency programmes and private enforcement: Dangerous liaisons”, *Concurrences* N° 3-2020; OCDE: *Relationship between public and private antitrust enforcement*, 2015. BUCCIROSSI, P., MOURA PINTO MARVAO, C., SPAGNOLO, G.: “Leniency and Damages”, 2015, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2566774>.

al pleno resarcimiento de los afectados por una infracción de la normativa de competencia⁵. La misma garantiza la existencia de vías procesales efectivas ante las jurisdicciones de los Estados Miembros y establece mecanismos para hacer compatible el ejercicio de dicho derecho (aplicación privada de la normativa de competencia) con el ejercicio de las potestades públicas atribuidas tanto a la Comisión Europea como a las Autoridades Nacionales de Competencia en virtud de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (aplicación pública de la normativa de competencia). Esta Directiva fue incorporada al ordenamiento español en 2017 por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores y crea en la LDC un nuevo Título VI “De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia” (artículos 71 a 81)⁶.

13. Esa búsqueda de equilibrio entre los distintos intereses en juego que constituye la base de la Directiva de daños también tiene su reflejo en lo relativo a los programas de clemencia. El riesgo de verse expuesto a una acción de resarcimiento de los daños causados por un cártel para un solicitante de clemencia se incrementa tras la adopción de la Directiva de daños (y su consiguiente trasposición) y la progresiva firmeza de muchas de las Resoluciones sancionadoras de cárteles dictadas por la Autoridad española de competencia en los últimos años⁷. Sin embargo, la Directiva de daños incluye una serie de garantías en favor del solicitante de clemencia, como la limitación de su responsabilidad al daño exclusivamente causado a sus proveedores o compradores (frente a la responsabilidad conjunta y solidaria del resto de participantes en el cártel), así como la confidencialidad otorgada a las declaraciones aportadas en el procedimiento de clemencia, que pueden a su vez actuar como factores que incentiven el recurso al programa de clemencia.

14. Existen otros factores susceptibles de incidir en la efectividad de los programas de clemencia, tales como la creciente complejidad de su valoración jurídica, incluida la propia definición del ilícito de cártel y las prácticas que pueden incluirse dentro de dicho concepto, así como la existencia de unas mayores dificultades para la obtención y aportación de pruebas de la infracción, debido tanto a las innovaciones en el ámbito de las comunicaciones como al refinamiento de las técnicas para la colusión anticompetitiva, en gran medida provocado por el desarrollo de las capacidad investigadora de las autoridades de competencia.

15. En paralelo, y por lo que a España se refiere, hay que destacar la adopción de diversas medidas tanto de carácter legislativo como administrativo, susceptibles de impulsar el atractivo y efectividad de los programas de clemencia y reforzar las capacidades de detección y sanción de cárteles por parte de la autoridad de competencia.

16. El objetivo de este trabajo, que parte de los casi quince años de aplicación en España del programa de clemencia y su valoración positiva, es precisamente analizar las principales amenazas actuales para su eficacia y exponer las distintas medidas ya adoptadas para reforzar su efectividad o contrarrestar algunos de los factores de riesgo identificados.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.

⁶ Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 126 de 27 de mayo de 2017.

⁷ En este sentido, destaca en España la atención mediática y de la opinión pública respecto del denominado *cártel de los coches*, sancionado mediante la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de Automóviles y confirmado por el Tribunal Supremo (TS) en sentencias de 20 de abril (rec. casación 2681/2020) y 6 (re. casación 2227/2020 y 2193/2020), 13 (rec. casación 2720/2020, 2745/2020 y 3907/2020), 17 (rec. casación 2218/020), 19 (rec. casación 3019/2020) y 31 de mayo de 2021 (rec. casación 2181/2020).

2. Factores de Riesgo para la efectividad del programa de clemencia

2.1. Creciente complejidad del concepto de cártel

17. Teniendo en cuenta que toda solicitud de clemencia por parte de un participante en un cártel -en España, como ya se ha dicho, tanto personas físicas como jurídicas- requiere una previa ponderación de los riesgos y beneficios que podrían derivarse de su presentación, cabe considerar que un incentivo de peso es la existencia de certeza en cuanto a su admisibilidad.

18. Esta seguridad no solamente afecta al posible cumplimiento de los requisitos previstos, en el caso español, en los artículos 65 (exención del pago de la multa) y 66 (reducción del importe de la multa) de la LDC, en cuanto al conocimiento previo que pueda tener la Autoridad de Competencia de los hechos sobre los que se va a informar, cuestión sobre la que el solicitante de clemencia difícilmente puede tener certezas. Afecta también a si la conducta no detectada por la Autoridad de Competencia será calificada como cártel, *conditio sine qua non* para la obtención de cualquier beneficio previsto en el programa de clemencia en España, y a si las evidencias aportadas son suficiente a los efectos de beneficiarse de una exención (que permitan ordenar una inspección) o reducción del importe de la multa (con valor añadido significativo a las que ya tenga la Autoridad de Competencia).

