

CÁRTELES INTERNACIONALES

Antonio CREUS

Abogado

Un hombre de negocios europeo se reúne con unos competidores en una ciudad norteamericana y tras ello se dispone a cenar; al día siguiente tiene pensado madrugar para pasar esos tediosos controles aeroportuarios y dirigirse a otra reunión en Europa. Posiblemente durante el fin de semana pueda acudir a esa reunión con sus amigos y, después, disfrutar de un merecido descanso con la familia.

Sin embargo, este hombre no sabe cuán lejos está de ello. Desciende de su habitación hacia el *hall* del hotel y allí ve mucho movimiento, varias personas trajeadas y algunos, con uniformes militares, se dirigen hacia él. Le preguntan su nombre y, tras asentir, le indican que son miembros del FBI y de la policía militar y le arrestan por conspirar.

Nuestro hombre, que estaba participando en una reunión de un cártel internacional, se convierte en sujeto pasivo de la normativa penal estadounidense y, de repente, ese fin de semana que se presumía cercano y en familia se aleja, más y más, durante las siguientes horas.

Aunque parezca sorprendente, éste es un caso real como la vida misma. Un relato similar al nuestro se puede encontrar en la novela *The Informant* de Kurt EICHENWALD¹, que narra la situación vivida por una

¹ K. EICHENWALD (2000), *The Informant: A True Story*, New York: Broadway Books.

persona vinculada al cártel de la lisina. También resulta ilustrativa la novela *Rats in the Grain: The Dirty Tricks and Trials of Archer Daniels Midland*, de James LIEBER².

1. CÁRTELES INTERNACIONALES

Los cárteles desde hace tiempo no conocen fronteras y se instalan ahí donde existan intereses económicos. Sin duda la globalización de las economías conlleva la globalización de los cárteles como respuesta de las empresas a las situaciones de mercado que se pretenden alterar.

Este elemento internacional de los cárteles supone una complejidad importante para la actuación de las distintas autoridades de competencia mundiales. Ello porque tienen atribuidos sus poderes según el ámbito territorial bajo su control, lo que a la vez constituye una limitación al ejercicio de dichos poderes y a la reacción que las autoridades pueden tener ante este tipo de cárteles. Como veremos, los primeros obstáculos se han superado, si bien han aparecido otros de distinta naturaleza y derivados de las diferencias entre los sistemas jurídicos.

Abordaremos los problemas que se plantean en relación con los cárteles internacionales y las soluciones que se han venido dando, así como las que se pueden alcanzar en relación con los problemas todavía existentes.

2. ADAPTACIÓN DE LOS CÁRTELES A LAS NECESIDADES ECONÓMICAS

El cártel se puede hallar en una zona de una ciudad o municipio³, una ciudad entera⁴, un área geográfica más amplia como una comarca⁵, una comunidad autónoma o región⁶, un país⁷, la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo⁸ o el mundo entero, como por ejemplo el cártel de las vitaminas.

² J. LIEBER (2000), *Rats in the Grain: The Dirty Tricks and Trials of Archer Daniels Midland*, New York: Four Walls Eight Windows.

³ Resolución (expte. 603/05, Procuradores Pontearreas).

⁴ Resolución (expte. 503/00, Feriantes Huesca).

⁵ Resolución (expte. 452/99, Taxis Barcelona).

⁶ Resolución de CNC, párrafo 13 (expte. 623/07, Transportes Barcelona); Resolución de CNC (expte. 617/06 Cajas Vascas y Navarra).

⁷ Resolución CNC (expte. 588/05, Distribuidores Cine).

⁸ Asunto T-73/04. *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 8 de octubre de 2008. Le Carbone-Lorraine contra Comisión de las Comunidades Europeas.*

El ámbito geográfico del cártel lo marcan las competencias de las autoridades públicas y, en cierta medida, las actuaciones judiciales posibles derivadas de los daños y perjuicios de los cárteles (casas de subasta, USA mundial, asunto Provimi, etc.).

Hay un cártel paradigmático a nivel mundial y muy documentado, el de las vitaminas, que servirá de base para la comprensión de diversos problemas y de las magnitudes totales de las cuestiones que se plantean.

El cártel de las vitaminas ha sido sancionado, al menos, por las autoridades de los siguientes países: EEUU, Australia⁹, Canadá¹⁰, Sudáfrica, México¹¹, Brasil¹² y la Unión Europea.

Además han alcanzado acuerdos extraprocesales o se ha entablado contencioso ordinario para recuperar los daños causados en las siguientes jurisdicciones: EEUU¹³, Reino Unido¹⁴, Australia, y Canadá¹⁵.

Como resultado de estas actuaciones la industria del sector se reestructuró como se puede ver en las decisiones DSM/Hoffmann La Roche.

