

1. Introducción: el concepto de cártel y la lucha contra los cárteles como origen de la defensa de la competencia

La lucha contra los cárteles ha constituido desde un principio la razón de ser y existir del propio Derecho de la Competencia o Derecho *Antitrust*, en su denominación norteamericana, a la que se atribuye el origen, al menos contemporáneo, de esta disciplina.

Esta afirmación se ve claramente reafirmada por el hecho, nada anecdótico, de que alguna de las autoridades de competencia más importantes, como sucede con la alemana reciba tradicionalmente su nombre precisamente de la lucha contra los cárteles. Nos referimos, obviamente, al *Bundeskartellamt*¹.

Sin embargo, como tendremos ocasión de señalar, la creación de unidades específicas para la represión de los cárteles, de manera especializada, es relativamente reciente² y, en el caso de España, se circunscribe al caso de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con clara vinculación al establecimiento de Programas de clemencia.

En el caso de la Unión Europea podríamos relacionarlo, además de con los programas de clemencia, con la reducción de carga de trabajo derivada del proceso de descentralización impulsado a partir del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado³, que ha permitido a la DERCOMP concentrar sus recursos en los casos de mayor gravedad, entre los que están, obviamente, los “*Hard Core Cartels*”.

Este hecho se percibe con claridad en las definiciones de “cártel” que han adquirido reconocimiento legal⁴. Tal es el caso, por ejemplo, de la definición que incorpora la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “Ley 15/2007” o “LDC”), cuya Disposición Adicional cuarta (“Definiciones”) señala en su apartado 2º que “2. *A efectos de lo dispuesto en esta Ley⁵ 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.*”

En esta definición, introducida en la LDC “*A efectos de lo dispuesto en esta Ley⁶*” trata de delimitar la noción de cártel en relación a la clemencia, como evidencia el que se refiera a acuerdos “secretos”, requisito que no

¹ La interesante web institucional del *Bundeskartellamt* puede consultarse además de en alemán, en inglés [<http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/index.php>] y francés [<http://www.bundeskartellamt.de/wFranzoesisch/index.php>].

² También es relativamente reciente el hecho de que la página principal de la web institucional de la DGCOMP [http://ec.europa.eu/competition/index_en.html] incorporase un epígrafe específico para los cárteles [], que inicialmente no existía al estar su contenido incluido en el correspondiente a “Anitrust”.

³ DO L 1, de 4.1.2003, p. 1.

⁴ Aunque esta cuestión es abordada en la primera parte de la investigación que se lleva a cabo dentro de este mismo Grupo de Investigación y a la cual nos remitimos en extenso, debemos a efectos puramente instrumentales hacer algunas consideraciones al respecto.

⁵ Subrayamos este primer inciso pues se ha destacado cómo el alcance de esta definición legal debe interpretarse en clara relación con la política de clemencia que, precisamente se introduce en el Derecho interno español con la Ley 15/2007, y que, por lo tanto, no es procedente darle un alcance más general.

⁶ Alguno de los comentaristas de la nueva LDC han destacado este extremo y como la noción de cártel recogida en la misma se circunscribe al ámbito de la clemencia, por lo que incluso se ha dudado de la oportunidad de su inclusión en el texto final de la Ley 15/2007. En este sentido, BERENGUER FUSTER, L.: “Reflexiones en torno al programa de clemencia”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 28, julio-agosto, La Ley, 2012, pp. 11 a 22; en concreto, p. 15.

aparece en otras definiciones, como la que ofrece el Glosario que con carácter divulgativo elaboró la DGCOMP en 2002⁷, que define al “Cártel” en los siguientes términos:

“Cartel: Acuerdo entre empresas competidoras destinado a limitar o eliminar la competencia entre ellas, con objeto de aumentar los precios y los beneficios de las empresas participantes, sin producir ninguna ventaja compensatoria objetiva. En la práctica, esto suele hacerse fijando los precios, limitando la producción, repartiendo los mercados, asignando clientes o territorios, coludiendo en los procedimientos de licitación o combinando varias de estas restricciones específicas. Los carteles son perjudiciales para los consumidores y la sociedad en su conjunto debido a que las empresas participantes aplican precios más altos (y obtienen mayores beneficios) que en un mercado competitivo.”

La lucha contra los cárteles, como supuesto más grave de pacto colusorio, ha sido en buena medida, como ya hemos anticipado, el fundamento mismo del nacimiento del Derecho comunitario de la competencia, puesto que aunque ni el actual artículo 101 TFUE, ni sus precedentes en los tratados anteriores utilizan este término de forma expresa, que se incorpora al acervo comunitario en el Derecho derivado y en la práctica decisoria y jurisprudencial, sí enuncian entre los supuestos más graves de “pacto colusorio” lo que tradicionalmente se ha considerado como un “cártel”.

