

LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA

Consejo de Redacción

JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ

Presidente

Fiscal

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

Vicepresidente

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

AMALIA IRABURU ALLEGUE

Directora Editorial

MÓNICA NICOLÁS HARO

Secretaria. Editora

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

FAUSTINO CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

FRANCESC DE PAULA CAMINAL BADÍA

Abogado

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Romano

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

EUGENIO GAY MONTALVO

Abogado. Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional

JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

Magistrado del Tribunal Supremo

JUAN MARTÍN QUERALT

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

LUIS MARTÍN REBOLLO

Catedrático de Derecho Administrativo

JULIO MUERZA ESPARZA

Catedrático de Derecho Procesal

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

ENRIQUE RUBIO TORRANO

Catedrático de Derecho Civil

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Magistrado del Tribunal Supremo

EUGENIO SIMÓN ACOSTA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

JOSÉ M^a BENEYTO PÉREZ
JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS
Directores

JAVIER PORRAS BELARRA
Coordinador

LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo*

*Centro de Política
de la Competencia*

**THOMSON REUTERS
ARANZADI**

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBOOKS

Incluye versión en digital

El libro es fruto de un proyecto de investigación desarrollado durante 3 años (2011-14), dentro del Plan Nacional de I & D, Ministerio de Economía y Competitividad, y ha contado con la colaboración de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y más de 20 investigadores y profesionales.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José María Beneyto y Jerónimo Maillo (dirs.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9059-595-4

Depósito Legal: NA 1113/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Sumario

Página

PRÓLOGO	33
---------------	----

PARTE I CUESTIONES GENERALES

CAPÍTULO 1

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA	39
--	-----------

JERÓNIMO MAILLO

PILAR MILLA

1. Introducción	39
2. La Realidad Empírica	40
3. La Sanción Administrativa de los Cártels	44
3.1. <i>Primera Fase: Primeros Avances en la lucha contra los cártels</i>	44
3.2. <i>Segunda Fase: El despegue de la lucha contra los cártels</i>	45
3.2.1. Introducción de la noción de cártel	45
3.2.2. Refuerzo de las facultades de investigación	46
3.2.3. Potenciación de la actividad sancionadora	47
3.2.4. El programa de clemencia	47
3.3. <i>Futuro</i>	49
4. La Acción de Daños y Perjuicios derivados de Cártels	50
4.1. <i>Primera Fase: Subdesarrollo de las acciones de daños y perjuicios</i>	51
4.2. <i>Segunda Fase: Tímido desarrollo de las acciones de daños y perjuicios</i>	53

	<i>Página</i>
4.3. <i>Futuro</i>	59
5. La Criminalización de los Cárteles	60
5.1. <i>Primera Fase: Los orígenes de la criminalización de delitos económicos</i>	61
5.2. <i>Segunda Fase: Nuevos tipos penales y la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	62
5.3. <i>Futuro</i>	63
6. La Prevención de los Cárteles	63
6.1. <i>Primera Fase: Facultades consultivas y elaboración de informes</i>	64
6.2. <i>Segunda Fase: La promoción de la competencia como prioridad</i>	65
6.3. <i>Futuro</i>	66
7. Conclusiones	66
CAPÍTULO 2	
¿QUÉ ES UN CÁRTEL PARA LA CNMC?	69
ALFONSO RINCÓN GARCÍA LOYGORRI	
1. ¿Por qué es importante la calificación de una conducta como cártel?	71
1.1. <i>Por la aplicación del programa de clemencia</i>	71
1.2. <i>Para determinar la gravedad de la conducta</i>	75
2. Definiciones de cártel en otras jurisdicciones	77
3. Los criterios de la disposición adicional 4.^a LDC	82
3.1. <i>Secreto</i>	82
3.2. <i>Objeto del acuerdo</i>	84
3.3. <i>La definición de cártel de la CNMC coincide con la utilizada en el Derecho de la Unión Europea</i>	85
3.4. <i>La jurisprudencia española</i>	87
3.5. <i>La Comunicación sobre clemencia de la CNMC</i>	90
4. Elementos de un acuerdo que conducen normalmente a la CNMC a concluir que existe un cártel	92
4.1. <i>Los acuerdos que tienen por objeto la fijación de precios</i>	92
4.2. <i>Las prácticas que tienen continuidad en el tiempo o carácter estable</i>	93