19. De este modo, la existencia de factores que dificulten la identificación de una práctica como constitutiva de cártel puede ser un factor de disuasión a la hora de presentar una solicitud de clemencia.

20. En el ordenamiento español, la definición de cártel se encuentra contenida en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC (en adelante, DA 4).

21. Esta definición figura en la LDC desde su adopción en 2007 y fue modificada en 2017 para adoptar la definición contenida en la Directiva de Daños⁸. Esta fue la primera norma de la UE en la que se contenía una definición del citado concepto en el párrafo 14 de su artículo 2, incluido en fecha más reciente en el párrafo 11 del artículo 2 de la Directiva de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior⁹ (conocida como Directiva ECN +).

⁸ El antiguo apartado 2 de la DA cuarta de la LDC, en su redacción originaria de 2007, definía cártel como:

“2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

La vigente redacción de la DA 4 de la LDC, contenida en la Directiva de Daños, define cártel como:

“todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”.

⁹ DOUE L 11 de 14 de enero de 2019.

22. La consagración legal del concepto de cártel ha permitido dotar de seguridad jurídica a la actividad de detección y sanción de esta práctica por parte de las autoridades de competencia, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad en su aplicación habida cuenta de la complejidad del contexto en que se desarrollan estas prácticas.

23. De este espíritu participan otros instrumentos de *soft law* en la UE, como las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*¹⁰ (en adelante, Directrices sobre acuerdos horizontales). En ellas se contienen indicaciones que permiten perfilar las características de algunas de las manifestaciones de cárteles hoy día más habituales (como, por ejemplo, los intercambios de información entre competidores¹¹).

24. Con la modificación operada en 2017, la LDC acomoda su definición de cártel al concepto legal y jurisprudencialmente consagrado en la UE, con arreglo al cual un cártel puede revestir la forma tanto de acuerdo como de práctica concertada. En este sentido, señala la jurisprudencia de los tribunales de la UE que no es necesario tipificar la conducta exclusivamente como una u otra de estas formas de comportamiento ilegal –acuerdo o práctica concertada–, pues los conceptos de acuerdo y práctica concertada son fluidos y pueden solaparse e incluso, puede no ser posible hacer tal distinción, pues una infracción puede presentar simultáneamente características de cada forma de conducta prohibida¹². En cualquier caso, a efectos del artículo 1 de la LDC, este cambio da cabida a la posibilidad de que un cártel no necesariamente tenga que adoptar la forma de un acuerdo entre empresas, bastando con que se acredite la existencia de una práctica concertada, definida por la jurisprudencia de la UE como cualquier “*forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*”¹³. Es decir, se amplían los contornos de la figura del cártel.

25. Junto a ello, la nueva redacción de la DA 4 se caracteriza por su mayor flexibilidad, permitiendo la posible integración en el concepto de cártel a prácticas que incluyan elementos verticales, como los esquemas de coordinación conocidos como *hub and spoke* y que se caracterizan por la participación en el mismo de agentes situados en escalones distintos de la cadena productiva¹⁴. También enumera *in fine* una serie de prácticas potencialmente constitutivas de cártel a título meramente ejemplificativo y no exhaustivo (frente al listado potencialmente cerrado que contenía la LDC con anterioridad a la reforma de 2017).

¹⁰ DOUE C 11 de 14 de enero de 2011.

¹¹ Párrafos 55 a 94.

¹² Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión; asunto T-7/89, Hércules/Comisión; asunto C-49/92, Comisión/Anic Partecipazioni; asunto C-199/92, P: Hüls/Comisión; asuntos acumulados T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. y otros/Comisión (PVC II) y asuntos T-147/89, T-148/89 y T-151/89, respectivamente Société Métallurgique de Normandie/Comisión, Trefilunion/Comisión y Société des treillis et panneaux soudés/Comisión.

¹³ Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión; asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión.

¹⁴ Un análisis del tratamiento de esta figura en el ámbito comunitario puede encontrarse en OECD: *Hub-and-spoke arrangements – Note by the European Union*, 13 de noviembre de 2019, DAF/COMP/WD(2019)89, disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)89/en/pdf).

26. Sin perjuicio de que en muchas ocasiones los cárteles “tradicionales” se adaptan con relativa facilidad al molde definido por el listado ejemplificativo de prácticas contenido tanto en el artículo 1 de la LDC como en el artículo 101 del TFUE (acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado o limitación de la producción), no es menos cierto que también se han considerado como cárteles prácticas más usuales hoy día, de mayor complejidad y cuya detección y sanción requiere de una compleja labor de análisis e interpretación de las evidencias probatorias sin la cual resulta difícil o imposible la percepción de las mismas como un cártel.