PROBLEMAS A DEBATIR

La actuación de los cárteles internacionales ha preocupado de manera importante a las autoridades de competencia que han reaccionado y se han dotado de instrumentos para combatirlos. Todo ello no deja de plantear cuestiones jurídicas de muy diversa índole cuyas repercusiones se hacen sentir más allá de estos cárteles internacionales.

Analizaremos a continuación las cuestiones de procedimiento que se plantean, tanto al inicio como en el desarrollo de los mismos, y en el punto crucial en el que se plasman las diferencias de los sistemas, como son las sanciones que se pueden imponer por estas infracciones del Derecho, con consecuencias civiles, administrativas e incluso penales. También tiene su impacto en los sistemas de inmunidad y clemencia que se

⁹ *Federal Court of Australia Bray v F Hoffman-La Roche Ltd* (2002) FCA 1405 (15 de noviembre de 2002).

¹⁰ Federal Court of Canada Court File Numbers: T-1581, 1582, 1583. *Vid.* Annual Report of the Commissioner of Competition for the Year Ending March 31, 2003 of Competition Bureau Canada.

¹¹ Expediente IO-09-99 de la Comisión Federal de Competencia de México.

¹² Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil (1999-octubre 2000).

¹³ *Empagran SA et al v F. Hoffmann-La Roche Ltd et al.*, 542 U.S. 155 (2004), 03-724.

¹⁴ *Provimi and Nutreco v Aventis et al.*, 2003 EWHC 961 (COMM).

¹⁵ *Vid.* J. M. CONNER (2006), *The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence*, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103604

han diseñado y, por último, en los destinatarios de dichas actuaciones, las empresas y sus directivos.

3. PROCEDIMIENTO

A) Inspecciones

a) *En la apertura*

Los plazos de prescripción para iniciar actuaciones contra los cárteles, que suelen oscilar alrededor de los cinco años (por ejemplo una inspección en la UE de un cártel con efectos en Corea) por lo que los países que son víctimas de los cárteles, pero no cuentan con sede de las empresas infractoras en sus territorios, desean conocer si las autoridades de los restantes países están iniciando actuaciones y así evitar los plazos de prescripción.

El plazo de prescripción es un derecho fundamental que evita que las autoridades puedan iniciar un proceso sancionador de manera indefinida, por lo que no parece conveniente modificarlo, de momento nadie lo ha hecho. En efecto, plazos de prescripción de cuatro o cinco años han devenido como norma general en muchos países.

La cuestión reside, pues, en cómo lo plantearían las autoridades coreanas, ¿deben unos países advertir a otros del inicio de actuaciones en asuntos de cártel? La realidad es que en muchos casos estas advertencias tienen o adquieren un carácter público. La Comisión Europea, como lo hace también España, Italia u otros países, comunican de forma pública la realización de inspecciones en determinados sectores.

La única cuestión es sobre si deberían existir otras advertencias, o sobre si éstas debieran realizarse antes de llevar a cabo inspecciones. Como veremos a continuación, en algunos casos sí han existido intercambios de información previos a la realización de inspecciones.

b) *Para organizar inspección*

El día más largo del Derecho de la Competencia, se produjo el 13 de febrero de 2003, en el que autoridades de Japón iniciaron una inspección en un cártel relacionado con la industria de los plásticos, a las 8 hora japonesa, esto es, a las 12 de la noche hora europea¹⁶. A las 9

¹⁶ Vid. *Statement on Inspections at producers of heat stabilisers as well as impact modifiers and processing aids - International Cooperation on Inspections*, 13 de febrero de 2003 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/03/33&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)

hora europea los funcionarios de la Comisión Europea iniciaban en el mismo sector una inspección en las sedes europeas, y a las 9 hora de la costa este norteamericana, las autoridades de ese país y de Canadá realizaban también inspecciones sorpresa en las sedes que se hallaban bajo su jurisdicción.

Cuando estas últimas inspecciones se iniciaban en Japón era casi media noche, y para cuando acabaron, eran las 6 de la mañana; como algunas inspecciones se realizaron en sedes con otros usos horarios, para cuando finalizaba el primer día de inspecciones en Norteamérica, el segundo día de inspecciones continuaba en Japón¹⁷.

Ésa era la respuesta de las autoridades de competencia a un cártel internacional que no conocía usos horarios, una respuesta tan organizada como posiblemente lo había sido el cártel, y buscando parecida eficiencia. En este caso se habían intercambiado información las autoridades con anterioridad a llevar a cabo las inspecciones. La cuestión importante es qué tipo de información se intercambiaron las autoridades con posterioridad a las inspecciones, y si dicho intercambio podría abarcar pruebas que fueran de cargo o descargo para las empresas. Todo ello daría a conocer el impacto que tuvo a la vista de las diferencias en las legislaciones de los distintos Estados afectados.