	<u>Página</u>
4.3. <i>Los acuerdos cuyos integrantes tienen conjuntamente una elevada cuota de mercado</i>	94
5. ¿Qué prácticas no son constitutivas de un cártel? Algunas contradicciones en la línea decisoria de la CNMC	95
6. Conclusiones	101
Bibliografía	104
CAPÍTULO 3	
TIPOLOGÍA DE CÁRTELES DUROS: UN ESTUDIO DE LOS CASOS RESUELTOS POR LA CNC Y LA CNMC	
	109
JUSTO CORTI VARELA	
1. Introducción	109
2. Por la naturaleza o contenido del acuerdo (artículo 1.1 LDC)	111
2.1. <i>«Fijación de precios u otras condiciones comerciales»</i>	111
2.2. <i>Limitación de la producción, distribución, el desarrollo técnico o las inversiones</i>	113
2.3. <i>Reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento</i>	114
2.4. <i>Subordinación de la celebración de contratos a condiciones que no guarden relación con el objeto</i>	117
3. Otras tipologías	117
3.1. <i>Por el planteamiento de exenciones u otras justificaciones</i>	117
3.2. <i>Por la afectación o no al mercado comunitario</i>	120
3.3. <i>Por su duración</i>	121
3.4. <i>Por su eficacia</i>	123
3.5. <i>Por la utilización del programa de clemencia</i>	124
3.6. <i>Por su número de integrantes</i>	126
3.7. <i>En cuanto a la verticalidad u horizontalidad</i>	127
3.8. <i>Decisiones de Asociaciones de Empresas</i>	128
4. Consideraciones finales	129

CAPÍTULO 4

AUTORIDADES RESPONSABLES DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: ORGANIZACIÓN Y MECANISMOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS 131

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ

1. Introducción: la lucha contra los cárteles y las autoridades de competencia 131

2. La aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en la Unión Europea 138

3. La singularidad de la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en España 140

 3.1. *Origen y evolución del sistema español de defensa de la competencia* 141

 3.2. *La CNMC y las autoridades autonómicas de competencia de «nueva generación»* 146

4. La lucha contra los cárteles en la Unión Europea y España 150

 4.1. *División de poderes y funciones con la UE* 151

 4.2. *Reparto interno con las CCAA* 155

 4.3. *Aplicación privada o judicial del Derecho de la Competencia* 160

 4.4. *La práctica reciente de la Comisión Europea y de las autoridades españolas de competencia* 161

 4.4.1. *La Comisión Europea* 162

 4.4.2. *La experiencia de la CNC y la CNMC* 164

 4.4.3. *Las autoridades autonómicas de la competencia frente a los cárteles* 166

5. Conclusiones 168

Bibliografía 169

CAPÍTULO 5

LOS PODERES NORMATIVOS DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL CONTROL DE LOS CÁRTELES .. 173

CARLOS PADRÓS REIG

1. Planteamiento. La evolución de la normativa europea 173

	<u>Página</u>
2. La recepción de los cambios en España. Elementos de las Leyes 15/2007 y 3/2013	179
2.1. <i>Las comunicaciones interpretativas</i>	180
2.2. <i>Elementos comunes de una solicitud de clemencia</i>	187
2.3. <i>Las guías</i>	190
2.4. <i>Los planes de actuación y las memorias</i>	190
2.5. <i>Las directrices de política de competencia</i>	191
2.6. <i>La nueva Ley 3/2013 y la creación de la comisión nacional de los mercados y la competencia</i>	192
3. El poder normativo del regulador y su encuadre dogmático	193
4. Algunos ejemplos comparados	201
4.1. <i>Derecho comunitario europeo</i>	201
4.2. <i>Derecho norteamericano</i>	216
5. Conclusiones	217
Bibliografía	219

CAPÍTULO 6

UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA ECONÓMICA SOBRE EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LOS CÁRTELES Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS	223
---	-----

MARÍA JESÚS ARROYO FERNÁNDEZ

BEGOÑA BLASCO TORREJÓN

1. Características de un mercado oligopolístico	224
2. Modelos de comportamiento clásicos bajo el oligopolio	226
2.1. <i>Modelos de comportamiento de oligopolios no cooperativos</i>	226
2.2. <i>Modelos de oligopolio cooperativos: el interés económico de la colusión</i>	230
3. Evidencia empírica sobre los cárteles: algunas causas de su éxito o fracaso	233
3.1. <i>Introducción</i>	233
3.2. <i>¿Existen variables comunes en los casos de éxito? Análisis de hipótesis</i>	238

	<u>Página</u>
3.3. Efectos de los cárteles sobre los mercados en los que operan	243
4. Conclusiones	244
Bibliografía	246

PARTE II

DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DE LOS CÁRTELES

CAPÍTULO 7

EL PROGRAMA DE CLEMENCIA ESPAÑOL A EXAMEN 251

JERÓNIMO MAILLO

1. Introducción	251
2. La evaluación del diseño y aplicación del programa de clemencia español	252
2.1. Una primera aproximación global a su aplicación	252
2.2. Análisis de sus rasgos principales y de su funcionamiento	256
2.2.1. Triple nivel normativo	256
2.2.2. Sólo para «cárteles»	257
2.2.3. Sólo clemencia administrativa	260
2.2.4. Tanto para empresas como para sus directivos	261
2.2.5. Exención o/y reducción condicionadas al respeto de los principios orientadores del programa	262
3. Conclusiones y retos	278

