

PROGRAMAS ESPAÑOL Y COMUNITARIO DE CLEMENCIA

Patricia VIDAL MARTÍNEZ*
Uría y Menéndez

1. INTRODUCCIÓN

En la última década los programas de clemencia se han convertido en un fenómeno mundial en la lucha contra los cárteles. Muchas fueron las voces que auguraban un escaso éxito en Europa a estos sistemas de «delación». Sin embargo, el tiempo ha demostrado que esta herramienta importada de Estados Unidos es el método más eficaz —y menos costoso— para detectar y desestabilizar estas dañinas prácticas de la competencia, al tiempo que contribuye a prevenir la creación o afianzamiento de futuros cárteles.

Actualmente, ninguna empresa que participe o haya participado, directa o indirectamente¹, en un cártel multinacional está a salvo de la eficacia de estos programas. El inicio de una investigación en un Estado

* Abogado en Uría Menéndez. Por motivos de confidencialidad no se identifican en el presente trabajo los procedimientos de cárteles que se citan en el texto en los que se ha intervenido.

¹ Cada vez con mayor frecuencia se atribuye a las sociedades matrices la responsabilidad por la conducta de sus filiales. Por tanto, incluso en los supuestos de transmisión de una compañía involucrada en un cártel, su antigua sociedad matriz puede verse involucrada en un procedimiento sancionador y abocada a solicitar clemencia en contra de los intereses de su ex filial, o a la inversa. A título de ejemplo, *vid.* la decisión de la Comisión CE, de 31 de mayo de 2006, COMP/F/38.645, *Metacrilatos*.

es el detonante perfecto para que las compañías involucradas sientan la amenaza de la incoación de nuevos expedientes sancionadores en otros países. Es más, en numerosas jurisdicciones los propios empleados y directivos de las empresas miembro del cártel están expuestos a riesgo de sanciones pecuniarias, descualificación profesional e incluso a sanciones penales privativas de libertad. Por tanto, los incentivos para la delación, ya sea por parte de la propia empresa o por parte de los empleados y directivos, son considerables.

A pesar del atractivo de estos programas, la decisión de delación va necesariamente precedida de una profunda reflexión de los riesgos que corre la empresa que decide confesar su participación en un cártel e involucrar a otras empresas. Estos riesgos se concretan esencialmente en tres puntos: i) incertidumbre sobre la obtención de exención de la multa o, en su caso, reducción del importe de la multa; ii) riesgo automático de acciones de reclamación de daños y perjuicios contra el solicitante de clemencia, pues necesariamente reconoce su participación en una práctica restrictiva; y iii) complejidad y costes en la coordinación de varias solicitudes de clemencia ante distintas autoridades de competencia.

Para atenuar este tipo de riesgos, la Comunicación de la Comisión CE de 2006, relativa a la dispensa del pago de multas y reducción de su importe² (la «Comunicación de Clemencia») y el Reglamento (CE) 1/2003 y sus reglamentos de desarrollo introdujeron sustanciales mejoras respecto de los programas previos de clemencia de 2002 y 1996.

España ha introducido recientemente un programa de clemencia en los arts. 64 y 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), desarrollados posteriormente en los arts. 46 a 64 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (el RD 261/2008). El programa español se inspira claramente en el programa comunitario. No obstante, presenta ciertas singularidades derivadas tanto del propio diseño del programa, como del procedimiento sancionador de competencia de nuestra LDC.

El objetivo de este trabajo es resaltar las diferencias más relevantes entre ambos programas de clemencia y abrir un marco de reflexión sobre cuestiones que pueden generar mayor inseguridad jurídica y mermar los incentivos para utilizar estos programas de clemencia.

² Comunicación de la Comisión CE, de 8 de diciembre de 2006 (DOUE 2006 C 298/17). Esta Comunicación reemplaza a la comunicación de la Comisión CE, de 12 de febrero de 2002 (DOUE 2002 C 45/3) y esta última sustituye a otra comunicación previa de 18 de julio de 1996 (las «Comunicaciones de Clemencia de 2002 y 1996», respectivamente).

2. DIFERENCIAS ENTRE EL PROGRAMA COMUNITARIO Y EL PROGRAMA ESPAÑOL DE CLEMENCIA

Las diferencias más relevantes entre el sistema español de clemencia y el sistema comunitario se refieren al ámbito objetivo y subjetivo de ambos programas, a las autoridades competentes para aplicarlo y a ciertos supuestos y requisitos de exención y reducción de las multas.

A) Diferencias en el ámbito objetivo de los programas de clemencia

Aunque el ánimo del legislador español pueda haber sido recoger en el ámbito nacional un programa de clemencia equivalente al comunitario, la redacción prevista en la LDC contempla al menos dos matices que lo distancian de este último.