Posteriormente, durante el año 2006 se produjeron inspecciones masivas relacionadas con el cártel del transporte aéreo de carga en Suiza, la Unión Europea, Estados Unidos, Japón y Canadá.

B) Derechos de defensa

Los derechos de defensa se entienden y aplican de manera distinta según los países, lo que supone una complejidad importante para las empresas implicadas. No sólo hay problemas en cuanto a los derechos que les asisten en los procesos administrativos, sino también en el impacto ante los posibles contenciosos civiles a los que se puede enfrentar.

En los casos que se han dado hasta el momento no ha habido argumentos importantes o significativos en relación con los derechos de defensa, si bien creo que no tardarán en aparecer, dada la importante diferencia en los sistemas sancionadores, así como debido al hecho de que en algunos países no es sólo una cuestión de Derecho administrativo sancionador, sino directamente penal, con penas de privación de libertad.

¹⁷ Vid. *Autoridades europeas y estadounidenses están investigando una presunta manipulación de precios en la industria aérea de transporte de carga*, 15 de febrero de 2006 (http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_4717000/4717292.stm)

Puede entenderse, y así se hace en Derecho penal, que los documentos obtenidos en una jurisdicción no se utilicen contra los nacionales de dicha jurisdicción en otro territorio para imponerles penas de privación de libertad, cuando en la primera jurisdicción dicha infracción es sólo de carácter administrativo.

C) Intervención policial (papel térmico)

Prueba de lo anterior, y como más patente o gráfica es la intervención policial, no sólo como apoyo de una intervención administrativa, sino en apoyo de lo que le corresponde a las fuerzas policiales, el Derecho penal.

La intervención policial internacional ha estado coordinada desde hace bastante tiempo, siendo quizás la primera vez, o una de las primeras, la que se produjo en el asunto del papel térmico entre EEUU y Canadá, en la que el FBI, en contacto con la Real Policía Montada del Canadá, realizaron arrestos a ambos lados de la frontera en relación con un cártel en dicho producto.

D) Acuerdos internacionales MLAT

Hace muchos años, Estados Unidos abrió la vía a la creación de acuerdos bilaterales o multilaterales de asistencia en materia de Derecho de la Competencia, y si bien concluyó varios, entre otros con Canadá, que ha sido utilizado varias veces, el más importante por los mercados afectados fue sin duda el concluido con la Unión Europea.

Estados Unidos ha tejido una red muy importante de acuerdos de cooperación en materia de Derecho de la Competencia con las principales economías del mundo. La red de EEUU está aún lejos de alcanzar el sistema de acuerdos fiscales de Holanda, pero parece contar con la clara intención de emular ese ejemplo. De hecho, EEUU ha firmado acuerdos bilaterales de MLAT con 58 países¹⁸.

Por su parte, la Unión Europea también ha ido concluyendo acuerdos internacionales con algunas de las economías más importantes del mundo. Por ejemplo, la UE ha firmado acuerdos bilaterales dedicados con EEUU, Canadá y Japón¹⁹; además, en los diversos acuerdos de libre

¹⁸ Vid. J. WALDEN y M. BENJAMIN (2008), «Going It Alone, The Costs of Unilateral Law Enforcement», *ALM Law Journal Newsletter Business Crimes Bulletin*, V 15, N10, junio.

¹⁹ Vid. *Relaciones bilaterales de asuntos de competencia*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/bilateral/>

cambio, o asociación o de otro tipo, incluye cláusulas relacionadas con el Derecho de la Competencia, como el de México²⁰. También, hay acuerdos informales de cooperación en materias de competencia, como es el caso de Australia²¹. La UE y Australia han mantenido una cooperación informal en al menos un expediente sancionador²².

Se hace notar que esta situación no es un privilegio sólo de las primeras economías del mundo, sino que países como Corea o Chile también han alcanzado acuerdos con el objeto de regular materias como el Derecho de la Competencia. De hecho, el acuerdo con Corea es el primer pacto mutuo entre la UE y autoridades de competencia extranjeras²³. Bajo el pacto, los dos autoridades tienen que notificar al otro de expedientes de empresas en su jurisdicción entre otros requisitos.

No estamos muy lejos de que existan tratados tipo de asistencia en materia de Derecho de la Competencia, o que la materia deba ser tratada en sede de OMC en sus futuras rondas de negociación para alcanzar acuerdos de dimensión planetaria.

Esto parece resultar necesario por el hecho de que las infracciones no conocen fronteras, y por la extensión de las normas de Derecho de la Competencia que afectan a los cinco continentes. En Europa es difícil encontrar un país que no tenga un sistema de aplicación del Derecho de la Competencia; América no tiene tampoco una distancia muy significativa, superada por Oceanía. Asia tiene sistemas de competencia en sus principales economías; al igual que África, quizás el continente con menos sistemas, pero que ya alcanzan acuerdos²⁴.