CAPÍTULO 8

PROGRAMAS DE RECOMPENSAS PARA LUCHAR CONTRA LOS CÁRTELES EN EUROPA: UNA COMPARATIVA CON TERCEROS PAÍSES 283

JERÓNIMO MAILLO

1. Introducción	283
2. Una panorámica global de los programas de recompensa en Europa y sus antecedentes	285

	<u>Página</u>
3. Dos precedentes: el programa coreano y la experiencia estadounidense	286
3.1. <i>El único precedente específico: el programa coreano</i>	286
3.2. <i>La experiencia estadounidense: el limitado uso de la False Claims Acts en antitrust y sus limitaciones</i>	290
4. El programa británico a estudio	294
4.1. <i>Ámbito de aplicación objetivo</i>	294
4.2. <i>Beneficiarios</i>	294
4.3. <i>Tipo de información necesaria para la recompensa</i>	295
4.4. <i>Cuantía de la recompensa</i>	296
4.5. <i>¿Otras condiciones exigibles al solicitante?</i>	297
4.6. <i>Procedimiento</i>	297
4.7. <i>Garantías y protecciones específicas para el denunciante</i>	298
5. Respecto a la introducción de programas de recompensas en otras jurisdicciones	299
5.1. <i>La experiencia comparada es limitada</i>	299
5.2. <i>Sobre la conveniencia de un programa de recompensas positivas</i>	300
5.3. <i>Sobre un posible diseño del programa de recompensas positivas</i>	306
5.3.1. <i>Ámbito de aplicación objetivo</i>	306
5.3.2. <i>Beneficiarios</i>	307
5.3.3. <i>Tipo de información necesaria para la recompensa</i> ...	307
5.3.4. <i>Cuantía de la recompensa</i>	308
5.3.5. <i>¿Otras condiciones exigibles al solicitante?</i>	309

CAPÍTULO 9

«SCREENING» DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA: MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES

311

MARÍA JESÚS ARROYO FERNÁNDEZ

BEGOÑA BLASCO TORREJÓN

1. Introducción	311
2. Los cárteles y los agentes implicados	313

	<i>Página</i>
2.1. <i>Autoridades de competencia</i>	315
2.2. <i>Las empresas con elevado riesgo de integrar un cártel</i>	317
2.3. <i>Los clientes de las empresas que integran un cártel</i>	318
3. El «screening» como herramienta de detección de cárteles	319
4. Tipología del «screening» conductual	322
4.1. «Screens» de pujas fraudulentas en el mercado de contratación	323
4.2. «Screens» de cantidad	326
4.2.1. Las cuotas de mercado de las empresas son muy estables a lo largo del tiempo	327
4.2.2. Las cuotas de mercado de todas las empresas en un mercado determinado se correlacionan negativamente en el tiempo	327
4.3. «Screens» de precios	328
4.3.1. Un aumento en el precio y precios más iguales o uniformes dados a los clientes, incluyendo los precios de los servicios auxiliares	329
4.3.2. El aumento de los precios está precedido por grandes reducciones en el precio	331
4.3.3. Aumenta el precio y se reducen las importaciones	332
4.3.4. Los precios de las empresas presentan una correlación positiva muy fuerte	332
4.3.5. Baja varianza del precio	333
5. Conclusiones	336
Bibliografía	337

CAPÍTULO 10

PODERES DE INVESTIGACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA	341
--	-----

ALBERTO ESCUDERO

1. Introducción	341
2. Inspecciones	343
2.1. <i>Cómo se desarrolla una inspección</i>	343
2.1.1. Llegada de los inspectores	343