27. La nueva redacción de la DA 4, por tanto, pretende precisamente dar respuesta a la creciente complejidad de las prácticas constitutivas de cártel, evitando que una definición demasiado rígida del concepto impida la adecuada persecución de prácticas más sofisticadas, propiciadas por la aparición de nuevos modelos de negocio, por el desarrollo de nuevas capacidades de detección de las autoridades de competencia o por la utilización de nuevas tecnologías de comunicación que facilitan enormemente el contacto entre las empresas de múltiples formas, algunas de ellas sin dejar huellas evidentes o fácilmente detectables para las Autoridades de Competencia.

28. De este modo, tanto en el ámbito de la UE¹⁵ como en el español¹⁶ han sido sancionadas como cártel prácticas consistentes en el intercambio de información estratégica entre competidores, sin perjuicio de que no todo intercambio de información entre competidores pueda constituir un ilícito. Así lo señalan las Directrices de la Comisión sobre acuerdos horizontales, que insisten particularmente en la necesidad de analizar cuidadosamente el contexto en que se produce el intercambio y la naturaleza de la información intercambiada a los efectos de decidir sobre su presunto carácter anticompetitivo.

29. En definitiva, al menos en el ámbito de la UE existen actualmente, gracias a las normas y cuerpo jurisprudencial citados, más certezas en cuanto a la definición legal del concepto de cártel.

30. A pesar de ello, la realidad jurídica y económica es cambiante y recientes casos ponen en evidencia que los mecanismos de colusión ideados por empresas se van adaptando en función de las posibilidades técnicas numerosas y fáciles de implementar, más aún si entramos en el ámbito de las licitaciones públicas.

31. Así, los participantes en un cártel diseñan cada vez más formas de colaboración de enorme complejidad, haciendo más difícil su detección por las Autoridades de Competencia.

32. Sirva de ejemplo la Resolución de la CNMC de 17 de agosto de 2021 (Expte. S/0013/19 Conservación de Carreteras), en la que se sancionó un cártel integrado por 13 empresas que desde 2014 a 2018 acordaron la coordinación de las ofertas económicas a presentar en un total de 101 licitaciones públicas convocadas para la realización de trabajos

¹⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (C-8/08, *T-Mobile*) y de 19 de marzo de 2015 (C-286/13 *Bananas*).

¹⁶ Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional, confirmada mediante sentencia del TS de 8 de junio de 2015 (rec. 3253/2014); Resolución de la CNC de 19 de enero de 2012, Expte. S/0280/10 Suzuki-Honda, confirmada por sentencia del TS de 25 de julio de 2018 (rec. 2917/2016) y Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de Automóviles, confirmada por sentencias del TS de 20 de abril de 2021 (rec. 2681/2020), de 6 de mayo de 2021 (rec. 2227/2020 y 2193/2020), de 13 de mayo de 2021 (rec. 2720/2020, 2745/2020 y 3907/2020), de 17 de mayo de 2021 (rec. 2218/2020) y de 31 de mayo de 2021 (rec. 2181/2020).

de conservación de la red de carreteras. Mediante la creación artificial de grupos de licitaciones y la asignación de bolsas de puntos entre las empresas que se gastaban de acuerdo a sofisticadas fórmulas creadas al efecto, las empresas participantes en el cártel concentraban sus ofertas competitivas en un número limitado de licitaciones. Además, limitando al mínimo los descuentos a presentar por todas las empresas en todas las licitaciones (incluso en las que eran de cobertura) alteraron los umbrales de bajas anormales y pudieron expulsar de los procesos de licitación a las empresas ajenas al cártel que realizaban ofertas realmente competitivas.

33. En este supuesto, la presentación por parte de una de estas empresas de una solicitud de reducción del importe de la multa justo al día siguiente de finalizar la inspección de su sede, permitió a la CNMC completar las evidencias de contactos y comunicaciones directas entre las empresas del cártel. Las declaraciones del solicitante de clemencia aclarando e interpretando el significado de las fórmulas, recabadas en anotaciones manuscritas y documentos internos en las inspecciones realizadas y explicando el *modus operandi* del cártel fueron determinantes para poder declarar esta infracción y sancionarla.

2.2. Dificultades para la aportación de evidencias

34. Otro factor susceptible de incidir sobre la presentación de solicitudes de clemencia es la dificultad para recabar evidencias acreditativas de la existencia de un cártel, incluso para un eventual solicitante de clemencia, pudiera derivarse del desarrollo de nuevas tecnologías que han modificado notablemente las formas de comunicación.

35. La propia naturaleza de las comunicaciones propiciadas por el desarrollo de estas nuevas tecnologías (sistemas de mensajería instantánea, videoconferencias, etc.) permite una comunicación inmediata entre competidores, incluso con carácter multilateral, haciendo mucho más fácil el intercambio de información o la comunicación entre empresas sin que quede rastro alguno del contenido de las conversaciones.