En primer lugar, no es evidente que exista identidad absoluta entre el concepto de «cártel» a efectos de aplicación del programa comunitario y el programa español de clemencia. El concepto de cártel acuñado en la Comunicación de Clemencia, similar al que se recoge en el modelo de programa de clemencia desarrollado por la Red de Autoridades de Competencia (la RAC)³, se refiere en términos generales a prácticas restrictivas secretas que consisten en:

«Acuerdos o *prácticas concertadas* entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en *coordinar su comportamiento competitivo* en el mercado o *influir en los parámetros de la competencia* mediante prácticas **tales como** la fijación de precios de compra o de venta u *otras condiciones comerciales*, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o *las medidas anticompetitivas contra otros competidores*» (cursiva y negrita añadidos, párrafo 1 de la Comunicación de Clemencia).

La terminología empleada por esta Comunicación indica claramente que la relación de conductas allí enunciadas es *numerus apertus*, y no cubre todas las prácticas de cártel que podrían beneficiarse del programa de clemencia. Entre las prácticas enunciadas se incluyen los acuerdos y las prácticas concertadas, cualquiera que sea su tipología, susceptibles de afectar a la estrategia competitiva de los miembros del cártel. De esta forma, por ejemplo, los intercambios de información colusorios en los que no puede acreditarse la conclusión de un acuerdo restrictivo principal al que complementa el intercambio de información podrían acogerse al programa de clemencia comunitario.

³ Vid. *infra*, apartado 2.C.a).

Sin embargo, la Disposición adicional cuarta de la LDC, que positiviza por primera vez en Derecho español el concepto de «cártel», emplea una terminología mucho más restrictiva para referirse a las prácticas horizontales que pueden acogerse al sistema de clemencia previsto en los arts. 65 y 66 de la LDC. En concreto, sólo se refiere a determinados acuerdos secretos entre competidores recogidos en el art. 1 de la LDC:

«Acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o exportaciones».

De la lectura de este precepto podría interpretarse que nuestra LDC excluye del programa de clemencia prácticas horizontales prohibidas por el art. 1 de la LDC y el art. 81.1 del Tratado CE que sí podrían acogerse al programa comunitario, como es el caso de las prácticas concertadas susceptibles de coordinar comportamientos, aunque no exista un acuerdo expreso entre las partes (por ejemplo, los intercambios de información colusorios referidos más arriba⁴); acuerdos para la fijación de condiciones comerciales distintas de los precios (por ejemplo, paridad de cláusulas contractuales; o prácticas de exclusión de terceros o de «boicot»). Es más, tampoco quedarían cubiertos por este concepto de cártel las prácticas conscientemente paralelas, que son una peculiaridad de nuestro ordenamiento frente al régimen comunitario.

Entendemos que no existe motivo aparente para que el legislador español haya adoptado una definición tan estrecha del concepto de cártel a efectos de clemencia. No obstante, dado que el concepto se ha positivado, no es evidente —aunque sería deseable— que la CNC pueda realizar una interpretación extensiva del precepto, lo que genera cierto ámbito de inseguridad jurídica para los solicitantes de clemencia cuyas prácticas no se reflejan expresamente en la definición de cártel de la LDC. En caso de duda, si la práctica restrictiva afecta al comercio intracomunitario, no puede descartarse que las empresas prefieran solicitar clemencia ante la Comisión CE e insistan en que ésta retenga la jurisdicción para conocer del caso, pues existe el riesgo de que la CNC desestime su solicitud o que, de estimarla, otras partes del procedimiento traten de cuestionar la aplicación del programa de clemencia a las prácticas analizadas.

⁴ Cabría la posibilidad de plantearse si el propio acuerdo de intercambio de información podría encuadrarse en la definición de «cártel». Esta posibilidad sería difícil de admitir salvo que se acredite que dicho acuerdo es complementario o accesorio de otros acuerdos para la fijación de precios, cuotas de producción o ventas o de reparto de mercado. Si el intercambio de información simplemente reduce el grado de incertidumbre de las empresas pero no existe un acuerdo respecto de los extremos señalados, es dudoso que pueda calificarse la conducta como un «cártel» a efectos del programa de clemencia.

En segundo lugar, puede observarse que la Comunicación de Clemencia ha introducido ciertas aclaraciones sobre la posible interacción entre este programa y la aplicación de la circunstancia atenuante general de «colaboración» —al margen del programa de clemencia—, previsto en las directrices comunitarias sobre el método de cálculo de las multas⁵. En concreto, la Comunicación de Clemencia parece apuntar que la Comisión CE sólo valorará la colaboración voluntaria en la investigación si ésta se concreta en una solicitud formal de clemencia y se analiza en el marco de dicho programa.

