

*Elena Martín Tubía\**  
*Eva Pelayo Martínez\**

## REFLEXIONES TRAS UN AÑO DE VIGENCIA DEL PROGRAMA ESPAÑOL DE CLEMENCIA

La introducción de un programa de clemencia constituye una de las principales novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El programa español se enmarca dentro de uno de los objetivos prioritarios de la Comisión Nacional de la Competencia, la lucha contra los cárteles. Si bien inspirado en los precedentes existentes en la Comisión Europea y en otros países del entorno comunitario, el programa español posee unas características propias que lo diferencian del anterior y, tras un año de aplicación, es posible efectuar ya una primera evaluación de sus resultados.

**Palabras clave:** competencia, cárteles, multas, inspecciones, cooperación, solicitante.  
**Clasificación JEL:** L40, L44.

### 1. Introducción

Existe un consenso general en considerar los cárteles como unos de los casos más graves de restricción de la competencia, por los perjuicios que causan en los consumidores y en la propia industria. En consonancia con su carácter dañino, las Autoridades de Competencia pueden sancionar con multas muy elevadas (y en determinados sistemas, con penas privativas de libertad) a las empresas que hayan participado en un cártel. Para fomentar que las empresas abandonen el cártel y pongan en conocimiento de la Autoridad de Competencia su existencia, diversos Estados, así como la Comisión Europea, han desarrollado «programas de *leniency*» o clemencia, que ofrecen

inmunidad completa o una reducción significativa de las sanciones que de otro modo se habrían impuesto a un participante en un cártel, a cambio de que éste facilite información sobre el mismo, con arreglo a determinados criterios, antes o después de iniciada la correspondiente investigación.

El programa de clemencia fue introducido en la legislación española mediante la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que vino a sustituir a la Ley 16/1989, de 17 de julio. Se daba respuesta así a numerosas demandas de empresas, al mismo tiempo, se alineaba el sistema español de defensa de la competencia al existente en la práctica totalidad de Estados miembros de la Unión Europea y en la Comisión Europea, contribuyendo de este modo a aumentar la seguridad jurídica de las empresas que desearan denunciar la existencia de un cártel en el que venían participando y que afectaba al comercio intracomunitario. Y es que, no existiendo un programa de clemencia en España, el riesgo de que dichas empresas no revelasen a ▷

\* Subdirector adjuntas de la Subdirección de Cárteles y Clemencia, Comisión Nacional de la Competencia. Ministerio de Economía y Hacienda.

Las opiniones manifestadas en este artículo son personales de las autoras y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Nacional de la Competencia.

la Comisión Europea o a otras Autoridades Nacionales de Competencia afectadas su participación en un cártel era muy elevado, al no estar garantizada su protección en la jurisdicción española frente a hipotéticas sanciones que pudieran imponerse si la Autoridad Española llegaba a conocer (por ejemplo, vía publicidad de las inspecciones realizadas por otra Autoridad) de un caso que había sido revelado por la propia empresa a otra Autoridad en el marco de un programa de clemencia.

## 2. Los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles

### 2.1. Instrumento eficaz que permite obtener mejores elementos de prueba

Los programas de clemencia se han convertido en un importante instrumento para la detección de cárteles que permiten obtener la información precisa para probar su existencia y sancionar, de este modo, a las empresas infractoras.

Con carácter general, las Autoridades de Competencia disponen de diferentes instrumentos para descubrir infracciones a las normas de competencia, como son el desarrollo de inspecciones o de estudios de mercado, los requerimientos de información, o las denuncias de terceros (consumidores o competidores afectados por la conducta ilícita). Todas estas técnicas, sin embargo, presentan una serie de dificultades en la investigación de cárteles (necesidad de que la Autoridad de Competencia tenga un previo conocimiento del cártel, riesgo de no acceder a las pruebas deseadas o acceder a información incorrecta, necesidad de disponer de un referente competitivo en el caso de estudios de mercado, etcétera).