36. En efecto, la comunicación mediante sistemas de mensajería y de videoconferencia se caracteriza por su volatilidad, al permitir eliminar evidencias con más facilidad, tanto por las propias prestaciones de dichos sistemas (eliminación automática de mensajes, facilidad de borrado de conversaciones o mensajes, incluso en el dispositivo de los destinatarios de los mensajes enviados), como por la naturaleza tanto de las aplicaciones informática que permiten las conversaciones (necesitadas de permanentes actualizaciones) como de los dispositivos que albergan dichos sistemas (susceptibles de ser renovados con frecuencia con riesgo de desecho de la información en ellos contenido). Otros sistemas de comunicación, como el correo electrónico, tienen sistemas de eliminación que requieren de un mayor esfuerzo, al carecer de prestaciones para el borrado como las ofrecidas por muchas aplicaciones de mensajería instantánea. También garantizan la pervivencia de la información intercambiada incluso si se reemplaza el dispositivo a través del cual se accedió al correo electrónico, al hallarse la citada información almacenada fuera del citado dispositivo, ya sea en servidores externos al dispositivo que permite la comunicación, o en “la nube”, etc. De este modo, nos hallamos en un contexto caracterizado por la facilidad para la comunicación (instantánea, a coste mínimo, multilateral) y, por tanto, para facilitar el contacto entre competidores (caldo de cultivo para la colusión), pero caracterizado también por la dificultad para la obtención de evidencias, debido tanto a la mayor volatilidad de este tipo de comunicaciones propiciada tanto por sus propias prestaciones (facilidad para el borrado de conversaciones o mensajes) o por la imposibilidad de acceder a las comunicaciones una vez se desecha el dispositivo (generalmente móvil) a través del cual se realizaron. Todo ello contribuye a hacer más difícil la obtención de pruebas, no solamente por parte de las autoridades de competencia en ejercicio de sus facultades de investigación, sino también para un eventual solicitante de clemencia, para quien la

aportación de evidencias que den soporte a sus declaraciones puede ser imposible o ser tan limitada que ponga en peligro la viabilidad de su solicitud, en particular en los casos en que solicita una reducción del importe de la multa y no sea posible satisfacer el requisito relativo al valor añadido de la información aportada (artículo 66 de la LDC).

37. La experiencia de la CNMC pone de manifiesto la creciente importancia del sistema de mensajería instantánea *WhatsApp* como herramienta facilitadora de la comunicación y, por ende, de la colusión, entre empresas competidoras, hasta el punto de haber basado alguna reciente resolución sancionadora de cártel exclusivamente en evidencias obtenidas a través de este sistema, corroboradas por la solicitud de clemencia presentada tras la realización de la primera ronda de inspecciones¹⁷.

38. Ello, en cualquier caso, pone de manifiesto la capacidad de adaptación de las autoridades de competencia, entre ellas la CNMC, a la nueva realidad derivada del cambio tecnológico, contribuyendo a minimizar el riesgo que este pudiera suponer para los programas de clemencia. Precisamente con el fin de reforzar la capacidad de obtención de pruebas, resulta cada vez más determinante la colaboración en el ámbito de la clemencia de los directivos implicados en los hechos objeto de investigación, más si cabe en una jurisdicción como la española, en la que dichos directivos también pueden ser objeto de sanción¹⁸. Tal como se ha indicado los directivos pueden presentar en su nombre o junto con la empresa una solicitud de clemencia¹⁹. Tal ha venido reforzada por el Tribunal Supremo (TS) que ha confirmado que la CNMC puede dar publicidad de los nombres de personas físicas sancionadas por infracciones de competencia²⁰. El impacto reputacional que esta publicación puede suponer tiene también incidencia en los programas de clemencia.

39. La práctica reciente de la CNMC pone de manifiesto la necesidad para la empresa solicitante de clemencia de contar con la colaboración de sus directivos participantes en el cártel, pues su falta puede ser un obstáculo importante para garantizar el éxito de dicha solicitud, aportando información con valor añadido significativo²¹. Esta misma necesidad por parte de la empresa de recabar la colaboración de los directivos implicados se constata en los programas de cumplimiento normativo (o programas de *compliance*), susceptibles de reportar también a la empresa ventajas adicionales, en forma de reducción de una eventual multa, como se verá posteriormente.

40. En ocasiones, la dificultad para la obtención de evidencias también deriva de la posible existencia de casos de implantación inadecuada de programas de cumplimiento normativo adoptados por los operadores económicos. Si bien es cierto que los programas solventes pueden estar contribuyendo a reducir prácticas anticompetitivas en el seno de las empresas -fin obviamente deseable por las Autoridades de Competencia-, no puede negarse la existencia de programas de cumplimiento meramente formales o cosméticos que pueden

¹⁷ Resolución de la CNMC de 4 de marzo de 2022, Expte. S/0012/19 Chatarra y Acero.

¹⁸ El artículo 63.2 de la LDC establece que “*se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta*”.

¹⁹ Los artículos 65 y 66 de la LDC prevén que la solicitud de clemencia pueda ser presentada no solo por empresas sino también por personas físicas, en su propio nombre.