Así, el párrafo 1 de la Comunicación de Clemencia indica que el programa comunitario establece «el sistema» por el que «se recompensa la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de las empresas que han formado parte de cárteles secretos». Y posteriormente, aclara en su párrafo 27 que:

«Toda empresa que desee acogerse a una reducción de la multa *deberá presentar una solicitud formal a la Comisión* proporcionando pruebas suficientes del presunto cártel para poder obtener la reducción con arreglo al punto (24) de la presente Comunicación. *La empresa que proporcione voluntariamente a la Comisión elementos de prueba que desee que se consideren para obtener el trato favorable de la sección III de la presente Comunicación [i. e., reducción de la multa] deberá indicar claramente en el momento de su presentación que dichas pruebas forman parte de una solicitud formal de reducción de la multa*» (cursiva añadida).

Esta aclaración viene a recoger lo que ha sido la práctica habitual de la Comisión CE y de los Tribunales comunitarios en los últimos años. Durante el periodo de aplicación de la Comunicación de Clemencia de 1996, la Comisión CE no tuvo excesivo reparo en aplicar atenuantes por colaboración a las empresas que, sin haber solicitado clemencia, cumplimentaban requerimientos de información exorbitantes de la Comisión CE, que vulneraban su derecho de defensa en el sentido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶. Sin embargo, en épocas más

⁵ Vid. el apartado 29 de la Comunicación de la Comisión CE, de 1 de septiembre de 2006, por la que se establecen las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003 (DOUE 2006 C 210/2): «El importe de base de la multa podrá reducirse cuando la Comisión constate la existencia de circunstancias atenuantes, por ejemplo [...] cuando la empresa en cuestión *coopere efectivamente con la Comisión, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la clemencia, y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar*» (cursiva añadida).

⁶ Las empresas están obligadas a responder a los requerimientos de información que pueda remitirles la Comisión CE al amparo del art. 18 del Reglamento (CE) 1/2003. Por tanto, el cumplimiento de este deber de colaboración no puede considerarse un supuesto de «cooperación voluntaria» merecedor de un tratamiento favorable en la imposición de las multas. No obstante, si la empresa responde más allá de su obligación legal de responder (por ejemplo, responde a preguntas autoinculpatorias), su respuesta voluntaria podría ser considerada como un atenuante a la hora de determinar el importe de la multa. Por todos, *vid.* la STPI, de 14 de diciembre de 2006, as. acu-

recientes, la Comisión CE ha venido considerando que, salvo que concurren circunstancias excepcionales⁷, este tipo de cooperación voluntaria no formalizada a través de una solicitud de clemencia se evaluará únicamente con arreglo al test sustantivo sobre el «valor añadido significativo» de la prueba previsto en el programa de clemencia⁸.

Este giro de la Comisión CE probablemente se deba a la necesidad de preservar los incentivos del programa de clemencia y evitar que, a través de mecanismos menos estrictos que los allí previstos, pueda obtenerse una reducción del importe de la multa desproporcionadamente superior a la que se habría obtenido de haber colaborado en el marco del programa de clemencia.

Por su parte, el programa de clemencia español no plasma esta clarificación introducida en la Comunicación de Clemencia de 2006 a la que acabamos de referirnos. Por tanto, no es evidente, al menos del tenor literal de la LDC, que la CNC sólo esté facultada para «recompensar» la cooperación voluntaria de las empresas que han solicitado formalmente una exención de multas o una reducción de su importe al amparo de los arts. 65 ó 66 de la LDC. En este punto, es importante resaltar que el art. 64.d) de la LDC establece como circunstancia atenuante (de carácter general) para determinar el importe de la multa, la «colaboración activa y efectiva con la CNC llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley». Y el art. 65.1 de la LDC, por su parte, comienza indicando que «sin perjuicio de los establecido en los artículos anteriores» (que se refieren precisamente a las circunstancias agravantes y atenuantes), la CNC eximirá del pago de multas cuando concurren ciertas circunstancias. Por tanto, es razonable considerar que la CNC admitirá como atenuante la colaboración voluntaria de las empresas en el escl-

mulados T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich c Comisión* (párr. 529-540 y la jurisprudencia que allí se cita).

⁷ Con carácter excepcional, la Comisión CE concedió un 50 por 100 de reducción del importe de la multa a la empresa italiana Deltafina al margen del programa de clemencia en la decisión de 20 de octubre de 2005, COMP/38.281, *Tabaco crudo Italia*. La excepcionalidad del caso se debe a que fue el primer asunto de cártel resuelto con arreglo a la Comunicación de Clemencia de 2002 y también el primer —y único caso hasta la fecha— en el que la Comisión CE retiró la exención condicional de la multa por falta de cooperación durante el procedimiento administrativo. También es excepcional en este punto la decisión de la Comisión CE, de 21 de febrero de 2007, COMP/E-1/38.823, *Ascensores y Escaleras Mecánicas*. La Comisión CE anunció en el pliego de cargos (y, por tanto, generó expectativas legítimas frente a las empresas imputadas) que aplicaría una atenuante al margen del programa de clemencia a las empresas que no cuestionasen los hechos del pliego de cargos o que facilitasen información y aclaraciones sobre el cártel después de emitirse el pliego de cargos.