Frente a estos instrumentos, los programas de clemencia se presentan como una novedosa técnica de detección de cárteles y de obtención de información. Por una parte, permiten a las Autoridades de Competencia acceder a pruebas documentales contemporáneas o actuales, así como a declaraciones

efectuadas por las empresas partícipes en el cártel, con el especial valor que tienen estas últimas por proceder de quien ha participado directamente en él<sup>1</sup>. Este conocimiento directo del cártel permite una asignación más eficiente de los recursos de las Autoridades de Competencia, ya que las actuaciones de investigación que se adopten tras la presentación de la solicitud de clemencia (normalmente inspecciones) estarán mejor orientadas y permitirán probar la existencia del cártel. Finalmente, se minimiza el riesgo de obtener información incorrecta en la investigación, ya que el riesgo que debería asumir el solicitante en el caso de no colaborar con la Autoridad sería la pérdida total del tratamiento favorable que se le otorgaría al amparo del programa.

El análisis de los resultados obtenidos en jurisdicciones como la norteamericana y la comunitaria ponen de manifiesto las ventajas que conllevan los programas de clemencia, especialmente tras una serie de modificaciones que han incrementado la seguridad jurídica de los solicitantes. Así, en EEUU, el Programa de Clemencia para Empresas de 1993 introdujo la automaticidad en la concesión de la inmunidad en el caso de solicitudes presentadas antes del inicio de una investigación, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos<sup>2</sup>, generando un aumento de las solicitudes.

Otro tanto ha sucedido en el ámbito comunitario. Frente al limitado uso del programa de clemencia de 1996, la aprobación, en el año 2002, de una nueva Comunicación que consagraba la automaticidad de la inmunidad bajo determinadas condiciones y permitía que ésta operase una vez iniciada la correspondiente investigación, provocó un aumento del número de solicitudes. Finalmente, en el año 2006 la Comisión Europea aprobó una nueva Comunicación<sup>3</sup> que, mediante una mayor ▷

<sup>1</sup> En este sentido se ha pronunciado el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 22 de mayo de 2009 (Recurso 0020/09, Vinos de Jerez).

<sup>2</sup> En el caso de solicitudes presentadas tras el inicio de una investigación, la concesión de inmunidad no será automática, disfrutando la Antitrust División del Departamento de Justicia de EEUU, de un cierto margen de apreciación.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11).

CUADRO 1  
NÚMERO DE DECISIONES EN ASUNTOS DE CÁRTEL  
ADOPTADAS POR LA COMISIÓN EUROPEA.

Período	Número de decisiones
1990-1994.....	11
1995-1999.....	10
2000-2004.....	33
2005-2009.....	30

*Fuente: Comisión Europea.*

transparencia en la información que haya de aportar el solicitante de clemencia, el establecimiento de un sistema de *marker* y la posibilidad de presentar declaraciones verbales como medio para proteger a los solicitantes de clemencia frente a potenciales demandas de daños y perjuicios, ha impulsado la presentación de solicitudes y, en definitiva, la persecución de cárteles. La evolución del impacto que las sucesivas Comunicaciones de clemencia han tenido en la lucha contra los cárteles por parte del ejecutivo comunitario puede apreciarse en el Cuadro 1.

## 2.2. Los programas de clemencia favorecen la desestabilización de los cárteles

El funcionamiento de un cártel exige de sus miembros la articulación de una serie de mecanismos que garanticen la pervivencia del mismo y eviten deserciones (política de castigos en caso de abandono, sistema de reparto de beneficios, etcétera). Estos mecanismos pueden verse claramente debilitados por un programa de clemencia bien diseñado que impulse a los miembros del cártel a abandonarlo y a poner en conocimiento de las Autoridades de Competencia su existencia.

La consecución de este objetivo depende de los siguientes factores:

- a) Expectativas generadas por el programa de clemencia

En primer lugar, son esenciales las expectativas de exención o de reducción del importe de la multa que el programa de clemencia genere en los poten-

ciales solicitantes. En este sentido, es imprescindible establecer reglas precisas y transparentes sobre la prioridad temporal en el acceso a la exención y a la reducción del importe de la multa, sobre la información que haya de aportar uno u otro solicitante para poder acceder a la clemencia y, en el caso de reducción, sobre el porcentaje de que pueda beneficiarse la empresa.