4. CLEMENCIA E INMUNIDAD

De las primeras dudas que se plantearon de todo tipo, incluso morales, en relación con los programas de clemencia, se ha pasado a un uso intensivo y extensivo de dichos instrumentos, cuyos fundamentos tiene su origen en la frustración de la Administración para la detección de cárteles. En la actualidad casi todos los países europeos, y el

²⁰ Relaciones bilaterales con México, <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/bilateral/mexico.html>

²¹ Vid. E. PAULIS (2004), «International Co-operation against cartels», *ACCC Conference on Cracking Cartels*, 24 de noviembre.

²² *Ibid.*, p. 7.

²³ Vid. «EU/Korea Pact Eases Investigations», *International Financial Law Review*, 12 de septiembre de 2008 (<http://www.iflr.com/Article/2017675/EU-Korea-antitrust-pact-eases-investigations.html>)

²⁴ Acuerdo Cotonou entre la UE y los Países Africanos, Caribes y Pacíficos de 2000, <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/bilateral/acp.html>

resto de miembros de la OCDE disponen de una política de clemencia e inmunidad.

Las diferencias y parecidos entre dichos sistemas se halla también en la base de la detección y sanción de cárteles internacionales. Como se ha indicado con anterioridad en relación con los derechos de defensa, las diferencias no afectan sólo al proceso administrativo, sino también al contencioso civil, y de hecho se retroalimentan.

El hecho de que en los EEUU no se considere privilegiado en el proceso civil las declaraciones efectuadas ante autoridades no norteamericanas a efectos de clemencia ha llevado a que se acepten a nivel comunitario declaraciones orales para evitar que se puedan usar en procesos civiles, y así asegurar la inmunidad de esas declaraciones. Este proceso de recoger documentos se llama «proposición de prueba» (*discovery* en inglés).

Algunos países como Canadá, Francia, Países Bajos, Italia, Reino Unido y Australia promulgan «*blocking statutes*» normas para prevenir la revelación de información protegida a jurisdicciones extranjeras incluso en materias de competencia²⁵. Estas leyes han sido poco utilizadas hasta diciembre de 2007. En el asunto de MAAF, de Cour de Cassation de Francia señaló que un abogado francés violó la ley durante un expediente del California Insurance Department²⁶. Es posible que este asunto pueda cambiar la manera en que tribunales norteamericanos obtienen información en procesos civiles de competencia.

Sin embargo, en el asunto *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. US District Court for the Southern District of Iowa*²⁷, el Tribunal Supremo de EEUU señaló que cuando un «*district court*» tiene jurisdicción sobre un demandado extranjero, los procedimientos de la Conferencia de La Haya para obtener pruebas no son la única manera de realizar la práctica de la prueba. Es decir, los procedimientos de la Conferencia de la Haya no son obligatorios y los tribunales estadounidenses debe hacer un balance de intereses entre el extranjero y EEUU. Así se requiere un análisis individual en cada caso. Una de las consideraciones es el principio de «reconocimiento mutuo internacional» (*International comity*). Este principio tiene como objetivo evitar conflictos legales entre Estados cuando los intereses de más de uno de ellos están involucrados.

²⁵ Vid. WALDEN y BENJAMIN (2008), p. 1.

²⁶ Vid. M. J. GOTTRIDGE y T. ROUHETTE (30 de abril 2008), *Blocking Statutes Bring Discovery Woes*, (<http://www.law.com/jsp/legaltechnology/pubArticleLT.jsp?id=1209459934853>)

²⁷ 482 U.S. 522, 544 (1987).

La Comisión Europea intentó en *Vitamins Antitrust Litigation case*²⁸, *In re Methionine Antitrust Litigation*²⁹, *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*³⁰ e *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*³¹ presentar varios *amicus curiae* para que los tribunales no utilicen solicitudes de clemencia de la UE en los asuntos civiles. En los EEUU con diferente resultado, en *Re: Methionine Antitrust Litigation* se aceptó la confidencialidad, mientras que en *Re: Vitamins Antitrust litigation case* e *Intel v. Advanced Micro Devices, Inc.* no se aceptó. Por tanto, cada jurisdicción federal de EEUU puede aplicar *Aerospatiale* con diferente resultado³².

De hecho esta actuación se ha extendido y diversas autoridades como la Comisión Europea³³ aceptan declaraciones orales para poder a la vez intervenir en esos cárteles internacionales, por un lado, y por otro, asegurar a las empresas que se acojan al mismo con una cierta seguridad.

Otra dificultad que presenta la clemencia e inmunidad a nivel internacional es la diferencia que se genera entre regímenes con sanciones penales, y regímenes con sanciones exclusivamente administrativas.

En los regímenes penales, hay una responsabilidad de la empresa y a la vez de los directivos de la misma, lo que supone una complejidad añadida, y un tema al que hay que prestar gran atención.