	<u>Página</u>
2.1.2. La Orden de Investigación	344
2.1.3. Inspección propiamente dicha	345
2.1.4. El Acta	348
2.2. <i>Control judicial de las inspecciones de la CNMC</i>	348
2.2.1. Control previo de la Orden de Investigación por el JCA	349
2.2.2. Objeto de la inspección y «hallazgos casuales»	366
2.2.3. Documentos privilegiados	388
2.2.4. Derecho a la intimidad de los trabajadores	396
2.2.5. Las búsquedas informáticas	400
2.2.6. La Orden de Investigación y las actuaciones materiales de inspección como actos susceptibles de recurso con- tencioso-administrativo	405
2.2.7. Sanciones por obstrucción de la inspección	406
3. Deber de colaboración con la CNMC (requerimientos de informa- ción)	412
4. Conclusiones	415
CAPÍTULO 11	
LA PRUEBA DE LOS CÁRTELES EN DERECHO ESPAÑOL	419
ALFONSO LAMADRID DE PABLO	
ANA BALCELLS CARTAGENA	
1. Introducción	420
2. Normas europeas y españolas aplicables en materia de prueba	421
3. Principio de presunción de inocencia. Carga de la prueba	424
3.1. <i>Aplicabilidad de la presunción de inocencia a los procedimientos san- cionadores en materia de competencia</i>	424
3.2. <i>Aplicación práctica del principio de presunción de inocencia en los procedimientos de cartel</i>	426
4. Requisitos. Nivel de exigencia de prueba en materia de cárteles ...	428
4.1. <i>El nivel de prueba exigible en materia de cárteles</i>	432

	<u>Página</u>
4.2. <i>Aplicabilidad de distintos requisitos indiciarios o probatorios exigibles para actuar en las fases previas de un procedimiento de cártel</i>	433
5. Medios/tipos de prueba	435
6. Admisibilidad de la prueba. Prueba ilícita	438
6.1. <i>Pruebas obtenidas en vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. El problema de los «hallazgos casuales»</i>	439
6.2. <i>Secreto de las comunicaciones (comunicaciones abogado-cliente)</i>	443
6.3. <i>Prueba de cargo desconocida por el acusado</i>	445
6.4. <i>Admisibilidad de prueba aportada anónimamente</i>	446
6.5. <i>Admisibilidad de prueba obtenida por autoridades de competencia de otros Estados miembros</i>	446
7. Valoración de la prueba	447
7.1. <i>Evaluación individual o conjunta de la prueba</i>	452
8. Atajos procesales: uso y abuso	457
8.1. <i>Infracción única y continuada</i>	458
8.2. <i>Criterios europeos vs criterios castizos</i>	460
8.3. <i>Uso y abuso</i>	463
8.4. <i>Prueba por indicios</i>	468
8.5. <i>Matriz-filial-presunción «Stora/Akzo»</i>	471
9. Cuestiones específicas relativas a pruebas de descargo	475
9.1. <i>Principio de libre aportación de prueba</i>	475
9.2. <i>Práctica de la prueba de descargo solicitada por las empresas investigadas</i>	476
9.3. <i>Sobre la celebración de vista y su relevancia para el descargo</i>	479
10. Conclusiones	481

PARTE III
SANCIONES A LOS CÁRTELES Y REVISIÓN JURISDICCIONAL

CAPÍTULO 12

EL VALOR DISUASORIO DE LAS SANCIONES IMPUESTAS A LOS CÁRTELES EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA 487

SANDRA MARCO COLINO

1. Introducción	488
2. Las sanciones económicas a cárteles en el Derecho Español de la Competencia	491
2.1. <i>Los cárteles como violaciones de la ley</i>	491
2.2. <i>Concepto de sanción y tipos de sanciones aplicables en el Derecho de la Competencia</i>	492
2.3. <i>Vías de acción en España ante la existencia de un posible cártel y sanciones aplicables</i>	495
2.4. <i>Las multas previstas para los cárteles en la Ley de Defensa de la Competencia</i>	496
2.4.1. <i>Tipos de multas y sus límites legales</i>	496
2.4.2. <i>El cálculo de la cuantía de las multas</i>	498
2.4.3. <i>Procedimiento ante la CNC y posibilidades de recurso ante los tribunales</i>	499
2.5. <i>La práctica de la CNC imponiendo multas</i>	501
2.5.1. <i>Espuma de poliuretano</i>	502
2.5.2. <i>Compañías de seguro decenal</i>	505
2.6. <i>Justificaciones del nivel de las sanciones económicas impuestas en la actualidad</i>	506
3. Idoneidad de las multas a cárteles como sanción castigadora: análisis de las finalidades generales del castigo	508
3.1. <i>Los cárteles y sus efectos nocivos: argumentos morales y económicos ..</i>	509
3.2. <i>El riesgo de la actividad colusoria: probabilidad de detección de un cártel</i>	511
3.3. <i>Las multas y las finalidades del castigo: Análisis de las principales teorías de la finalidad de la pena</i>	512

	<u>Página</u>
3.3.1. Función reparadora	512
3.3.2. Función retributiva y proporcionalidad de la pena	514
3.3.3. Función disuasoria	517
4. Conclusión	520

CAPÍTULO 13

MULTAS A EMPRESAS: IMPUTABILIDAD DE LAS MATRICES Y DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LAS SANCIONES	523
--	------------