- b) Efecto disuasorio de las sanciones

En segundo lugar, la capacidad desestabilizadora de un programa de clemencia está directamente relacionada con el efecto disuasorio de las sanciones que pueda llegar a imponer la Autoridad de Competencia. Las empresas no sólo han de percibir el riesgo de ser descubiertas, sino también el riesgo de tener que hacer frente a cuantiosas multas. Diversas Autoridades de Competencia han llevado a cabo modificaciones para potenciar este efecto disuasorio. Así, la Comisión Europea aprobó en 2006 las nuevas Directrices para el cálculo de multas<sup>4</sup> que vinieron a sustituir a las adoptadas en 1998. El documento dota de una mayor transparencia al sistema seguido por la Comisión respetando, en todo caso, el límite del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado por la empresa sancionada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003<sup>5</sup>. Las Directrices establecen un sistema basado en la determinación del importe de base sobre el que se efectuarán una serie de ajustes (agravantes y atenuantes). El importe de base se calculará aplicando un porcentaje de hasta el 30 por 100 al valor de las ventas realizadas por la empresa. En casos de cártel, el porcentaje se situará normalmente en el extremo superior de la escala. Las Directrices prevén, asimismo, que el importe de base pueda incrementarse entre un 15 por 100 y un 25 por 100 ▷

<sup>4</sup> Directrices para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003 (2006/C 210/02).

<sup>5</sup> Reglamento 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 TCE.

CUADRO 2 MULTAS IMPUESTAS A EMPRESAS POR LA COMISIÓN EUROPEA EN CASOS DE CÁRTEL			
Año	Empresa	Asunto	Importe multa en euros
2008.....	Saint Gobain	<i>Car glass</i>	896.000.000
2009.....	E.ON	Gas	553.000.000
2009.....	GDF Suez	Gas	553.000.000
2007.....	ThyssenKrupp	<i>Elevators and escalators</i>	479.669.850
2001.....	F. Hoffmann-La Roche AG	Vitaminas	462.000.000
2007.....	Siemens AG	<i>Gas insulated switchgear</i>	396.562.500
2008.....	Pilkington	<i>Car glass</i>	370.000.000
2008.....	Sasol Ltd	<i>Candle waxes</i>	318.200.000
2006.....	Eni SpA	<i>Synthetic Rubber</i>	272.250.000
2002.....	Lafarge SA	<i>Plasterboard</i>	249.600.000

Fuente: Comisión Europea <sup>6</sup>.

del valor de ventas con la finalidad de incrementar el efecto disuasorio de la sanción.

El Cuadro 2 refleja la importancia que están adquiriendo las multas en el marco de la lucha comunitaria contra los cárteles, destacando especialmente las sanciones impuestas en el año 2008 en el asunto *Car Glass*, en el que el importe total de las multas ascendió a 1.383.896.000 euros, el más alto hasta la fecha por un asunto de cártel.

El legislador español, en línea con la tendencia existente a nivel europeo y con la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, ha tipificado los cárteles como una infracción muy grave a la normativa de defensa de la competencia (artículo 62.4.a) LDC), estableciendo que la participación en dicha infracción podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Asimismo, la CNC ha aprobado una Comunicación sobre multas<sup>7</sup> que, de manera similar a las Directrices comunitarias, parte de la determinación de un importe básico que se verá aumentado o reducido en función de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. El importe básico se calcula aplicando un porcentaje al volumen de ven-

<sup>6</sup> <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

<sup>7</sup> Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del RCE.

tas afectado por la infracción, porcentaje que partirá de un 10 por 100 y que, en el caso de un cártel, infracción calificada como muy grave, podrá ser aumentado en diez puntos porcentuales.

Además, como peculiaridad del régimen español, hay que subrayar la posibilidad de sancionar no sólo a empresas, sino también a personas físicas, posibilidad ya existente bajo la Ley 16/1989, pero que se ha visto reforzada, mediante un endurecimiento de la multa que pueda llegar a imponerse, en la nueva LDC. Así, el artículo 63.2 de la LDC establece que se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales de la empresa infractora o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión ilícito.

Si bien hasta la fecha se ha hecho un uso limitado de esta facultad, la misma podría tener un fuerte efecto disuasorio para las empresas que estén participando en un cártel e incentivar la presentación de solicitudes de clemencia. Ahora bien, la imposición de sanciones a personas físicas mermaría la eficacia de un programa de clemencia que no hiciese extensivo a los responsables de la empresa el trato favorable concedido a la misma. Consciente de este riesgo, el legislador español ha establecido que la exención o la reducción concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos, siempre que colaboren con la CNC.

