

Este trabajo* tiene como objetivo analizar los problemas que han surgido con la delimitación por la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”) del concepto de cártel. El término cártel está definido en el apartado 2 de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”), que establece que a efectos de lo dispuesto en la 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*”.

Tras la aprobación de la LDC en el año 2007 se han venido planteando toda una serie de problemas a la hora de aplicar la política de competencia, muchos de los cuales tienen su origen en la referida definición. El presente documento trata pues de exponer el contenido de algunos de los debates jurídicos con los que tanto la CNC como las empresas que han sido investigadas por una supuesta práctica constitutiva de cártel se han visto confrontados hasta el momento y que han sido causados por los defectos en la definición.

El material sobre el que se ha trabajado se constituye fundamentalmente por las resoluciones adoptadas por la CNC en materia de cárteles de los últimos años en las que se ha considerado que era de aplicación en cuanto al fondo la Ley 15/2007. Muchas de las resoluciones analizadas han sido recurridas ante la Audiencia Nacional, por lo que es de esperar que en los próximos años la jurisprudencia vaya despejando alguna de las incógnitas y resolviendo los debates que aquí se plantean. No obstante, por el momento no existe jurisprudencia relevante de la Audiencia Nacional sobre la delimitación del concepto de cártel.

Este trabajo no entra en el debate sobre qué es un “cártel duro” o *hard core cartel*. Aunque la concreción de este concepto tiene algunas implicaciones que pueden ser de interés, se asume como punto de partida que una práctica es cártel o no lo es. Como se ha indicado, el presente análisis se centra en la práctica de la CNC. Y la CNC en las resoluciones analizadas no utiliza en ningún momento la expresión “cártel duro” o *hard core cartel*. Lo interesante pues a efectos de analizar la práctica de la CNC es cuándo ha considerado que existe un cártel en el sentido de la DA 4ª de la LDC y cuando no.

En primer lugar se analiza por qué es importante a efectos de aplicación de la LDC que una determinada conducta sea calificada como cártel (**apartado 1**). Seguidamente se pone en perspectiva la definición de cártel de la LDC a la vista de las definiciones que existen en regímenes de nuestro entorno, prestando atención especial a la Unión Europea (**apartado 2**). A continuación se estudian los criterios que ha utilizado la CNC para interpretar la DA 4ª de la LDC y considerar que una determinada conducta es un cártel (**apartado 3**). Asimismo se describen los elementos que, en caso de coincidir en una determinada práctica, suelen en la mayoría de las ocasiones conducir a que sea calificada como cártel por la CNC (**apartado 4**). Finalmente, se establece una comparación entre distintas prácticas que la CNC ha considerado que son cárteles con prácticas que presentan similitudes y que, sin embargo, no han sido calificadas como cárteles por la CNC (**apartado 5**). El trabajo finaliza con unas conclusiones.

¹ * Agradezco los valiosos comentarios de mi compañero Rafael Allendesalazar acerca de algunas de las cuestiones sobre las que versa este trabajo. Las opiniones y valoraciones reflejadas en el presente trabajo son atribuibles únicamente a su autor.

1. ¿Por qué es importante la calificación de una conducta como cártel?

La pregunta que hay que plantearse en primer lugar es por qué es importante que una conducta sea calificada como cártel. La lectura de la LDC sugiere dos posibilidades.

1.1. Por la aplicación del programa de clemencia

Aparte de la mención al término cártel contenida en la definición, la palabra cártel aparece en la LDC en cinco ocasiones. Todas ellas salvo una están relacionadas con la aplicación del programa de clemencia. Así, en el Preámbulo de la LDC se indica que la introducción “*del procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación*”. En el artículo 65 de la Ley se detalla esta cuestión, estableciéndose la posibilidad de eximir del pago de la multa a la empresa que sea la primera en aportar o bien elementos de prueba que permitan a la CNC desarrollar una inspección en relación con un cártel, o bien elementos de prueba que le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel. Por su parte, todas las menciones del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (“RDC”) al término cártel están vinculadas con la aplicación del programa de clemencia.

Parece evidente, por tanto, que la definición de cártel de la LDC está fundamentalmente destinada a determinar cuándo es de aplicación el programa de clemencia. Debe entenderse, por tanto, que, en teoría, una conducta que no constituya un cártel no podría ser en España objeto de una solicitud de clemencia.