ALBERTO ESCUDERO

1. Introducción	523
2. Imputabilidad a la matriz de la infracción cometida por una filial ..	524
2.1. Marco regulatorio	524
2.2. Presunción « <i>iuris tantum</i> » de imputación a la matriz	526
2.3. La matriz como responsable, más allá de los supuestos previstos en la presunción « <i>iuris tantum</i> »	528
2.4. Habilitación procedimental para imputar a la matriz	529
2.5. La eventual imputación a la filial de las infracciones de la matriz ..	531
2.6. La eventual imputación a otras empresas del grupo	532
3. Determinación del importe de las sanciones	533
3.1. Marco regulatorio	534
3.2. Comunicación de la CNC sobre el cálculo de multas	535
3.2.1. Determinación del importe básico de la sanción	537
3.2.2. Aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes	539
3.2.3. Ajuste, cuando proceda, de la cantidad obtenida en el apartado 3.2.2 a los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción	539
3.2.4. Incremento en el importe de las multas a resultas de la Comunicación	539
3.3. Agravantes y atenuantes	540
3.4. Duración	542

	<u>Página</u>
3.5. Efectos	544
3.6. Límite del 10% del volumen total de ventas	544
3.7. STS de 29 de enero de 2015	552
3.8. Elemento subjetivo de la culpabilidad	556
3.9. No aplicación de sanción por haber cesado actividad	559
3.10. Errores de cálculo	559
3.11. La doctrina de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC sobre el cálculo de multas	560
4. Conclusiones	566

CAPÍTULO 14

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA DE CÁRTELES

569

ALFONSO LAMADRID DE PABLO

JOSÉ LUIS BUENDÍA SIERRA

1. Introducción	570
2. Las garantías generales del procedimiento sancionador	573
2.1. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho a una autoridad independiente	573
2.2. El carácter cuasi-criminal de los procedimientos sancionadores en materia de cárteles	577
2.3. Las garantías generales, en concreto	579
2.3.1. En el ejercicio práctico del derecho de defensa	579
A. Conocimiento de la acusación; el problema de las «informaciones reservadas»	579
B. Conocimiento de las pruebas o elementos de cargo: El pliego de concreción de hechos	581
C. Conocimiento de las pruebas o elementos de descargo: La puesta de manifiesto y el acceso al expediente	582
D. La contestación de los hechos y el Derecho alegado por la autoridad acusatoria	583

	<u>Página</u>
E. Los requisitos de prueba: El derecho a no ser condenado sin pruebas suficientes	587
2.3.2. Prescripción de las infracciones y de las sanciones	588
2.3.3. Caducidad del procedimiento	589
A. La caducidad del procedimiento en España	589
B. La duración de los procedimientos en el ámbito europeo (como motivo, a lo sumo, de atenuación de multas)	590
3. Las garantías específicas de los procedimientos de competencia ...	591
3.1. <i>El derecho a la confidencialidad de los secretos comerciales y el secreto profesional de los funcionarios</i>	591
3.2. <i>Creación de una posición específica dentro de la autoridad de competencia para velar por el respeto a los derechos de defensa de las empresas</i>	592
3.3. <i>Posibilidad de poner fin a una investigación de cártel de común acuerdo con la autoridad («settlements»)</i>	593
4. Las garantías para los denunciantes y los terceros	594
5. Las garantías en materia de sanciones	595
5.1. <i>Previsibilidad: «Nulla poena sine lege»</i>	595
5.2. <i>Límites cuantitativos</i>	598
5.3. <i>Ejecutividad: la suspensión de la ejecución hasta el primer pronunciamiento judicial sobre la suspensión cautelar</i>	599
6. Conclusiones	599
CAPÍTULO 15	
LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES	603
FERNANDO DÍEZ ESTELLA	
1. Introducción	603
2. La revisión jurisdiccional de las actuaciones antitrust administrativas	605
3. Delimitación, por vía de revisión judicial, de los elementos de un acuerdo colusorio	610
3.1. <i>Restricción por objeto / por efecto</i>	610

	<u>Página</u>
3.2. <i>Carácter objetivo de la conducta</i>	614
3.3. <i>Acuerdos verticales y horizontales</i>	615
3.4. <i>Prácticas concertadas / prueba indiciaria</i>	616
3.5. <i>Constitución de UTEs o similares</i>	618
3.6. <i>Recomendaciones colectivas / homogeneización comportamiento</i>	619
3.7. <i>Fijación del precio de reventa</i>	620
3.8. <i>Acuerdos de distribución exclusiva</i>	621
3.9. <i>Actuación de colegios profesionales</i>	622
4. La revisión jurisdiccional de los cárteles en España	623
4.1. <i>Participación de la autoridad administrativa en el cártel</i>	623
4.2. <i>Acuerdos de intercambio de información</i>	626
4.3. <i>Inspecciones domiciliarias</i>	627
4.4. <i>Elemento subjetivo y cuantía de la multa</i>	632
4.5. <i>Admisión y valoración de prueba</i>	635
4.6. <i>Calificación de los hechos</i>	641
4.7. <i>Efectos de la conducta restrictiva</i>	645
4.8. <i>Factores que no han de tenerse en cuenta en la infracción</i>	647
4.9. <i>Principio de confianza legítima</i>	647
5. Valoración final y conclusiones	651
Bibliografía	653