#### c) Investigación de cárteles *ex officio*

Tal y como se ha señalado anteriormente, los programas de clemencia son un instrumento muy eficaz de detección de cárteles y de obtención de pruebas de los mismos, pero la decisión de las empresas de acogerse a ellos dependerá, en gran medida, del riesgo que éstas perciban de que su conducta pueda ser descubierta *ex officio*, por la Autoridad de Competencia. Los medios empleados por las Autoridades de Competencia para impulsar este tipo de investigaciones son diversos. ▷

Así, la Autoridad Británica de Competencia (OFT) ha establecido un sistema de recompensas, de hasta 100.000 libras, del que podrá beneficiarse quien proporcione información que permita detectar e investigar un cártel<sup>8</sup>.

Las actividades de promoción se han convertido, igualmente, en un instrumento muy útil de detección de cárteles. En esta línea, la Autoridad Brasileña de Competencia ha elaborado un documento centrado en los cárteles y en el programa de clemencia vigente en el país, en que el que se presta atención, entre otras cuestiones, a potenciales denunciadores de este tipo de infracciones<sup>9</sup>.

Finalmente, y sin perjuicio de las dificultades que en ocasiones pueda presentar, los estudios económicos constituyen también un instrumento importante en la detección de cárteles, siendo especialmente relevantes en el marco de licitaciones públicas.

### 3. Características del modelo español de clemencia

Al diseñar la política de clemencia en España se tuvo en cuenta no sólo la realidad existente en nuestro propio país, sino también la existente en el ámbito comunitario. La inexistencia de un sistema de programas de clemencia armonizados de alcance europeo y el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación y de interacción provocado por el proceso de modernización del derecho comunitario de la competencia hacía necesario diseñar un programa que minimizara los riesgos de discrepancias con los ya existentes en países de nuestro entorno, con el fin último de incrementar la seguridad jurídica de las empresas que quisieran acogerse a ellos.

El programa de clemencia español se estableció en los artículos 65 y 66 de la LDC, siguiendo el programa comunitario de exención y/o reducción

de la multa establecido por la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel, así como en el modelo de programa de clemencia de la red de autoridades de competencia.

El programa se desarrolló reglamentariamente por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero (RDC) y posteriormente se publicaron unas indicaciones para la Tramitación de las Solicitudes de Exención y Reducción del importe de la multa en la propia web de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)<sup>10</sup>. Mediante estas disposiciones se pretende:

- Establecer de forma clara y precisa la información que han de aportar los solicitantes de clemencia para acceder a la exención.
- Vincular el umbral de exención a que la información aportada por el solicitante permita a la CNC organizar *targeted inspections* o inspecciones orientadas al presunto cártel, lo cual no implica que la inspección que se lleve a cabo haya de ser exitosa.
- Precisar que los solicitantes de exención han de revelar su participación en el cártel.
- Introducir cierta flexibilidad respecto al momento en el que el solicitante de clemencia ha de poner fin a su participación en el cártel.
- Definir el contenido del deber de cooperación y extender su ámbito subjetivo, alcanzando a los solicitantes de reducción de multa.
- Establecer un plazo discrecional para la presentación de pruebas por parte del primer solicitante de clemencia.
- Describir el procedimiento para proteger las declaraciones que presenten los solicitantes.
- Garantizar la transparencia y confidencialidad en las actuaciones de la CNC.

De acuerdo con el programa de clemencia, la CNC podrá eximir a una empresa o a una persona física del pago de la multa cuando sea la primera ▷

<sup>8</sup> [http://www.ofc.gov.uk/advice\\_and\\_resources/resource\\_base/cartels/rewards#named1](http://www.ofc.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards#named1)

<sup>9</sup> [http://www.cade.gov.br/upload/Brazil\\_Leniency%20Program\\_Brochure.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Brazil_Leniency%20Program_Brochure.pdf)

<sup>10</sup> Para facilitar la presentación de solicitudes de clemencia tras la entrada en vigor del programa español, se publicaron unas indicaciones provisionales que, con posterioridad, han sido revisadas teniendo en cuenta la experiencia adquirida tras el primer año de aplicación del mismo.

en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse tales elementos de prueba no se disponga de elementos suficientes para ordenar la mencionada inspección, o comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la CNC no disponga de elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención.