²⁰ Sentencia del TS de 28 de marzo de 2019 (rec. 6360/2017), en relación con el Expte. S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias.

²¹ En este sentido, Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2021, Expte. S/DC/0614/17 Seguridad y comunicaciones ferroviarias.

dar lugar no solo al mantenimiento de dichas prácticas sino a su sofisticación evitando dejar huella y sorteando los mecanismos internos de control.

41. No se trata solo de que no resulte admisible que la empresa incentive la colaboración a través de recompensas directas u otro tipo de ventajas (p.e., garantía del puesto de trabajo a cambio de su colaboración con la solicitud de clemencia) a los responsables directos de la infracción²². Se trata igualmente de que cuando una entidad es consciente de los riesgos de coordinación entre competidores y de la ilegalidad de ciertas conductas, se evite la generación de evidencias que permitan detectar dichas prácticas o, se destruyan pruebas, lo que imposibilita que la empresa pueda aportar elementos de prueba en su solicitud de clemencia.

42. Por el contrario, un programa de cumplimiento bien implementado puede precisamente servir a la empresa para presentar una solicitud de clemencia y terminar con la conducta ilegal de manera adecuada.

2.3. Desarrollo de la aplicación privada del derecho de la competencia (acciones para el resarcimiento de los daños)

43. Como se ha indicado, el desarrollo en el ámbito de la UE al amparo de la Directiva de daños, de un marco jurídico regulador de las acciones para el resarcimiento de los daños derivados de un ilícito anticompetitivo, constituye un factor generador de notables efectos sobre la aplicación pública de la normativa de competencia

44. En la medida en que la política de competencia debe de ser compatible con la obligación de reparar los perjuicios derivados de una infracción de la normativa de competencia, el régimen previsto en la Directiva de daños e incorporado al ordenamiento español prevé que el beneficio del programa de clemencia se limite exclusivamente a las sanciones impuestas en el marco de un expediente sancionador, sin extenderse a las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación privada del Derecho de la competencia, lo que pudiera generar un efecto disuasorio para potenciales solicitantes de clemencia. Junto a ello, hay que recordar que en el caso de daños causados por un cártel se ha establecido un régimen particularmente favorable al reclamante, al invertirse la carga de la prueba, presumiéndose que los cárteles siempre provocan daños indemnizables, salvo que se pueda demostrar lo contrario (artículo 76.3 de la LDC).

45. Otro posible impacto es la mayor exposición del solicitante de clemencia a las acciones de daños, particularmente en el caso de acciones *follow-on* (aquellas basadas en una previa resolución sancionadora de la autoridad de competencia), en la medida en que la más que posible renuncia del solicitante de clemencia a recurrir la resolución sancionadora puede desembocar en su más pronta adquisición de firmeza en lo que a él respecta y por tanto convertirle en el primer objetivo de las reclamaciones por daños²³.

46. Se hace necesario por tanto encontrar un equilibrio que garantice tanto la efectividad de los programas de clemencia como del derecho al resarcimiento efectivo de los daños derivados de una infracción de la normativa de competencia.

47. En este sentido se pronuncia el marco jurídico vigente, que como se ha indicado trata de conciliar las implicaciones derivadas de la aplicación pública y privada de la

²² POLLEY, R.: “Is the Continued Success of Leniency in Cartel Cases in Danger? Some Comments from a Private Practitioner’s Perspective”, *CPI Antitrust Chronicle*, Septiembre de 2015.

²³ OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement (15 June 2015) DAF/COMP/WP3(2015)14.

normativa de competencia en búsqueda de un equilibrio que garantice tanto (i) la efectividad de los programas de clemencia, a través de la limitación de la responsabilidad exigible al solicitante de clemencia, como (ii) el adecuado ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños derivados de una infracción de la normativa de competencia, pero a la vez garantizando al solicitante la confidencialidad de las declaraciones aportadas en el marco del programa de clemencia.

2.3.1. Limitación de la responsabilidad del solicitante de clemencia

48. Consciente de la necesidad de mantener el atractivo de los programas de clemencia, la Directiva establece una limitación de la responsabilidad del solicitante frente a la que cabe exigir al resto de participantes en el cártel. Frente al principio general de reconocimiento de una responsabilidad conjunta y solidaria de los participantes en un cártel por los perjuicios causados por la infracción (artículo 73.1 de la LDC), el artículo 73.4 establece un régimen particular para el solicitante de clemencia, limitando su responsabilidad a los daños causados “a sus compradores o proveedores directos o indirectos”, salvo cuando no se pueda obtener resarcimiento de las demás empresas implicadas en el cártel, en cuyo caso el solicitante de clemencia sí será conjunta y solidariamente responsable de los daños causados por la infracción.