⁸ Entre otras, *vid.* las decisiones de la Comisión CE, de 21 de diciembre de 2006, COMP/F/38.443, *Beúin* (NL); de 10 de noviembre de 2007, COMP/38.432, *Profesionales cintas de vídeo*.

recimiento de los hechos del cártel aunque dicha colaboración no se formalice en el marco del procedimiento de clemencia.

B) Diferencias en el ámbito subjetivo de los programas de clemencia

El programa comunitario de clemencia sólo resulta de aplicación a «empresas», pero no a sus empleados. Sin embargo, en el sistema español se consideran «sujetos infractores» tanto las personas jurídicas, como determinadas personas físicas que participen en la infracción (art. 61 de la LDC). Respecto de estas últimas, el art. 63.2 de la LDC permite a la CNC sancionar con una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales de las empresas o las personas que integran sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel⁹. Por su parte, los arts. 65 y 66 de la LDC, así como los arts. 46 y ss. del RD 261/2008, prevén la posibilidad de que se inicie el procedimiento de clemencia a instancia de la empresa o «persona física», y el art. 65.3 de la LDC expresamente reconoce que la reducción de la multa o la exención concedida a una empresa beneficiará a sus representantes legales o integrantes de los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo y colaboren en la investigación. Sin embargo, nada dice esta última disposición sobre la posible extensión de los efectos de la solicitud de clemencia de un directivo a la empresa para la que trabaja.

De la lectura conjunta de estas disposiciones no es posible descartar que la presentación de una solicitud de clemencia por parte de un directivo o representante legal de la empresa, cuando lo haga en su propio nombre y representación, no se extienda a la empresa en la que trabaja. En tal supuesto, la solicitud de clemencia de la persona física «ocuparía» un puesto en el *ranking* de solicitudes de clemencia independiente del puesto que pudiese ocupar la empresa, «compitiendo» ambos por facilitar a la CNC información incriminatoria sobre el cártel. Esta cuestión es relevante, ya que en la mayoría de los casos son los directivos los que conocen en profundidad el cártel y los que están en mejor disposición de poder aportar elementos de prueba con valor añadido significativo. La posibilidad de que los directivos «compitan» con la empresa por obtener la exención de la multa incrementa el riesgo de detección del cártel, sobre todo en casos de directivos descontentos, lo que refuerza a su vez los incentivos de la empresa por adelantarse y prestar una colaboración eficaz y completa a la CNC.

⁹ Quedarán excluidas las personas físicas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto respecto de las decisiones que guarden relación con las actividades del cártel.

C) Autoridades facultadas para aplicar los programas de clemencia

a) *El programa comunitario de clemencia*

El Reglamento (CE) 1/2003 establece un sistema de competencias compartidas entre la Comisión CE y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. No obstante, existen lógicamente unos criterios de reparto de asuntos al objeto de garantizar una aplicación eficaz y coherente de estas disposiciones en el mercado común. Estos criterios de reparto de asuntos se recogen en el propio Reglamento (CE) 1/2003, así como en la Comunicación de la Comisión CE sobre cooperación en la RAC¹⁰.

Con arreglo a estas disposiciones, si la Comisión CE está mejor situada para tramitar el caso que las autoridades nacionales de competencia¹¹ y decide incoar el procedimiento, decaerá automáticamente la competencia de estas últimas para investigar estas mismas prácticas del cártel. En estos casos, la solicitud de clemencia formulada ante la Comisión CE tendrá de hecho efectos sobre todos los Estados miembros a los que afecten las prácticas del cártel.

Ahora bien, en ocasiones no es posible conocer *a priori* cuál será la autoridad de competencia mejor situada para tramitar el asunto y no se tiene la certeza de que, presentada una solicitud ante la Comisión CE, sea ésta la que finalmente resuelva sobre el caso. Lamentablemente —aunque sería deseable— no existe un programa único de clemencia con efectos ante todas las autoridades de competencia de la Unión Europea. El Reglamento (CE) 1/2003 prevé un sistema de coordinación e intercambio de información entre la Comisión y las autoridades de la RAC sobre incoación de expedientes y presentación de solicitudes de clemencia (arts. 11 y 12), pero no configura un sistema de «ventanilla única» para la presentación de las solicitudes de clemencia.

La ausencia de un sistema de «ventanilla única» y la incertidumbre sobre la autoridad que retendrá competencia sobre el caso presenta graves inconvenientes para las empresas que participan en cárteles internacionales y desean cooperar con las autoridades de defensa de la competencia. El más importante de ellos es que las empresas se ven obligadas cautelarmente a presentar distintas solicitudes de clemencia ante la Comisión CE y también ante las autoridades nacionales de competencia de

¹⁰ La Comunicación de la Comisión CE sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, de 27 de abril de 2004 (DOUE 2004 C/101/03).