La empresa que no cumpla los requisitos para acceder a la inmunidad podrá solicitar la reducción del importe de la multa si aporta elementos de prueba que tengan valor añadido significativo que incrementen la capacidad de la Autoridad de Competencia de probar la existencia de la infracción.

El programa establece una serie de condiciones cumulativas comunes para los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa.

1. Poner fin a la participación en el cártel inmediatamente después de presentar la solicitud, salvo que sea necesario que dicha participación continúe para garantizar la eficacia de la inspección.

2. Cooperar con la CNC hasta la finalización del caso.

3. No haber destruido elementos de prueba de la infracción con carácter previo a la presentación de la solicitud, ni haber dado a conocer a terceros distintos de otras autoridades su intención de presentarla o cualquiera de los aspectos relacionados con ella.

4. No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción, en el supuesto del solicitante de exención.

#### **4. Algunas cuestiones relevantes tras la puesta en práctica del programa español de clemencia.**

El resultado de la puesta en práctica del programa de clemencia español, desde su entrada en

vigor el 28 de febrero de 2008 a la actualidad puede considerarse positivo, tanto por el número de solicitudes de clemencia presentadas, ya en el primer día de vigencia del programa se presentaron 6 solicitudes, como por los resultados obtenidos.

No es posible facilitar estadísticas en relación con la aplicación en España de este programa, debido a requisitos de confidencialidad que deben regir en la tramitación de dichos expedientes. No obstante, un 16 por 100 de los expedientes incoados en 2008 en la CNC tuvieron su origen en una solicitud de clemencia.

Hasta el momento no ha sido resuelto por el Consejo de la CNC ningún expediente derivado de una solicitud de clemencia cuyas resoluciones al respecto podrían comenzar a publicarse a principios del año 2010. No obstante, el Consejo sí se ha pronunciado sobre algún aspecto procedimental del programa de clemencia<sup>11</sup>.

A lo largo de este epígrafe se comentarán algunas de las cuestiones derivadas de la aplicación del programa de clemencia que se han considerado relevantes ya sea por constituir una peculiaridad del sistema español, o por el éxito en su puesta en práctica.

##### ***4.1. Posibilidad de un marker o marcador***

El momento temporal en el que se presentan las solicitudes de clemencia es de gran importancia, ya que garantiza a los solicitantes la posición en la que serán analizadas sus solicitudes. Por lo tanto, el número de orden en que se presentan con toda la información y elementos de prueba necesarios, garantiza el orden en que se analizarán las mismas, teniendo en cuenta que el primer solicitante podrá obtener la exención total del pago de la multa y los siguientes podrán obtener reducciones de la misma en orden decreciente. Por otro lado, y en relación con los umbrales que hayan de alcanzar los solicitantes de clemencia para poder acceder a la exen- ▷

<sup>11</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009 en el expediente de recurso 0020/09, Vinos de Jerez.

ción o a la reducción, el primer solicitante deberá desvelar la existencia de un cártel desconocido para la CNC y aportar elementos de prueba suficientes para ordenar una inspección, siendo estos elementos suficientes para acceder a la exención condicional. No obstante, el umbral establecido por el legislador español para poder acceder a la reducción es mayor, puesto que los sucesivos solicitantes se verán obligados a aportar información que dé valor añadido significativo, respecto a lo ya obrante en poder de la CNC.

Desde el momento en que se planteó la posibilidad de incluir un programa de clemencia dentro de la normativa española de defensa de la competencia, se planteó la duda sobre el establecimiento de un *marker* por el que la empresa solicitante de clemencia puede conservar su posición ante la Autoridad de Competencia durante un cierto período de tiempo con el fin de que reúna la información necesaria para alcanzar el umbral previsto.