49. Hay que destacar la garantía adicional introducida en la LDC en 2017 con su nuevo artículo 73.5, como consecuencia de la trasposición al ordenamiento español de la Directiva de daños. Dicho artículo reconoce expresamente al solicitante de exención un derecho de repetición frente al resto de coinfractores, en aquellos supuestos en que se le hubiera exigido responsabilidad de carácter solidario por los daños producidos por el cártel, a los efectos de garantizar que la responsabilidad por él soportada no excede efectivamente de los daños exclusivamente causados a sus compradores o proveedores directos o indirectos. El régimen vigente en España, por tanto, coloca al solicitante de clemencia en una posición de relativa ventaja frente al resto de coinfractores no acogidos al programa de clemencia, con una especial protección para el solicitante de exención por mor de lo previsto en el citado artículo 73.5 de la LDC²⁴.

2.3.2. Límites al acceso a la información aportada por el solicitante de clemencia

50. Con el fin de garantizar un ejercicio eficaz del derecho al pleno resarcimiento de los daños derivados de una infracción de la normativa de competencia, compatible con su aplicación pública, el artículo 6 de la Directiva de daños limita el acceso por los reclamantes de daños a la documentación facilitada por el solicitante de clemencia.

²⁴ Existen opiniones que abogan por limitar aún más la responsabilidad del solicitante de clemencia, planteando la posibilidad de ampliar aún más el beneficio previsto por la Directiva de Daños, para exonerar por completo de responsabilidad al solicitante de clemencia en aquellos casos en que los daños puedan ser resarcidos por el resto de los participantes en el cartel, a cambio de la imposición al solicitante de clemencia de deberes concretos de colaboración con eventuales acciones de daños. Vid. BUCCIROSSI, P., MOURA PINTO MARVAO, C., SPAGNOLO, G.: “Leniency and Damages”, 2015, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2566774>; YSEWYN, J., KAHMANN, S.: “The decline and fall of the leniency programme in Europe”, *Concurrences* N° 1-2018, pp. 44-59; HALVORSEN BARLUND, I.M.: “Access to Leniency Evidence and the Liability of an Immunity Recipient under EU Competition Law”, Norwegian Competition Authority, Rapport 5/2, disponible en <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2020/07/Rapport-5-2020-Access-to-Leniency-Evidence-and-the-Liability-of-an-Immunity-Recipient-under-EU-Competition-Law.pdf>.

51. Diversas voces han destacado que esta cuestión constituye el nudo gordiano del equilibrio entre la aplicación pública y privada de la normativa de competencia²⁵.

52. Privar del acceso a la información proporcionada por el solicitante de clemencia corre el riesgo de vaciar de contenido al derecho de resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción.

53. *Sensu contrario*, sustraer a la información aportada por el solicitante de clemencia de algún tipo de protección reduciría aún más los incentivos para acogerse al programa de clemencia, al constituir dicha información la base de una eventual reclamación por daños.

54. Por esta razón, el régimen vigente en España sobre esta cuestión desde la trasposición de la Directiva de daños en 2017, previsto en la normativa del proceso judicial civil, trata de alcanzar un equilibrio entre ambos objetivos, excluyendo de dicho acceso a las declaraciones realizadas en el marco del programa de clemencia, que quedarían excluidas de obligatoriedad alguna de exhibición (apartado 6 del artículo 283 bis i) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁶), pero no al resto de la información facilitada por el solicitante, cuyo acceso podrá ser reclamado en el marco de una acción de daños. En este sentido, la propia Directiva reconoce en su considerando 26 la necesidad de preservar las declaraciones presuntamente autoincriminatorias, con el fin de garantizar de modo continuado la buena disposición de las empresas para colaborar con las Autoridades de Competencia²⁷.

3. Medidas implantadas en España con potenciales efectos beneficiosos para el programa de clemencia

55. En paralelo a la exitosa aplicación del programa de clemencia en España, pero ya siendo conscientes del impacto que la trasposición de la Directiva de daños podría suponer de cara a la presentación de solicitudes de exención del pago de la multa, hay que destacar la puesta en marcha de una serie de medidas complementarias, algunas de índole normativa y reguladora, que contribuyen a mantener y/o reforzar el atractivo del programa de clemencia.

3.1. Exclusión del solicitante de clemencia de la prohibición de contratar con la Administración Pública (2017)

56. Una de las principales medidas en este sentido es la exclusión de los solicitantes de clemencia de la prohibición de contratar con la Administración pública susceptible de ser impuesta a quienes incurran en infracción grave de la normativa de competencia, de

²⁵ MIGANI, C.: “Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement”, *Global antitrust Review*, 2014, pp. 83-88; ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: “Las acciones de reclamación de daños derivados de infracción de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia”, *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2017, pp. 189-214.

²⁶ Añadido mediante Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. BOE nº 126 de 27 de mayo de 2017.