¹¹ Se entiende que la Comisión CE está mejor situada para tramitar el asunto si las prácticas cuestionadas afectan a más de tres Estados miembros distintos.

los territorios afectados por el cártel. Normalmente las empresas tienden a presentar las solicitudes de forma simultánea para evitar que las inspecciones que se realicen en un determinado Estado puedan alertar a los demás miembros del cártel y propicien solicitudes de clemencia en otros Estados en los que todavía no se ha solicitado clemencia. Pero el problema radica en que no siempre se conoce con exactitud la dimensión geográfica del cártel o no se conoce hasta invertir un considerable periodo de tiempo en investigaciones internas. Y en muchas ocasiones tampoco se tiene la certeza de ser la primera empresa en informar sobre el cártel, de forma que no puede siquiera plantearse la posibilidad de realizar «solicitudes abreviadas» de clemencia¹² ante varias jurisdicciones, ya que éstas normalmente sólo se admiten para los solicitantes de exención, pero no para los solicitantes de reducción de importe de las multas.

A estas dificultades se añaden los costes legales inherentes a duplicidad de instancias, retrasos en traducciones y adaptación de las solicitudes de clemencia ante las diversas autoridades de defensa de la competencia.

Para tratar de paliar en cierta medida estas dificultades, el 29 de noviembre de 2006 los presidentes de las autoridades nacionales de competencia de la Unión Europea (incluida España) aprobaron en el ámbito de la RAC un modelo de programa de clemencia (el «Modelo de la RAC»). El objetivo de este Modelo es coordinar y armonizar de forma difusa los supuestos de exención y reducción del importe de las multas en los programas nacionales de clemencia, los requisitos mínimos que deben cumplir las solicitudes y las garantías procesales mínimas que deben cumplirse.

Aunque el objetivo de esta iniciativa sea loable, lo cierto es que el Modelo de la RAC no ha conseguido limar diferencias importantes entre los diversos programas de clemencia y la forma en que las autoridades interpretan los requisitos de exención y reducción de multas¹³. De hecho,

¹² *Vid.* apartado 2.D.d) *infra*.

¹³ A título de ejemplo, en determinadas jurisdicciones no pueden realizarse solicitudes de clemencia en términos hipotéticos. En otras jurisdicciones las autoridades no tienen inconveniente en admitir este tipo de solicitudes e incluso confirmar si la empresa es o no la «primera» en revelar la existencia del cártel o si ha facilitado información con valor añadido. Tampoco existen criterios uniformes de interpretación del concepto de «valor añadido significativo» o del tipo de información que se precisa para facilitar una inspección. Así, mientras que determinadas autoridades requieren aportar multitud de prueba documental coetánea al cártel para realizar una inspección, otras conceden la exención de la multa con menor volumen de prueba documental. Las diferencias también afectan al procedimiento sancionador de los Estados miembros y a cuestiones relevantes tales como el acceso al expediente y a las solicitudes de clemencia de las empresas. En definitiva, las empresas que solicitan clemencia ante varias autoridades en la Unión Europea rela-

incluso el modelo español de clemencia, que claramente se inspira en el Modelo de la RAC, presenta diferencias llamativas con el modelo comunitario que no facilitan la coordinación en la presentación de solicitudes de clemencia.

b) *El programa español de clemencia*

La LDC y la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, establecen un sistema de competencias exclusivas y excluyentes en la aplicación del art. 1 de la LDC entre los organismos autonómicos de defensa de la competencia y la CNC. Las autoridades autonómicas tendrán competencia exclusiva para conocer de los cárteles que únicamente afecten al territorio de dicha Comunidad Autónoma, y la CNC si afecta a varias.

En lo que respecta a los programas de clemencia, el reparto de competencias en la tramitación de las solicitudes corre la misma suerte que el expediente principal. Para coordinar la actuación entre la CNC y las autoridades autonómicas, el art. 53 del RD 261/2008 establece una serie de criterios de consultas e intercambios de información previos a la resolución sobre la exención condicional solicitada. A diferencia del régimen comunitario, que también prevé un sistema de consultas entre los miembros de la RAC, en España el programa de clemencia es único para todas las autoridades de competencia. De esta forma, las solicitudes de exención pueden dirigirse indistintamente al órgano autonómico para su tramitación o a la CNC, según se prevé en el art. 46.4 del RD 261/2008 y, en el supuesto de que se produzca posteriormente la reasignación del caso, ésta no perjudicará la exención condicional previamente acordada por el órgano remitente.