Otros puntos que suponen complejidad añadida para los sistemas de inmunidad y clemencia son la inmunidad misma frente a la cooperación internacional, el aportar valor añadido, y el problema de las «cerezas» frente a la solución del «*amnesty plus*», o descuento añadido por varios cárteles. Esto supone que la extensión de la clemencia e inmunidad se ha efectuado a partir de los cárteles internacionales y que éstos han moldeado su funcionamiento.

5. SANCIONES

Las sanciones de cárteles son de las más variadas que existen en el Derecho de la Competencia y comprenden: i) las administrativas, multas y órdenes diversas, ii) las civiles e incluso las penales, la privación de libertad.

²⁸ *Re: Vitamins Antitrust Litigation*, Misc. No. 99-197 (D.D.C. 2002).

²⁹ *Re: Methionine Antitrust Litigation*, Master File No. C99-3491, Report of Special Master (N.D. Cal. June 17, 2002).

³⁰ 4 F.Supp.2d 1078 (N.D. Cal. 2007).

³¹ *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 US (2004), 02-572.

³² Vid. R. GRASSO (mayo 2008), *The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?*, Student Note (<http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v29n3-grasso.pdf>)

³³ Art. 32 de Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 2002.

Las sanciones administrativas se relacionan de forma casi exclusiva con las multas, lógico dada su importancia, pero no son las únicas: existen en diversos países sanciones de inhabilitación para ejercer como directivo de una empresa, como en el Reino Unido, que afectan a los derechos de pensiones, Irlanda, o como en España que prevé también sanciones de multa de hasta 60.000 euros para directivos.

Las sanciones civiles suelen relacionarse con la reparación del daño causado y, como veremos en un caso que considero paradigmático, son muy importantes, pero también caben otras sanciones como el deber de abstenerse de realizar ciertas actuaciones a futuro u otras que quepan en las diversas jurisdicciones.

Las sanciones penales básicamente suponen la privación de libertad. Como veremos en algún caso han supuesto diversos meses de cárcel, si bien los EEUU, precursores en el sistema, están insistiendo ahora en modificar la privación de libertad a tres años, que ya supone una cuantía importante.

Un caso paradigmático es sin duda *Vitaminas*, asunto en el que las diversas empresas fueron sancionadas en un número significativo de jurisdicciones y en el que hubo actuaciones civiles, así como aplicación penal en los EEUU.

Las empresas fueron multadas, al menos, en las siguientes jurisdicciones y por la siguientes cuantías:

EEUU	915.2 millones de dólares ³⁴ .
UE	855.22 millones de euros ³⁵ .
Canadá	88.4 millones de dólares canadienses ³⁶ .
Australia	26 millones de dólares australianos ³⁷ .
México	1.000 millones de pesos.
Sudáfrica	No fueron multadas.
Japón	No fueron multadas pero se les dio una advertencia ³⁸ .
Corea	3.916 millones de won surcoreanos ³⁹ .

³⁴ CONNOR (2001), p. 60.

³⁵ «Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes», *Organisation for Economic Co-operation and Development*, <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>

³⁶ *Vid.* Canadian Competition Bureau Press Release: *Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million For International Vitamin Conspiracies*, 22 de septiembre de 1999 (<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/00607.html>)

³⁷ CONNOR (2001), p. 55.

³⁸ *Ibid.*, p. 56.

³⁹ *Vid.* Fair Trade Commission Press Release: *The KFTC Imposes Surcharges on the International Cartel of Vitamin Companies*, 25 de abril de 2003 (<http://ftc.go.kr/data/hwp/vitamin.doc>)

Brasil	725 millones de dólares.
Nueva Zelanda	No fueron multadas pero se les dio una advertencia ⁴⁰ .

Estas cifras lo fueron para la totalidad de los participantes en el cártel, para una empresa concreta representó las siguientes cuantías:

EEUU	500 millones de dólares ⁴¹ .
UE	459 millones de euros ⁴² .
Canadá	50.9 millones de dólares canadienses ⁴³ .
Australia	15 millones de dólares australianos ⁴⁴ .
Sudáfrica	No fue multada.
Japón	No fue multada pero se le dio una advertencia ⁴⁵ .
Corea	1.958 millones de won surcoreanos ⁴⁶ .
Brasil	500 millones de dólares ⁴⁷ .
Nueva Zelanda	No fue multada pero se le dio una advertencia ⁴⁸ .

Por otro lado, las indemnizaciones pagadas en este asunto estuvieron entre los 2.966 y los 3.466 millones de dólares si bien esta cifra no es todavía final.

Por último, seis directivos fueron encarcelados en EEUU por un periodo total de 22,5 meses⁴⁹, siendo la sanción individual mayor de seis meses de privación de libertad.