Contrariamente al modelo comunitario, el modelo español de clemencia no establece de forma generalizada un sistema de *marker*. Así, tanto en el RDC como en las indicaciones para la tramitación de las solicitudes de clemencia publicadas en la web de la CNC se han establecido unas normas claras sobre el orden en que se examinarán las solicitudes de exención del pago de la multa. Esta normativa contempla la concesión por parte de la Dirección de Investigación (DI)<sup>12</sup>, de un plazo para la presentación de los elementos probatorios de cártel y sólo se aplicará a las solicitudes de exención sobre cárteles desconocidos para la CNC previa petición motivada del solicitante. La motivación debe estar relacionada con la imposibilidad de obtener pruebas contemporáneas del cártel en el momento de presentar la solicitud, o que permitan verificar la existencia del mismo.

Una vez presentados los elementos de prueba en el plazo que se le indique al solicitante, se entenderá que la fecha de solicitud de exención es

la fecha de la solicitud inicial, lo que garantiza al solicitante que ésta será analizada la primera. Cabría preguntarse qué sucedería si, durante este período temporal se presentara una segunda solicitud con todos los elementos de prueba necesarios para la concesión de una exención condicional. Pues bien, en este caso la normativa establece que la concesión de plazo garantiza a la primera empresa en acudir a la CNC desvelando la existencia de un cártel el que, una vez presentados los elementos de prueba en el plazo concedido, se entenderá que la fecha de presentación es la de la solicitud inicial y por tanto su solicitud será analizada la primera.

#### 4.2. *Coordinación con otros órganos de competencia*

Otro de los temas considerado de importancia por la CNC en relación con el programa de clemencia es el de las relaciones con otras autoridades de competencia y, en concreto, el establecimiento de un sistema de coordinación con todas ellas sin perjuicio de la necesaria confidencialidad en este tipo de casos y de las garantías debidas al solicitante de clemencia.

El sistema español de defensa de la competencia se caracteriza por la coexistencia de diversas Administraciones, estatal y autonómica<sup>13</sup>, encargadas de velar por el correcto funcionamiento del mercado y de aplicar la LDC, lo cual incluye también el programa de clemencia, aunque con las consideraciones que se indicarán en este punto.

Igualmente, la LDC establece una serie de medidas de coordinación con la Comisión Europea y con otras Autoridades de Competencia de países de la Comunidad que en el caso de los expedientes de clemencia se consideran de la mayor relevancia.

La coordinación con las distintas autoridades de competencia no sólo es necesaria para una correcta tramitación de las solicitudes de clemencia presen- ▷

<sup>12</sup> Órgano dentro de la CNC encargado de la instrucción de los expedientes sancionadores y de la tramitación de las solicitudes de clemencia, entre otras funciones.

<sup>13</sup> En la actualidad 12 comunidades autónomas han creado órganos de defensa de la competencia.

tadas, sino también imprescindible para incrementar la información que se pueda compartir entre las diversas autoridades, dentro del respeto máximo a la confidencialidad que debe garantizarse, en todo caso, para mantener la credibilidad de los diversos programas.

En este punto se analizarán los mecanismos de coordinación establecidos en ambos casos y se comentarán las dificultades y soluciones adoptadas a la luz de la experiencia acumulada durante la aplicación del programa de clemencia.

#### 4.2.1. *Coordinación con los órganos de Competencia de las comunidades autónomas*

La mayor dificultad con que se encontró el legislador ante la posible aplicación paralela del programa de clemencia por parte de las autoridades de competencia estatal y autonómica<sup>14</sup>, provenía de la necesidad de coordinación entre todas ellas manteniendo una estricta confidencialidad. Era preciso establecer un sistema en el que la decisión relativa a la exención condicional fuera adoptada por el órgano competente para tramitar y resolver el correspondiente expediente, ya fuera estatal o autonómico, con independencia de que la solicitud fuera presentada en una u otra sede. Para ello, se ha establecido un sistema de coordinación con los órganos autonómicos en los procedimientos de exención del importe de la multa en el artículo 53 del RDC. Estos mecanismos se complementan con lo previsto en la Ley 1/2002<sup>15</sup>. De acuerdo con el artículo 53 del RDC y en relación con las solicitud de exención del importe de la multa, en aquellos supuestos en los que la solicitud de exención se formule ante una autoridad autonómica de competencia, ésta, con carácter previo a la resolución sobre la exención condicional, notifica-

<sup>14</sup> La aplicación estaba condicionada a la constitución de órganos de defensa de la competencia en las CCCAA.