A pesar de que existe un sistema de «ventanilla única» para la presentación de las solicitudes de exención, debe advertirse que el orden de presentación se fijará atendiendo a la fecha y hora de entrada en el registro del «órgano de competencia al que se dirijan para su tramitación» (ex art. 46.4 del RD 261/2008). Por tanto, si la solicitud se dirige para su tramitación a la CNC será conveniente que ésta se presente directamente ante la CNC y no ante el organismo autonómico, ya que la fecha de entrada no será la de presentación en el organismo autonómico, sino en el de registro en la CNC.

tivas a una misma práctica deben adaptar sus solicitudes a las particularidades de cada Estado miembro y de la Comisión CE y, en todo caso, corren el riesgo de que, a pesar de ser las primeras en informar a las autoridades sobre un cártel y aportar información similar a todas ellas, en unos Estados obtengan exención de multas y en otros no.

Salvando las diferencias entre el modelo comunitario y el español, sería deseable que también pudiera existir un sistema de «ventanilla única» para solicitar clemencia ante la Comisión CE y los miembros de la RAC. No pretendemos afirmar que el modelo de cooperación establecido en España entre autoridades autonómicas y la CNC sea el único posible o el mejor para alcanzar este objetivo, pero constituye un ejemplo que podría contribuir al debate y análisis del proyecto.

D) Diferencias relevantes en relación con los supuestos y requisitos de exención

a) *Supuestos de exención de la multa*

El primer supuesto de exención condicional de la multa previsto en la Comunicación de Clemencia [apartado 8.a)] se refiere a la primera empresa que facilite pruebas e información que permitan a la Comisión CE realizar una inspección «[adecuadamente] orientada» sobre el presunto cártel (*vid.* apartado 9). No se concederá la exención condicional si la Comisión ya ha realizado la inspección o ya disponía de elementos de prueba para realizarla. Por su parte, el modelo de la RAC también se refiere a este concepto de inspección «orientada».

El concepto de «inspección orientada» se introdujo por primera vez en la Comunicación de Clemencia de 2006 para aclarar que el solicitante de clemencia debe cooperar facilitando datos concretos que permitan la inspección y mejoren su eficacia. No se trata simplemente de facilitar el nombre y dirección de las empresas copartícipes del cártel, sino de orientar a la Comisión CE en su inspección, identificar los individuos involucrados, los despachos que deben investigar, el tipo de documentos y archivos que deben revisar, claves y códigos secretos de comunicación entre los miembros del cártel, etc.¹⁴. En definitiva, se trata de aportar a la Comisión CE información con «valor añadido» para realizar la inspección y que va más allá de la información que podría haber tenido la Comisión CE si hubiese realizado una inspección de oficio sin cooperación de un miembro del cártel.

La introducción de este requisito endurece las condiciones para obtener una exención condicionada. Contrasta, además, con el menor nivel de conocimiento que se requiere de la Comisión CE para realizar una inspección y que, de obrar en manos de la Comisión antes de formular

¹⁴ Los métodos utilizados en la ocultación de este tipo de prácticas restrictivas se han sofisticado enormemente y en ocasiones se organizan a través de *chats* en Internet o se utilizan direcciones de correo particulares. Por este motivo, la cooperación del solicitante de clemencia es esencial para garantizar el éxito de la inspección.

la solicitud de clemencia, podría privar a la empresa de la posibilidad de obtener una exención condicional de la multa.

Por su parte, el art. 65 de la LDC recoge un supuesto análogo de exención condicional, pero no exige que la información facilitada por el solicitante de clemencia permita realizar una «inspección orientada». Por tanto, en el caso español la literalidad de la norma en lo que se refiere a este supuesto de exención condicional es, al menos en este punto, menos estricto que en el ámbito comunitario. Cuestión distinta es que en la práctica la CNC interprete este requisito de exención en línea con el programa comunitario y requiera a las empresas datos muy detallados para realizar una «inspección orientada».

b) *Contenido de la solicitud de exención*

Con arreglo al programa comunitario de clemencia, el solicitante de la exención debe formular una solicitud formal mediante una «declaración de empresa», a la que deberá acompañar información y elementos de prueba [párrafo 8.a) de la Comunicación de Clemencia].

La «declaración de la empresa» consiste en una exposición voluntaria realizada por la empresa (o un representante en su nombre) en la que necesariamente admite su participación en un cártel, comunica lo que conoce al respecto y explica cuál ha sido su grado de involucración en el mismo¹⁵.

Por su parte, el art. 46 del RD 261/2008 no exige expresamente que la empresa admita su involucración en el cártel. Las indicaciones provisionales de la CNC disponibles en su página web para tramitar solicitudes de clemencia (las «Indicaciones de la CNC»¹⁶) aclaran esta cuestión y exigen que el solicitante de clemencia facilite elementos de prueba que demuestren «la existencia y participación» en el cártel. La obligatoriedad de cumplir con este requisito adicional para conceder la exención condicional podría reducir el grado de seguridad jurídica deseable en cualquier programa de clemencia, además de ser dudosa su legalidad, pues no encuentra apoyo en la LDC o en el RD 261/2008, y las Indicaciones en las que se exige se adoptaron antes de aprobarse el citado Real Decreto.