²⁷ No obstante, existen opiniones divergentes al respecto. Así, se ha llegado a considerar la irrelevancia del acceso a la citada información, en la medida en que raramente la misma versa sobre cuestiones relativas a un análisis contrafactual o la cuantificación del sobre coste vinculado a la existencia del cártel, que suelen ser los datos de más interés en el marco de una acción por daños. YSEWYN, J., KAHMANN, S.: “The decline and fall of the leniency programme in Europe”, *Concurrentes* N° 1-2018, pp. 44-59.

acuerdo con el artículo 72.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

57. Este precepto, en relación con artículo 71.1.b), prevé la exclusión de los solicitantes de clemencia de la prohibición de contratar con la Administración pública susceptible de ser impuesta a quienes hubieran incurrido en infracción grave de la normativa de competencia. La reforma de la LDC llevada a cabo en 2021, como consecuencia de la trasposición al ordenamiento español de la Directiva ECN+, ha permitido añadir sendos párrafos a los artículos 65 y 66 de la LDC en los que se recoge la exclusión de los solicitantes de clemencia de la prohibición para contratar prevista en la LCSP, de forma automática para el solicitante de exención del pago de la multa y con carácter potestativo (“*podrá comprender*”) para el solicitante de reducción del importe de la multa (respecto del que en cualquier caso, deberá verificarse que se acredita el pago de la multa, de acuerdo con la LCSP).

58. Desde la entrada en vigor de la LCSP, la prohibición para contratar con la Administración que en el ordenamiento español se ha configurado como *ex lege*, ha sido referida en doce Resoluciones sancionadoras de la CNMC²⁸. Esta medida tiene un enorme efecto disuasorio con un potencial creciente, en la medida en que dichas Resoluciones sean confirmadas en revisión judicial y una vez que se haya determinado la duración y alcance de dicha prohibición de contratar por el Ministerio de Hacienda, pues hasta ahora las resoluciones de la CNMC no las han determinado²⁹.

59. Lo que resulta evidente es que la expresa exclusión del solicitante de clemencia supone un claro incentivo para la presentación de solicitudes, particularmente en los numerosos sectores donde la contratación pública constituye una importante fuente de negocio.

3.2. Creación de la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC (2018)

60. Con el fin de reforzar la capacidad de detección de prácticas anticompetitivas, en el año 2018 tuvo lugar la creación de la Unidad de Inteligencia Económica, integrada dentro de la Dirección de Competencia de la CNMC. Esta unidad fue diseñada para prestar apoyo al conjunto de la Dirección de Competencia en aquellas áreas necesitadas de un mayor análisis de datos y para la gestión del Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA), creado en 2021³⁰. Entre sus objetivos primordiales está precisamente reforzar la capacidad de detección *ex officio* de cárteles.

61. A tal efecto, la UIE ha desarrollado herramientas facilitadoras del análisis de la enorme cantidad de información disponible en relación con licitaciones convocadas por las distintas Administraciones públicas de España (estatal, regional, local), pues la colusión en

²⁸ La primera de ellas data de 2019, Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/16 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS.

²⁹ Resoluciones de la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) y de la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) sí lo han determinado: Resoluciones de la ACCO de 23 de diciembre de 2019, Expte. 94/2018 Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña y de 21 de julio de 2021, Expte. 102/2019, Aerobús 2 y Resolución de la CGC de 15 de diciembre de 2020, Expte. R 4/2020 Licitación transporte escolar.

³⁰ <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/sica>.

licitaciones públicas (*bid-rigging*) constituye precisamente una de las formas más habituales que adoptan los cárteles en España³¹.

62. La creación de la UIE ya ha dado frutos tangibles. La UIE, entre otros casos, contribuyó de modo directo al análisis de los datos disponibles conducentes a la realización de una serie de inspecciones en diciembre de 2018 en el ya explicado expediente S/0012/19 *Conservación de Carreteras* y a procesar adecuadamente la información lo que incrementó de manera exponencial la solvencia del expediente sancionador.

3.3. Adopción de la Guía de la CNMC sobre los programas de cumplimiento normativo (2020)

63. En 2020 la CNMC publicó su *Guía sobre los programas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia*³² (en adelante, la Guía). Su objeto es fomentar la implantación y el desarrollo por las empresas de los programas de cumplimiento normativo (o de *compliance*), aportando una serie de directrices en torno a los criterios básicos que la CNMC considera relevantes para la eficacia de dichos programas.

64. La Guía prevé también una serie de incentivos para fomentar tanto la implantación de dichos programas como la colaboración de las empresas con la CNMC, en especial en el marco del programa de clemencia.

65. El efecto de las directrices sobre el programa de clemencia es, por su propia naturaleza, ambivalente. En primer lugar, el objetivo último de las directrices es fomentar la existencia de conductas respetuosas con la normativa de competencia, con lo que su efectividad se traducirá en la comisión de menos conductas constitutivas de infracción y, por tanto, en la presentación de menos solicitudes de clemencia.