PARTE IV
RECLAMACIONES DE DAÑOS

CAPÍTULO 16

LA ESCASEZ DE ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADAS DE CÁRTELES EN ESPAÑA... ¿POR QUÉ?	657
--	------------

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

1. Introducción	657
------------------------------	------------

2. ¿Por qué son tan escasas las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust en España?	659
2.1. La interacción entre el «private enforcement» y los programas de clemencia	662
2.2. La admisibilidad de la defensa «passing-on»	664
2.3. ¿Es adecuado el modelo de «private enforcement» para el ámbito antitrust?	665
3. Análisis de la jurisprudencia existente	667
3.1. Acciones de daños en el ámbito del abuso de posición dominante	667
3.2. Acciones de daños en el ámbito de las relaciones verticales	671
3.3. El precedente –frustrado– en el sector de los ascensores	674
3.4. Acciones de daños derivadas del «cártel del azúcar»	676
3.5. El cártel del seguro decenal: la sentencia «Musaat»	682
4. Conclusiones: ¿Hacia dónde vamos?	687
Bibliografía	690

CAPÍTULO 17

CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS DE LOS CÁRTELES DUROS. UNA VISIÓN ECONÓMICA	695
--	-----

RODOLFO RAMOS MELERO

1. Introducción	696
2. Los daños de los cárteles	699
3. Fundamentos económicos de la cuantificación del daño	701
3.1. Daños cuantificables	701
3.2. Otros perjuicios	709
3.2.1. Efectos dinámicos	710
3.2.2. Otros efectos sobre los consumidores y empresas	710
4. El contrafactual	711
4.1. Situación de infracción	711
4.1.1. Cártel estático	711
4.1.2. Cártel dinámico	712

	<u>Página</u>
4.2. ¿Cuál es la situación contrafactual?	712
4.3. Relación entre los daños y el escenario contrafactual	714
5. Los afectados por la infracción	717
5.1. La cadena de valor	717
5.1.1. Los afectados aguas abajo: el «pass on»	718
5.1.2. Los afectados aguas arriba: el «pass up»	722
5.2. Afectados fuera de la cadena de valor	722
6. El perjuicio reparable sufrido por cada uno de los afectados	723
6.1. La delimitación de los perjuicios	723
6.1.1. ¿Cuál es el perjuicio a los consumidores intermedios (directos e indirectos)?	723
6.1.2. ¿Cuánto es el daño a los consumidores finales?	724
6.1.3. ¿Cuál es el daño a los suministradores?	725
6.1.4. ¿Cuál es el daño a los productores de productos com- plementarios?	725
6.2. La problemática de la cuantificación de los perjuicios	725
6.2.1. El tiempo de medición del daño	725
6.2.2. El valor temporal del dinero	725
6.2.3. ¿Durante cuánto tiempo se produce el daño?	727
6.3. La dificultad de medir ciertos daños	728
7. Técnicas económicas para la medición del contrafactual	729
7.1. Los métodos comparativos	730
7.1.1. Elección del contrafactual	730
7.1.2. Técnicas de análisis	734
7.2. Métodos financieros	740
7.2.1. Métodos econométricos con escasez de datos	743
7.3. Modelos de economía industrial	744
8. La estimación del «pass on»	747
9. La estrategia de investigación: ¿Qué estrategia de investigación a seguir?	749

	<u>Página</u>
9.1. <i>La metodología de la investigación</i>	751
9.1.1. La elección de la estrategia de estudio	751
10. Relación entre daños, cuantificación y probabilidad de litigios	754
11. Conclusiones	755
Bibliografía	756

PARTE V CRIMINALIZACIÓN

CAPÍTULO 18

LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES EN LA UNIÓN EUROPEA

763

AMPARO LOZANO MANEIRO

1. Introducción	763
2. La experiencia del reconocimiento de la intervención penal de la Unión Europea	765
3. Consecuencias de la atribución a los estados de la garantía del derecho comunitario	766
4. La competencia penal de la Unión Europea en la jurisprudencia del TJUE	768
5. El derecho penal europeo tras el tratado de Lisboa	774
6. La criminalización de los cárteles	776
6.1. <i>El estado de la cuestión</i>	776
6.2. <i>Criminalización de los cárteles en función del artículo 83.1 TFUE</i> ..	780
6.3. <i>Criminalización de los cárteles en función del artículo 83.2 TFUE</i> ..	781
6.4. <i>Ventajas de la criminalización de los cárteles por parte de la Unión Europea</i>	785
6.5. <i>Desventajas de la criminalización de los cárteles por parte de la Unión Europea</i>	787
7. Fundamento constitucional del derecho penal europeo. La criminalización de los cárteles y los derechos fundamentales	790
8. Conclusiones	791