Asimismo, y en lo que respecta al contenido de la «declaración de empresa» prevista en la Comunicación de Clemencia y de la «solicitud formal de exención» de la LDC, pueden apreciarse diferencias menores

¹⁵ Nótese que en la Comunicación de Clemencia de 2002 no se exigía una admisión expresa de la involucración de la empresa en las prácticas del cártel ni que se detallase su papel en el mismo.

¹⁶ Apartado 36.5 de las Indicaciones de la CNC.

sobre el tipo de información que debe facilitarse en cada caso. La única diferencia que merece algún comentario se refiere a los medios de prueba que deben acompañarse a la solicitud.

En concreto, en la Comunicación de Clemencia se exige, para los casos de exención previstos en su apartado 8.a), que se faciliten «*otras pruebas*» del *cártel* que posea el solicitante o que estén a su disposición en el momento de presentar su solicitud, incluidas, en particular, *pruebas contemporáneas del cártel*. No se exige que la prueba sea *concluyente o incriminatoria*, aunque en la práctica las empresas suelen aportarla para asegurar la exención condicional.

Sin embargo, si la solicitud de clemencia se realiza al amparo del apartado 8.b), que se prevé para supuestos en los que normalmente ya se ha realizado una primera inspección, se exige un mayor grado probatorio de la documentación aportada. En concreto, es preciso que la prueba aportada sea contemporánea e «*incriminatoria*»¹⁷.

En el programa español de clemencia, el art. 46 del RD 261/2008 exige que la prueba aportada sea contemporánea al *cártel* y «*permita verificar su existencia*», lo que podría entenderse como una prueba concluyente o, al menos, *incriminatoria*, de la existencia del *cártel*. Como puede comprobarse, el programa español no contempla ninguna distinción entre el tipo de prueba documental que deberá aportarse en los supuestos de exención de los apartados a) y b) del art. 65.1 de la LDC, elevando así el estándar de prueba en el primer caso respecto del estándar exigido en el sistema comunitario. Esta diferencia es particularmente relevante en casos de *cárteles* internacionales pues, como se ha visto, la empresa puede pretender presentar en España una solicitud de clemencia similar a la comunitaria y, sin embargo, se enfrenta a requisitos de prueba más exigentes que en el caso comunitario.

c) *Requisitos de la exención y reducción condicional de la multa*

El apartado 12 de la Comunicación de Clemencia somete la exención al cumplimiento de cuatro condiciones. Si no se cumpliese alguna de ellas al finalizar el procedimiento (salvo el requisito *iv infra*), la Comisión CE podría retirar la exención y la empresa no podría siquiera obtener una reducción de la multa (párrafo 22 de la Comunicación de Clemencia). Estos mismos requisitos (con la salvedad del requisito *iv infra*) se exigen también para obtener una reducción de la multa al finalizar el

¹⁷ Nótese que en la versión española de la Comunicación de Clemencia se omite el requisito del carácter «*incriminatorio*» de la prueba.

procedimiento y también sirven de criterio para determinar el porcentaje de reducción correspondiente dentro de los rangos de reducción previamente definidos.

El art. 65 de la LDC y el art. 52 del RD 261/2008 se refieren prácticamente a los mismos requisitos que la Comunicación de Clemencia, aunque existen pequeñas diferencias o interrogantes que se exponen a continuación.

- *Deber de cooperación verdadera, plena, constante y diligente con la Comisión CE durante todo el procedimiento.* La Comunicación de Clemencia cita en el párrafo 12, *a título de ejemplo*, los siguientes deberes de colaboración: facilitar inmediatamente información y elementos de prueba sobre el cártel que estén en poder del solicitante de clemencia¹⁸ y disponibilidad para responder a preguntas de la Comisión CE [se sobreentiende, sin necesidad de recibir un requerimiento de información al amparo del art. 18 del Reglamento (CE) 1/2003¹⁹], disponibilidad para entrevistar a sus empleados y directivos actuales (y si fuese posible, a los directivos que estaban en funciones durante el periodo del cártel), abstenerse de destruir, falsificar u ocultar información y elementos de prueba pertinentes relativos al cártel, y abstenerse de divulgar el hecho y contenido de su solicitud de clemencia antes de la adopción del pliego de cargos (PC)²⁰.

Aunque la Comunicación de Clemencia lo trata en una simple nota a pie de página, es importante, por las implicaciones que puede tener en la práctica, que la cooperación «verdadera» sólo se predica de aquella en la que la empresa facilita «información exacta, no tergiversada y completa»²¹. Pues bien, no es infrecuente comprobar que los solicitantes de clemencia tienden en ocasiones a exagerar la gravedad de los hechos e incluso a realizar acusaciones no contrastadas contra otras empresas con la única finalidad de garantizar que la información aportada entraña un valor añadido significativo para la Comisión CE.