<sup>15</sup> Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

rá la solicitud de exención del importe de la multa a la CNC, acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga. En la notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que considere competente, en aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero. La CNC actuará en los mismos términos si se dieran las circunstancias contrarias.

Por otro lado, ha quedado establecido que si se produjera un cambio de asignación de autoridad competente de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, se reconocerá la exención condicional previamente acordada por la Autoridad de Competencia inicialmente competente.

#### 4.2.2. *Coordinación con los órganos de Competencia de la Comisión Europea y de otras Autoridades Nacionales de Competencia*

A finales de 2008, 25 de los Estados miembros más la Comisión Europea contaban con programas de clemencia y se esperaba que los dos restantes los tuvieran en un breve periodo de tiempo.

La variedad de los programas de clemencia podría desincentivar la presentación de solicitudes tanto ante la Comisión Europea como ante otras Autoridades Nacionales de Competencia (ANC). Así, al efecto de armonizar los distintos programas de manera paulatina y como modelo para los que no se habían puesto en práctica, se creó el denominado modelo de programa de *leniency* a nivel comunitario a finales de 2006. El documento, elaborado tras varias reuniones del grupo de trabajo creado al efecto, no es vinculante, pero señala el compromiso de las Autoridades de hacer todo lo posible para acomodar sus respectivos programas a las previsiones del modelo.

Por otro lado, se han establecido mecanismos de intercambio de información y de contacto entre las diversas ANC y la Comisión Europea, que garantizan la confidencialidad en el tratamiento ▷

de la información, y que se producen en el supuesto de aplicación del artículo 81 del TCE para cárteles que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. En todo caso, ni la Comisión Europea ni las ANC deben revelar información sobre las solicitudes de clemencia presentadas en otras ANC o el estado de su tramitación.

La solicitud de clemencia dirigida a una Autoridad de Competencia no se considera presentada ante todas las ANC<sup>16</sup>. Por ello, si el solicitante de clemencia quiere proteger su posición ante posibles procedimientos por parte de la Comisión Europea u otras ANC en aplicación del artículo 81 del TCE, debe presentar su solicitud ante todas las ANC cualificadas para aplicar dicha disposición y que puedan considerarse bien situadas para actuar contra la infracción, puesto que pueden tramitarse diferentes procedimientos por distintas ANC. Para que la presentación simultánea de solicitudes ante diferentes Autoridades por parte de la misma empresa no sea excesivamente gravosa, el modelo de programa de *leniency* prevé que, en casos en los que la Comisión Europea esté particularmente bien situada para conocer del cártel, el solicitante presente una solicitud de exención completa ante el ejecutivo comunitario y solicitudes abreviadas ante el resto de ANC. Esta posibilidad ha sido recogida en el artículo 48 del RDC.

El artículo 46.3 del RDC indica que el solicitante de clemencia tiene que incluir en su solicitud la relación de las solicitudes que, en su caso, haya presentado o vaya a presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel. Si el solicitante indicara que la solicitud se ha presentado o va a presentarse ante la Dirección General de Competencia del ejecutivo comunitario (DG COMP) o ante otras autoridades de competencia nacionales, se establece el mecanismo de toma de contacto con la DG COMP. El objetivo de esta toma de contacto es confirmar la presentación de la solicitud de clemencia así como la similitud o igualdad de las solicitudes presentadas ante ambas autorida-

des, con el objetivo final de comprobar cuál es la autoridad particularmente bien situada para instruir el expediente y que éste quede asignado a la misma.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento (CE) 1/2003, tanto la Comisión Europea como las ANC, a efectos de la aplicación del artículo 81 del TCE o en aplicación del Derecho nacional de la competencia, podrían iniciar una investigación o solicitar, recibir y utilizar información procedente de cualquier miembro de la Red En la Comunicación de Cooperación se ha establecido que se puede transmitir información procedente de una solicitud de clemencia, de acuerdo con el mencionado artículo 12 del Reglamento (CE)1/2003, en determinadas circunstancias y con una serie de cautelas que impiden que la información aportada por un solicitante de clemencia pueda ser empleada por otra Autoridad distinta de la receptora para iniciar un caso *ex officio*.