Así, el artículo 101.1 TFUE señala expresamente que *“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

[...]”

Por ello, tanto en el caso de la Unión Europea, como el de España, que reproduce de forma prácticamente literal los tipos prohibidos, el desarrollo de una política de represión especializada contra los cárteles, singularizada respecto de la realizada contra las demás prácticas antitrust es relativamente reciente y se haya especialmente vinculada al desarrollo de una política de clemencia (*leniency*), que se ha configurado como un instrumento de especial utilidad⁸.

En este sentido debemos subrayar que la lucha contra los cárteles en el ámbito de la Unión Europea adquiere un desarrollo especialmente intenso a partir de 2008, con la aprobación del Reglamento (CE) n° 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel⁹, desarrollada por la Comunicación,

⁷ Véase, DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA.: *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea. Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones*, Dirección General de la Competencia, Comisión Europea, Bruselas, Julio de 2002, pp. 8 y 9 [disponible en castellano en formato pdf en: http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_es.pdf].

⁸ Lo que en España se ha traducido como Política de clemencia tiene su origen en Estados Unidos y de allí pasó inicialmente a la Unión Europea y de forma progresiva a las diferentes legislaciones nacionales de competencia como la española.

también de la Comisión, sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel¹⁰, que incentivan la ruptura interna de estos acuerdos ilegales ofreciendo indudables ventajas a los que rompan la disciplina de los mismos y aporten información relevante para su detección, destrucción y sanción.

2. La aplicación descentralizada del Derecho de la competencia en la Unión Europea

El proceso de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en la Unión Europea, aunque limitado inicialmente a las autoridades judiciales nacionales al amparo del efecto directo que la jurisprudencia comunitaria había venido reconociendo a diversos preceptos del Derecho originario, entre ellos, los actuales artículo 101.1 y 102 TFUE¹¹, adquiere un notable impulso con la aprobación del denominado “Paquete Modernizador¹²” de los actuales artículos 101 y 102 TFUE, del que el ya citado Reglamento 1/2003 es la pieza clave¹³.

El denominado “Paquete modernizador” ha impulsado tanto la denominada Aplicación Pública descentralizada del Derecho de la Competencia comunitario (*Public Enforcement*), reconociendo un verdadero papel a las Autoridades nacionales de la competencia, como a la llamada aplicación privada o judicial (*Private Enforcement*), del Derecho de la Competencia¹⁴.

⁹ DO L 171, de 1.7.2008, p. 3.

¹⁰ DO C 167, de 2.7.2008, p. 1.

¹¹ El efecto directo de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CEE en las relaciones entre particulares fue reconocido ya por la STJCE de 30 de enero de 1974, BRT (BRT c. SABAM, asunto 127/73, Rec. p. 51, apartado 16), que reconoció que las prohibiciones de estos artículos generan derechos de forma directa en favor de las empresas y particulares que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a proteger.

¹² Aunque es incontable ya la doctrina sobre esta cuestión, destacamos, por ser uno de los primeros comentarios publicados tras la aprobación de este reglamento MARTÍNEZ LAGE, S.: “Cambio de cultura: Aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 CE” y “(y 2)”, en GJ, nº 223, 2003, pp. 3 a 10 y nº 224, 2003, pp. 3 a 9, respectivamente. Para una visión general de los problemas prácticos que la aplicación del Reglamento 1/2003 ha suscitado, resulta de especial interés GIPPINI FOURNIER, E.: *Community Report for the FIDE XXIII Congress 2008, The Modernisation of European Competition Law: Initial Experiences with Regulation 1/2003*, in H.F. Koeck and M. M. Karollus eds. 2008, p. 72 (available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1139776).

¹³ Como se ha destacado en general por la doctrina (por todos, WILS, W.: “The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission’s Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation nº 17”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, nº 5, 2000, pp. 1654 a 1717, en concreto, p. 1658) la principal característica del sistema que impulsaba la Comisión Europea para sustituir al Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62) era, sin duda, la renuncia que la Comisión efectuaba al monopolio del que hasta entonces disfrutaba para la aplicación en exclusiva de la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE.

¹⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (DO C 101, de 27.4.2004, p. 54). Acerca de la Aplicación privada resulta especialmente interesante la obra VELASCO DE PEDRO, L. A. et al. Dirs, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, que recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en el Congreso Internacional “La aplicación privada del derecho de la competencia”, organizado por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 14 y 15 de octubre de 2010.