66. No obstante, la Guía establece un sistema de incentivos tanto para aquellos casos en que la empresa ya contase con un programa de cumplimiento normativo con anterioridad al inicio del expediente sancionador de la CNMC (programas *ex ante*) como para aquellos en que lo implante con posterioridad al mismo (programas *ex post*). En relación con los primeros, la Guía expresamente indica que, para beneficiarse de los incentivos en ella previstos, la empresa necesariamente deberá acogerse al programa de clemencia en caso de que la infracción en cuestión sea constitutiva de cártel. De este modo, la empresa podrá beneficiarse de una atenuación en la multa finalmente impuesta, que se añadirá a la reducción prevista por el programa de clemencia. Obviamente, esta reducción no será posible en los casos en que la empresa haya obtenido una exención de la multa a resultas de su solicitud de clemencia.

67. El beneficio que para el programa de clemencia deriva de las previsiones de la Guía es por tanto doble. Al margen del obvio incentivo que puede suponer la existencia de una reducción adicional del importe de una eventual multa, cabe hablar además de un refuerzo simbólico del programa de clemencia, pues de lo previsto en el apartado 4.1.A de la Guía parece concluirse que la credibilidad del programa de cumplimiento normativo invocado por la empresa en el marco de un procedimiento sancionador está directamente vinculada con su participación en el programa de clemencia en aquellos casos en que el mismo sea

³¹ 30 de los 83 cárteles sancionados en España durante el periodo 2010-2022 corresponden a este tipo de práctica (Fuente: CNMC).

³² Disponible en la página Web de la CNMC, https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf

aplicable. En este sentido, la Guía establece que “*la puesta en conocimiento de la autoridad de dicho cártel o su colaboración a través del programa de clemencia conforme a lo establecido en los artículos 65 y 66 de la LDC constituye la evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia*”.

68. En este sentido, la Guía refleja el espíritu previsto en el citado artículo 72.5 de la LCSP, pues en él se prevé que la exclusión de la prohibición de contratar también alcanzará a aquellas empresas que acrediten “*la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia*”.

69. De este modo, el efecto combinado de la previsión de la LCSP y la Guía de la CNMC contribuye a reforzar el programa de clemencia, en la medida en que su inclusión en los programas de cumplimiento normativo parece condición indispensable para la obtención por la empresa de todas las ventajas en caso de un eventual expediente sancionador en materia de competencia.

70. Desde la adopción de la Guía de la CNMC, la invocación por parte de las empresas incurso en un expediente sancionador de sus programas de cumplimiento normativo es ya una práctica habitual. Los programas han sido objeto de valoración positiva por primera vez en la resolución de 11 de mayo de 2021, en la que se acordó el reconocimiento de una reducción de un 10% respecto de la multa impuesta a una de las participantes en el cártel, por la adopción, con carácter *ex ante* y *ex post*, de medidas de cumplimiento de la normativa de competencia³³.

4. Conclusión

71. La puesta en marcha del programa de clemencia desde el año 2008 ha supuesto una transformación radical de la capacidad de detección y sanción de cárteles en España. El programa se ha constituido como una herramienta flexible, garantista y atractiva para empresas y particulares, lo que explica su enorme éxito a lo largo de sus catorce años de existencia.

72. No obstante, el análisis de los datos de los últimos ejercicios permite advertir una cierta ralentización de la efectividad de dicha herramienta, que en cualquier caso es paralela al descenso del número de cárteles sancionados en España desde el año 2015 en adelante.

73. Esta ralentización, que pudiera obedecer a diversos factores descritos, no ha impedido en ningún caso el mantenimiento durante los últimos ejercicios de una actividad sancionadora estable de la CNMC, con apoyo en el programa de clemencia, incluso en circunstancias extraordinarias como las provocadas por la pandemia de la COVID-19.

74. En línea con este enfoque, en los últimos ejercicios se han puesto en marcha una serie de medidas legales y administrativas susceptibles de generar un efecto positivo sobre actividad sancionadora de la CNMC y la efectividad del programa de clemencia.

75. En este sentido, no es de descartar la futura adopción de medidas que avancen en similar dirección, como la posible introducción en el ordenamiento español de un procedimiento de transacción equivalente al existente en otras jurisdicciones³⁴.

³³ Expte. S/DC/0627/18 Consultoras.

³⁴ Entre ellos, destaca el *settlement procedure* puesto en marcha por la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/settlement_en

76. En el momento actual, numerosos expedientes de la CNMC relativos a cárteles se hallan en fase de instrucción y/o resolución, particularmente en relación con supuestos de manipulación de licitaciones públicas (*bid-rigging*), una práctica particularmente nociva para el bienestar general por su repercusión en la calidad de los servicios y las cuentas públicas. Ello pone de manifiesto la necesidad de continuar apostando por la adaptación del marco jurídico y administrativo en el que se desarrolla el programa de clemencia no sólo a la realidad de los mercados y el desarrollo tecnológico, sino también a la propia experiencia adquirida tanto por las autoridades como por los operadores económicos tras catorce años de aplicación de dicho programa.