A) Duplicidad

El TJCE ha fallado que no hay *non bis in idem*. Nos debemos preguntar si ello es correcto. Quizás debamos examinar el funcionamiento

⁴⁰ CONNOR (2001), p. 56.

⁴¹ Vid. United States Department of Justice Press Release: *Hoffman-LaRoche and BASF agree to pay record criminal fines for participating in international vitamin cartel*, 20 de mayo 1999 (http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/1999/2450.htm)

⁴² Decision de la Comisión de 21 de noviembre de 2001 de Case COMP/E-1/37.512. Vitamins.

⁴³ Vid. Canadian Competition Bureau Press Release: *Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million For International Vitamin Conspiracies*, 22 de septiembre de 1999 (<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/00607.html>)

⁴⁴ CONNOR (2001), p. 55.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁶ Vid. Fair Trade Commission Press Release: *The KTFC Imposes Surcharges on the International Cartel of Vitamin Companies*, 25 de abril de 2003 (<http://ftc.go.kr/data/hwp/vitamin.doc>)

⁴⁷ The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation, Mariana Tavares de Araujo 2 (noviembre 2002).

⁴⁸ CONNOR (2001), p. 56.

⁴⁹ *Four foreign executives of Leading European Vitamin Firms Agree to Plead Guilty to Participating in International Vitamin Cartel*, http://findarticles.com/p/articles/mi_pjus/is_200004/ai_4178913251/pg_1

de las sanciones comunitarias. Todo el mundo asume que la sanción comunitaria tiene un límite que es el 10 por 100 del volumen de negocios del grupo al que la empresa pertenece, esta creencia tiene su base, pero no en el art. 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003.

Dicho artículo dispone que la multa puede exceder el millón de euros, hasta un 10 por 100 del volumen de negocios de la empresa en el ejercicio precedente. ¿Qué debe considerarse el volumen de negocios? No se halla en ningún sitio, sino en la aplicación por parte de la Comisión Europea y parece que permanece inalterado desde 1970, aproximadamente, en el asunto *Pioneer*.

En aquellos tiempos no se contemplaba tanta actividad frente a los cárteles, y menos con el carácter mundial que se da en la actualidad. Esta situación ha sido replanteada recientemente a raíz de un cártel mundial, y sobre la base de que ya había sido sancionado en EEUU se consideró el *non bis in idem*.

Señalar aquí que no hay debate posible sobre la jurisdicción de la Comisión Europea de imponer una sanción a un cártel mundial en la medida que cause efectos en el territorio de la Unión Europea. El debate se centra en si el límite máximo del 10 por 100 que debería aplicarse en estos casos se refiriera al volumen de negocios efectuado en la Unión Europea o el EEE, o si se puede tomar en consideración la cifra de negocios mundial.

El efecto en muchos casos no será importante, puesto que existirá suficiente volumen de negocios en la UE o EEE para que no se dispare el límite máximo, pero parece bastante lógico que si la empresa ya ha sido sancionada en otros países, se debiera por un principio de «comity» deferencia jurisdiccional, limitar a éste.

En el asunto de *SLG Carbon*⁵⁰, el TJCE rechazó la tesis de la empresa en la que la Comisión debió tomar en consideración las sanciones que le fueron impuestas en Estados Unidos para determinar el importe de la multa, al menos para reducirla. El TJCE señaló que «el principio *non bis in idem* no se aplica a situaciones en las que los ordenamientos jurídicos y las autoridades en materia de competencia de Estados terceros intervinieron en el marco de sus propias competencias». Es más, «la determinación de las multas impuestas por las infracciones del Derecho comunitario de la competencia se inscriben en la facultad de apreciación de que disfruta la Comisión en la materia».

⁵⁰ *SLG Carbon AG v. Comisión*, C-328/05 (10 de mayo de 2007).

Entendemos que si bien el TJCE ya se ha pronunciado, nada impide que en un futuro cambie de opinión y se halle dispuesto a aceptar esta limitación en cárteles internacionales.

La duplicidad no se da sólo en las sanciones administrativas, sino que puede darse en las penales, y sirva como prueba el reciente caso de «*marine hoses*».

6. DEMANDAS CIVILES

La reparación de los daños y perjuicios va a sufrir cambios a corto plazo debido a los cárteles mundiales, entre otras cuestiones tanto porque nadie querrá plantear que los residentes en unas jurisdicciones se hallen mejor tratados que en otras, sino que además se contagiarán los sistemas.

Por otro lado, ya se han empezado a plantear cuestiones importantes de jurisdicción competente, o en línea con la preocupación mostrada por la Comisión Europea en sus reflexiones sobre el libro blanco de daños sobre cuestiones de «*forum shopping*».