	<u>Página</u>
Bibliografía	793
CAPÍTULO 19	
LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS «HARDCORE CARTELS»: REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE EE.UU. Y REINO UNIDO	795
MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ	
1. La creciente intervención del derecho penal en la prevención y sanción de los cárteles	795
2. La criminalización de los cárteles en el derecho comparado: Las regulaciones de EE.UU. y Reino Unido	797
2.1. <i>La sanción penal de los cárteles en EE.UU.</i>	797
2.1.1. Normativa aplicable: Ley Sherman	797
2.1.2. La aplicación del delito por los tribunales en EE.UU. en algunos casos relevantes	801
2.2. <i>La sanción penal de los cárteles en el Reino Unido</i>	804
2.2.1. Legislación aplicable	804
2.2.1.1. La Ley de Empresas de 2002	804
2.2.1.2. La reforma de la Ley de Empresas de 2013 ...	807
2.2.2. La escasa aplicación del delito por los tribunales en el Reino Unido	809
3. Reflexiones finales para una posible reforma penal extraídas del análisis de las regulaciones legales anteriores y de su aplicación práctica	810
Bibliografía	812
CAPÍTULO 20	
SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES ECONÓMICOS EN ESPAÑA	815
ÁLVARO MENDO ESTRELLA	
1. Introducción	815
2. Sobre la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España en la actualidad	816
2.1. <i>Cuestiones preliminares</i>	816

	<i>Página</i>
2.2. <i>Análisis de tipos penales actualmente vigentes</i>	819
2.2.1. De la alteración de precios en concursos y subastas públicas	819
2.2.2. Detracción de materias primas o productos de primera necesidad	824
2.2.3. De la alteración personal de los precios (artículo 284.1º)	826
2.2.4. Alteración informativa de cotizaciones (artículo 284.2º)	829
2.2.5. Alteración operativa de precios (artículo 284.3º)	832
3. Opciones de futuro en la represión penal de los cárteles en España	836
4. Conclusiones	839
Bibliografía	841

PARTE VI

PREVENCIÓN DE CÁRTELES, ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CUESTIONES SECTORIALES

CAPÍTULO 21

PREVENCIÓN DE CÁRTELES, PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

845

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ

1. Planteamiento: la necesaria prevención de los cárteles	845
2. Gobierno corporativo, responsabilidad social y programas de cumplimiento	848
3. ¿Qué es un programa de cumplimiento?: la experiencia comparada	851
3.1. <i>Una aproximación a la práctica comparada en materia de programas de cumplimiento en materia de competencia</i>	853
4. Los programas de cumplimiento en la Unión Europea y España	862
5. El previsible futuro de los programas de cumplimiento (en materia penal)	867

	<u>Página</u>
6. Una conclusión intuitiva: aprovechar la reforma del Código Penal para impulsar la implantación de los programas de cumplimiento antitrust en España	872
Bibliografía	874
CAPÍTULO 22	
HACIA LA PREVENCIÓN DE LOS CÁRTELES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	877
PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ	
ANTONIO LÓPEZ MIÑO	
1. Por qué tomar seriamente en consideración el Derecho Antitrust en el marco de las normas reguladoras de los contratos públicos	878
2. La contratación pública desde la óptica del Derecho Antitrust	884
3. Necesidad del Derecho de la Competencia para hacer frente a la colusión en la contratación pública	886
3.1. <i>Derecho de la contratación pública y Derecho de la Competencia frente al «bid rigging»</i>	887
3.2. <i>Agregación de los sistemas administrativo y de aplicación privada de defensa de la competencia</i>	889
3.3. <i>Contratación local y sistema regionalizado de defensa de la competencia</i>	892
4. La disposición adicional 23ª del TRLCSP: funcionalidad y limitaciones	896
4.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	896
4.2. <i>Razones de su ineficacia</i>	900
5. Algunas pautas para prevenir los cárteles en los contratos públicos	906
5.1. <i>Profesionalización máxima de quienes trabajan en materia de contratación pública integrando expertos en «derecho antitrust»</i>	906
5.2. <i>Elaboración de completos estudios de mercado</i>	910
5.3. <i>Incremento de la transparencia... cuando se pueda</i>	911
5.3.1. <i>Consideraciones generales</i>	911