En todo caso, en el supuesto de que fuera requerida por escrito por alguna Autoridad de Competencia la transmisión de información aportada por un solicitante de clemencia ante la CNC, se solicitará por la DI a dicho solicitante su consentimiento expreso para efectuar la remisión.

Finalmente, dentro de la coordinación con otras Autoridades de Competencia, cabe mencionar la que se realiza en el marco de las reuniones multilaterales de la *International Competition Network* que se celebran normalmente una vez al año en relación a los cárteles. En estas reuniones se intercambian experiencias de las distintas Autoridades de Competencia a nivel mundial, relacionadas tanto con la detección de cárteles, como con los problemas derivados del intercambio de información entre países que investigan un mismo cártel, etcétera.

A este respecto, ha de indicarse que en la normativa únicamente está previsto el intercambio de información con otras autoridades nacionales pertenecientes a la Unión Europea y con la Comisión. Para poder intercambiar información con países ajenos al Tratado de la Unión Europea, sería necesaria la firma de un Tratado de cooperación ya sea bilateral o multilateral. ▷

<sup>16</sup> Punto 38 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03).

#### 4.2.3. Inspecciones

Una de las consecuencias lógicas de la implantación de un programa de clemencia lo constituye el hecho de que aumenta el número de inspecciones realizadas por la Autoridad de Competencia, lo cual ha ocurrido en la práctica en el seno de la CNC. Uno de los requisitos para la posible concesión de la exención condicional al solicitante de clemencia es, como ya se ha indicado, que la información facilitada por éste permita la realización de una inspección dirigida.

No obstante lo anterior, no todas las inspecciones que se realizan habitualmente desde la CNC están relacionadas con el programa de clemencia. Muchas de ellas derivan de denuncias de interesados o de informantes anónimos, o se inician por la DI tras estudiar detalladamente el mercado. Al incremento en el número de inspecciones ha ayudado también la mejora de los sistemas de detección de cárteles por parte de la DI, gracias en gran parte a la publicidad que de las actuaciones de la CNC se hace a través de su página web en aras del principio de transparencia establecido en la LDC.

La mejora de las pruebas obtenidas en las inspecciones relacionadas con el programa de clemencia es indudable, al contar con una información de primera mano facilitada por los solicitantes de clemencia que hace posible dirigir la inspección hacia las prácticas de las que se tiene conocimiento. Por otro lado, los mayores poderes de investigación de que ha dotado la LDC a los inspectores ha contribuido igualmente a la mejora de la información obtenida.

## 5. Conclusiones

Tras algo más de un año de aplicación del programa de clemencia en España, se puede considerar que éste ha sido un éxito, tanto por el número

de solicitudes presentadas como por las consecuencias derivadas de la puesta en práctica del programa en cuanto a la lucha contra los cárteles.

Tanto la confidencialidad en el procedimiento de clemencia como la transparencia en cuanto a la aplicación del mismo han contribuido al éxito del mismo al proporcionar una mayor seguridad jurídica a las empresas en cuanto al resultado previsible de sus solicitudes.

La cooperación entre la CNC y las comunidades autónomas y con la Comisión Europea y otras Autoridades Nacionales, resulta necesaria y ha resultado beneficiosa para ambas partes.

Una de las consecuencias lógicas de la aplicación del programa de clemencia en España ha sido el aumento de las inspecciones, cuyo éxito ha sido notable lo que se puede deducir del aumento de expedientes incoados tras las mismas.

## Bibliografía

- [1] COMISIÓN EUROPEA: «Informe sobre Política de Competencia 2008 de la Comisión Europea». [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)
- [2] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2002): *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. [www.oecd.org](http://www.oecd.org)
- [3] HAMMOND, S. (2004): «Cornerstones of an effective Leniency Program». Department of Justice [www.usdos.gov/atr/public/speeches/206611.htm](http://www.usdos.gov/atr/public/speeches/206611.htm)
- [4] JIMÉNEZ LATORRE, F. (2006): «La clemencia en la lucha contra los cárteles» *Gaceta Jurídica de la Unión europea y de la Competencia*, nº 241.
- [5] CNC: «Memoria de Actividades 2007». [www.cncompetencia.es](http://www.cncompetencia.es)
- [6] WOUTER, P. y WILS, J. (2007): «Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice». *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, nº 1, marzo.