Es sin duda necesario pronunciarse sobre el «*forum shopping*» o la búsqueda del foro más favorable. A la Comisión le parece molestar, y pretende en cierta manera evitar, que se produzca esta búsqueda del foro más favorable. Es necesario señalar que al tema hay dedicada casi una profesión entera, la de abogado, y que por muchas reglas que se intenten establecer habrá una parte de esa profesión luchando para que sean más flexibles, y otra parte defendiendo lo contrario, como suele ocurrir en nuestra profesión.

En la medida que se defina como sujeto a la «culpa aquiliana», o responsabilidad extra-contractual los temas de competencia generan ya un número de foros posibles, siendo todos «*forum conveniens*». Véase como ocurrió con la interpretación que avanzó el TJCE en el asunto «*Mines de Potasse d'Alsace*» en virtud del actual Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, sucesor del antiguo Convenio de Bruselas.

Lo que debería preocupar es la aparición de «*forum non conveniens*» que no reconocieran esa situación, como durante muchos años ha sido el caso de EEUU en un número importante de materias, entre otros de daños generales, o daños personales.

Mi única preocupación es definir los «*forum non conveniens*» y que exista capacidad de reacción en esas situaciones, a la vez que habrá que admitir la existencia de «*forum shopping*», puesto que es el derecho del demandante de situarse en el mejor foro posible, dentro de las opciones lógicas que se planteen.

Todo esto dependerá de los casos y de la política que prefieran seguir los demandados, por ejemplo en el asunto de las casas de subasta, se dilucidaron las cuestiones de daños y perjuicios a nivel mundial en los EEUU, lo que posiblemente fue una ventaja no sólo para los demandantes, sino también para los demandados.

7. CUESTIONES PENALES

A) **Lista FBI**

El FBI es la agencia americana encargada de aplicar e investigar los delitos federales, y como tal se califica el Derecho de la Competencia, en su vertiente penal. Además busca a los prófugos y lo hace mediante la publicación de listas de personas en búsqueda y captura. Por ejemplo, una de las listas es para los diez más buscados de delitos de guante blanco⁵¹.

Debe tomarse en consideración que los que se hallan en estas listas no sólo deben evitar entrar en territorio norteamericano, sino también en aquellos países con los que EEUU tenga un tratado especial de extradición casi inmediata, como es el caso de Canadá, Reino Unido, Australia, Sudáfrica, que como se ve no es una porción despreciable del mundo económico importante.

B) **El punto de vista de los infractores**

Los informes anuales de las compañías efectúan mención de las infracciones al Derecho de la Competencia, de forma bastante interesante, y en algunos casos permite seguir la evolución del asunto.

En el cártel de vitaminas la sociedad Hoffman-La Roche tuvo un papel central, y como veremos supuso un importante problema a su matriz última, el grupo Roche.

Las sanciones administrativas fueron muy importantes. Los acuerdos extrajudiciales para poner fin a diversos contenciosos civiles ascendieron también a cantidades importantes; peor parte se llevaron tres directivos que tuvieron que pasar tres meses en cárceles norteamericanas, y por último había un efecto reputacional.

Para una empresa como Roche, supuso un total de sanciones de 961,3 millones de dólares, que tres directivos de la sociedad fueran encarce-

⁵¹ http://www.fbi.gov/wanted/fugitives/wcc/fug_wcc.htm

lados en EEUU por un periodo de 3/6 meses, y que se pagaran un total de indemnizaciones de entre 1.468 y 1.736 millones de dólares.

Además, el coste reputacional y de impacto mediático llevó al grupo a la decisión de vender la división de vitaminas, que fue adquirida por el grupo químico holandés DSM. Y no fue ésta la única venta.

Como se puede comprobar es un coste nada despreciable, que es bueno comparar con los beneficios que derivaba esta división para el grupo, esto supone y representa que cualquier ventaja que se hubiera derivado del cártel ha desaparecido ampliamente en términos de ventajas económicas en el impacto del resultado final. Se puede argumentar que a falta de dichos acuerdos esta división se pudiera hallar con pérdidas contables.

Quizás el impacto más importante haya sido la decisión de vender la división, con unos contratos con garantías importantes y significativas para el grupo Roche, que por supuesto el comprador habrá querido asegurar.

8. CONCLUSIÓN

Los cárteles internacionales reciben respuestas internacionales por parte de las autoridades de competencia, y sin duda despiertan pocas simpatías, ni tan sólo en las jurisdicciones en las que tienen sus sedes sociales. Es quizás por esta razón, que las desventajas que se derivan para la defensa de este tipo de situaciones no están teniendo la adecuación que posiblemente se merecen si nos basáramos estrictamente en el Derecho de una forma algo más objetiva.

En los países en desarrollo o menos desarrollados estas simpatías decrecen de forma muy importante en la medida en que estos cárteles drenan recursos necesarios para su desarrollo económico, lo que está conduciendo a una proliferación de autoridades de competencia y que buscan sin duda poder atrapar a este tipo de infracciones para recuperar con las sanciones una parte del daño causado a sus economías.