5.3.2. Algunos ejemplos en los que procede limitar la transparencia y, en consecuencia, su respeto puede prevenir la colusión	915
5.3.2.1. Transparencia vs. concurrencia: Problemas que el exceso de transparencia puede suponer debido a las características específicas del mercado de los contratos públicos	915
5.3.2.2. Transparencia vs. respeto a la confidencialidad de las ofertas: defensa de los derechos de propiedad industrial y comercial	917
5.3.2.3. Transparencia vs. motivación suficiente	918
5.3.3. «Open data» en la contratación pública: retos pendientes y riesgos futuros	919
5.4. <i>Prevención en el marco de la participación a través de UTE'S</i>	921
5.5. <i>Prevención en el marco de la participación a través de la subcontratación</i>	924
6. Las Prohibiciones de contratar y la exclusión del procedimiento en curso por incurrir en prácticas colusorias: en particular los avances que auspicia la Directiva 2014/24	932
6.1. <i>Consideraciones generales acerca de las Prohibiciones de contratar</i> ...	932
6.2. <i>Exclusión inicial del operador jurídico: Prohibición de contratar</i>	935
6.3. <i>Exclusión durante la tramitación del procedimiento de contratación</i>	939
CAPÍTULO 23	
UNA REVISIÓN DE LOS EFECTOS DE LA REGULACIÓN «EX ANTE» Y «EX POST» DE LOS CÁRTELES	
MARÍA JESÚS ARROYO FERNÁNDEZ	
BEGOÑA BLASCO TORREJÓN	
1. Efectos económicos de la eliminación de los cárteles y su medición sobre el bienestar	942
2. Cárteles legales bajo el sistema de cuotas	950
3. La eficacia de las autoridades en su lucha contra los cárteles: experiencias de clemencia, detección y sanción	955
4. Conclusiones	962
Bibliografía	965

CAPÍTULO 24

LOS CÁRTELES EN EL SECTOR DE LA PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS TRAS LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LAS ORGANIZACIONES COMUNES DE MERCADOS EN DICIEMBRE DE 2013	967
--	-----

JUAN ARPIO SANTACRUZ

1. Introducción	968
2. Los cárteles y el Derecho de la Competencia	969
2.1. <i>Concepto de cártel</i>	969
2.2. <i>Régimen jurídico general</i>	972
3. Los cárteles y el Derecho europeo de la Competencia en el sector de la producción y comercialización de los productos agrícolas	976
3.1. <i>Cuestiones generales</i>	976
3.2. <i>Aplicabilidad del artículo 101 TFUE</i>	979
3.3. <i>Excepciones específicas a la prohibición del artículo 101.1 TFUE</i>	980
3.3.1. <i>Cuestiones previas</i>	980
3.3.2. <i>Acuerdos, decisiones y prácticas que formen parte integrante de las organizaciones nacionales de mercado</i> ..	982
3.3.3. <i>Acuerdos, decisiones y prácticas que sean necesarios para realizar los objetivos de la PAC</i>	983
3.3.4. <i>Determinados acuerdos, decisiones y prácticas de productores o asociaciones de productores, relativos a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, en la medida en que dichos acuerdos cumplan ciertas condiciones</i>	986
3.3.5. <i>Negociaciones contractuales en sectores específicos</i> ..	991
a. <i>Sector lácteo</i>	991
b. <i>Otros sectores</i>	994
3.3.6. <i>Acuerdos, decisiones y prácticas concertadas adoptadas en el seno de organizaciones interprofesionales reconocidas, en la medida en que dichos acuerdos cumplan determinadas condiciones</i>	998

3.3.7. Acuerdos y decisiones durante los períodos de disequilibrios graves en los mercados	1003
4. Los cárteles y el derecho nacional de la competencia en el sector de la producción y comercialización de los productos agrícolas	1005
4.1. <i>Cuestiones generales</i>	1005
4.2. <i>La normativa aplicable a los acuerdos de las organizaciones de productores</i>	1010
4.3. <i>La normativa aplicable a los acuerdos de las organizaciones interprofesionales</i>	1011
4.4. <i>La normativa aplicable a las relaciones contractuales entre operadores</i>	1013
4.4.1. Los contratos alimentarios	1013
4.4.2. Los contratos tipo de productos agroalimentarios	1015
5. Conclusiones	1017
Bibliografía	1018

CONCLUSIONES

LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN ESPAÑA: VALORACIÓN Y DESAFÍOS ACTUALES	1021
--	-------------

ISABEL LÓPEZ GÁLVEZ

1. Introducción del programa de clemencia en el Sistema Español	1021
2. Aplicación del programa español de clemencia	1028
3. Desafíos actuales	1040