Así sucede en el ámbito de la Unión Europea. En efecto, el apartado 1 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 2006 (DO C 298 de 8.12.2006, p. 17) establece que se recompensará la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de empresas que han formado o forman parte de cárteles secretos. La Comisión, en caso de que el solicitante de clemencia remita información sobre una práctica que no sea considerada un cártel, rechazará la solicitud mediante el envío de la llamada *non eligibility letter* (carta de no aceptación)¹. La Comisión Europea entiende que el beneficio de la clemencia sólo puede estar destinado a las empresas que informen de un cártel, ya que las otras infracciones son más fáciles de detectar y probar con otras herramientas o con la ayuda de denunciantes². A este respecto, el apartado 20 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre clemencia establece que si no resulta factible otorgar una dispensa del pago de la multa o la información aportada no permite que la Comisión proceda a realizar una inspección o determinar la existencia de una infracción consistente en un cártel (condiciones establecidas en el punto (8), letras a) o b)) de la Comunicación), la Comisión informará a la empresa por escrito. Así lo ha hecho la Comisión cuando una empresa ha tratado de solicitar clemencia informando de un acuerdo vertical. En este caso la Comisión ha procedido a remitir la carta de no aceptación al entender que lo que la empresa real-

¹ Van Barlongen, Bertus y Barennes, Marc, “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in practice”, en *Competition Policy Newsletter*, nº 3, Autumn 2005, pp. 6-16, en p. 11.

² Suurnäkki, Sari y Tierno Centella, María Luisa, “Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels”, en *Competition Policy Newsletter*, nº 1, Spring 2007, pp. 7-15, en p. 7.

mente quería era utilizar el programa de clemencia a modo del antiguo sistema de notificación de acuerdos para su autorización³.

La legislación española contempla un mecanismo parecido. El RDC contiene en este sentido una disposición muy similar a la referida de la Comunicación de la Comisión Europea sobre clemencia. El apartado 2 del artículo 47 RDC establece que la Dirección de Investigación (“DI”) podrá rechazar una solicitud de exención de la multa si no se cumpliesen las condiciones establecidas en el artículo 65.1 LDC. Ha de entenderse que esta posibilidad de rechazo comprende también los casos en los que se considere que la práctica no es constitutiva de cártel. En tal caso el solicitante de clemencia podrá retirar la información y los elementos de prueba que haya presentado. No obstante no ha sido posible localizar decisiones de la CNC o información relativa a rechazos por la CNC de una solicitud de clemencia sobre la base de que la práctica no constituye un cártel. Aunque sí parece que la DI ha rechazado alguna solicitud de clemencia por este motivo.

Con objeto de evitar que una empresa presente información relativa a una conducta que no es un cártel, en el ámbito de la Unión Europea está prevista además la posibilidad de presentar solicitudes de clemencia hipotéticas. Se admite así que la empresa de que se trate presente una solicitud hipotética de clemencia sin llegar a desvelar su nombre. Entonces la Comisión comprobará si se cumplen los requisitos para que la conducta pueda ser objeto de una solicitud de clemencia, informando de ello a la empresa (apdo. 19 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre clemencia). Aunque en la legislación española no se contempla expresamente esta posibilidad, quizá podría llevarse a cabo de manera informal.

Un problema que cabe plantearse es qué sucede si la DI admite una solicitud de clemencia y el Consejo de la CNC considera luego que la conducta no es un cártel. Con carácter general, cuando las empresas imputadas ponen en duda que la solicitud de clemencia se refiera a un cártel, la CNC defiende en sus resoluciones que la práctica investigada constituye un cártel. Sin embargo, en la resolución *Bombas de fluidos* (de 24 de junio de 2011, expte. S/0185/09) la CNC parecería abrir la puerta a la posibilidad de que una empresa pueda obtener una exención incluso aunque no informe sobre una práctica constitutiva de cártel. En efecto, en aquél caso, el solicitante de clemencia acudió a la CNC aportando información sobre la existencia de una práctica prohibida con objeto de obtener una exención de la multa. La CNC, en la Resolución consideró que las empresas eran responsables de dos infracciones distintas, una de las cuales no fue considerada cártel, aunque la DI proponía que así fuera. A este respecto diversas empresas formularon alegaciones indicando que, en la medida en que alguna práctica no fuera considerada como un cártel, la exención debería ser retirada. El Consejo, sin embargo, defendió que esto no debía ser así. Según el Consejo, el hecho de que la práctica no fuera calificada finalmente como un cártel no debía resultar en perjuicio del solicitante de clemencia:

“El que la calificación dada a los hechos relacionados con la segunda conducta por el Consejo pueda diferir de la propuesta por la DI en cuanto a su consideración como cartel, no debe llevar en este caso a penalizar al clemente. La empresa ha obrado en todo momento de buena fe aportando información también en relación a esta segunda conducta.”

Esta afirmación del Consejo podría ser interpretada en el sentido de que cualquier empresa que hubiera obrado de buena fe aportando información sobre una práctica que finalmente no sea considerada como un cártel, tendría derecho también a obtener una exención. Aunque también se podría entender que esta afirmación se encuadra únicamente en el marco de una solicitud de clemencia que conduce a la detección de una conducta constitutiva de cártel junto a otras que no lo serían. Y el hecho de que existan otras prácticas adi-

³ Ibid.