Una serie de mecanismos relacionados con la lucha contra los cárteles se están desarrollando tanto a nivel privado, como público, a raíz de la internacionalización de los mismos. En las repuestas públicas hemos señalado los cambios en los procedimientos de clemencia para no exponerlos a situaciones muy complejas en los contenciosos civiles que se deriven de las decisiones.

En el marco privado el incremento de esos contenciosos civiles, con la creación de oficinas de despachos que son claramente demandantes

y que provienen en su mayor parte de los EEUU, en Europa es otro resultado. Es más, se han creado fondos económicos para buscar la recuperación de los daños y perjuicios de infracciones del tipo de cárteles en Europa.

En estos casos se hace difícil poder argumentar contra la criminalización del Derecho de la Competencia, visto que es quizás el efecto disuasorio final. La privación de libertad depende sin duda del país en el que se aplique y de que quienes hoy lo aplican, se quejen en un futuro próximo que se aplique a sus nacionales en determinados países. Quizás por eso se explique la gran flexibilidad mostrada en el caso de «*Marine hoses*» al enviar a un condenado a otro país, el Reino Unido, para el cumplimiento de la condena, con el compromiso de que si fuera inferior a la que ha sido condenado en EEUU, éste volvería para finalizar su condena.

Hay muchas cuestiones y problemas en los cárteles internacionales que se irán abordando en un futuro y para los que no habrá unas soluciones simples e inmediatas, sino una búsqueda.

Por otro lado, diversas cuestiones que se plantean en los cárteles internacionales tienen impacto en el Derecho de la Competencia general, como ejemplo, las declaraciones orales de clemencia o inmunidad que se prevén en Europa, y que no descartemos que también se deba hacer así en EEUU cuando una mayor aplicación de daños derivados de cárteles pueda llegar a suponer una desventaja para aquel sistema de inmunidad o clemencia.

Un mundo apasionante el del Derecho de la Competencia y su continua evolución. Nuestro directivo pueda quizás disfrutar de su familia y su fin de semana que merecía, un par o tres años más tarde de lo que había previsto, lo que supone un desincentivo para otros a participar en cárteles internacionales.

Pero éste no es el final de la situación, se trata simplemente de un capítulo más dentro de una saga que tan sólo acaba de empezar y del que es difícil prever un final feliz.

BIBLIOGRAFÍA

- CLARKE, J. L., y S. J. EVENETT (2002): *The Deterrent Effects of National Anti-Cartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel*, 2 de septiembre.
- CONNOR, J. M. (2001): *Global Price Fixing: Our Customers are the Enemy*, Kluwer Academic Publishing, Boston, MA.

- EVENETT, S. J.; M. C. LEVENSTEIN, y V. SUSLOW (2001): «International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s», *World Economy*, septiembre.
- FIRST, H. (2001): «The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and The Coming of International Competition Law», *Antitrust Law Journal*, 68:3, 711-729.
- GRASSO, R. (2008): «The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?», *Student Note*, University of Michigan, mayo.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2005a): *Working Group on Cartels. Report. Defining Hard Core Cartels Conduct Effective Institutions Effective Penalties*, 6-8 de junio.
- (2005b): *Anti Cartel Enforcement Manual*, abril.
- LEVENSTEIN, M. C., y V. SUSLOW (2001): «Private International Cartels and The Effect on Developing Countries», *Background paper for the World Development Report*, World Bank. Washington, D.C.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2002a): *Report On The Nature And Impact of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws. Competition Committee. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs*.
- (2002b): *Hard Core Cartels. A Contribution by the OECD Secretariat. Communication from the OECD to the World Trade Organisation's Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*.
- *Competition Committee; Hard Core Cartels. Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation*.
- (2002c): *Competition Committee; Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs; Working Party n.º 3 on International Cooperation. Draft Outline of the Second Report by the Competition Committee on Implementation of the Council Recommendation on Hard Core Cartels*, DAFFE/COMP/WP3 6.
- PAULIS, E. (2004): «International Co-operation against cartels», *ACCC Conference on Cracking Cartels*, 24 de noviembre.
- TAVARES DE ARAUJO, M. (2002): *The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation*.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD) (2000):. *The United Nations Set of Principles and Rules on Competition*, Geneva.
- (2005): Document n.º TD/RBP.CONF:6/4 of 5th September, regarding «A Synthesis of Recent Cartel Investigations».
- WALDEN, J., y M. BENJAMIN (2008): «Going It Alone, The Costs of Unilateral Law Enforcement» *ALM Law Journal Newsletter Business Crimes Bulletin*, V 15, N 10, junio.
- WHITE, L. J. (2001): «Lysine and Price Fixing: How Long? How Severe?», *Review of International Organisation*.