¹⁸ A título de ejemplo, y en relación con empresas que han solicitado una exención de la multa, es ilustrativa la decisión de la Comisión CE, de 21 de diciembre de 2005, COMP/F/38.443, *Sustancias químicas para la industria del caucho*. La Comisión CE consideró que Repsol había demostrado su voluntad de cooperar plenamente en la investigación al haber facilitado nuevos medios de prueba casi dos años después de la inspección y después de que la Comisión CE le hubiese confirmado que cumplía los requisitos para obtener una reducción condicional de la multa. La Comisión CE indudablemente valoró de forma muy favorable que la compañía continuase colaborando a pesar de tener ya confirmada —aunque con carácter condicional— la reducción del importe de la multa.

¹⁹ *Vid.* la decisión de la Comisión CE, de 18 de julio de 2001, COMP/E-1/36.490, *Electrodos de Grafito*.

²⁰ El origen de esta condición se encuentra en la decisión de la Comisión CE en el caso del *Tabaco crudo en Italia* (decisión de 20 de octubre de 2005, COMP/38.281).

²¹ Nota 3.

En estos casos, la práctica comunitaria pone de manifiesto que la realización de manifestaciones engañosas o las imputaciones unilaterales no corroboradas sobre alguna cuestión del cártel puede tener una incidencia para limitar el importe de la reducción de la multa de la empresa en cuestión²². En efecto, cuando la única información con valor añadido significativo que ha aportado una empresa se refiere precisamente a información que se ha mostrado engañosa o incorrecta, la Comisión CE no ha tenido reparo en privar a la empresa de toda reducción de la multa²³. Sin embargo, en los supuestos de exención frente a multas, la realización de manifestaciones engañosas o inexactas no ha motivado en ningún caso la retirada de la exención²⁴, y es improbable que así sea si una gran parte de la información facilitada era correcta y desconocida por la Comisión CE antes de realizar las inspecciones y la investigación del caso.

En otro orden de cosas, puede constatarse que la lista de deberes de colaboración recogida en el párrafo 12 de la Comunicación de Clemencia no es exhaustiva²⁵. Por tanto, deja abierta la posibilidad de que pueda

²² Entre otras, *vid.* la STJCE, de 28 de junio de 2005, as. acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S y otros contra Comisión* (Hens Isoplus facilitó información tergiversada sobre su involucración en el cártel. La Comisión limitó el nivel de reducción de la multa y aplicó una agravante). En la decisión de la Comisión CE, de 13 de septiembre de 2006, COMP/F/38.456, *Betún*, la Comisión CE limitó el importe de reducción de la multa a Kuwait Petroleum por haber realizado falsas imputaciones contra Exxon Mobile.

²³ En la decisión *Betún*, citada, la Comisión CE no redujo la multa a Nynas, ya que la única información con valor añadido significativo que había facilitado se refería a la imputación de Exxon Mobil, que se mostró incorrecta después de la vista. En otras ocasiones, la Comisión CE ni siquiera ha considerado conceder una reducción condicional de la multa cuando la única información con valor añadido significativo constituye declaraciones incriminatorias no corroboradas con ningún medio de prueba (entre otras, *vid.* las decisiones de la Comisión CE, de 21 de febrero de 2007, COMP/E-1/38.823, *Ascensores y Escaleras Mecánicas*, en relación con las declaraciones de Thyssen sobre el cártel de Alemania; de 24 de enero de 2007, COMP/F/38.899, *Conmutadores con aislamiento de gas*, en relación con las declaraciones realizadas por Areva).

²⁴ De hecho, pueden haberse realizado acusaciones unilaterales que han conducido a la Comisión CE a dirigir un pliego de cargos contra una empresa y que, después de la vista, la Comisión CE se ha visto obligada a retirar por comprobar que dichas acusaciones no se estaban corroboradas por ningún otro medio de prueba (por ejemplo, *vid.* la decisión de la Comisión CE, de 31 de mayo de 2006, COMP/F/38.645, *Metacrilatos*). En estos casos, la Comisión CE no puede «sancionar» a la empresa que ha solicitado clemencia por facilitar información engañosa dado que, normalmente, la información no se habrá facilitado en el marco de un requerimiento de información del art. 18 del Reglamento (CE) 1/2003. Por su parte, la empresa que ha sido indebidamente involucrada en las prácticas del cártel tiene pocas posibilidades de obtener una compensación por los daños y perjuicios causados, ya que no es evidente que exista un nexo de causalidad entre el daño y la actuación del solicitante de clemencia. El daño se derivaría de la acusación de la Comisión CE, que ha dado credibilidad a las declaraciones unilaterales del solicitante de clemencia, y no tanto de la propia declaración del solicitante de clemencia.

²⁵ La Comisión CE también ha considerado favorablemente como pruebas de colaboración de la empresa factores que objetivamente no deberían dar lugar a una retirada de la exención o a menor reducción del importe de la multa si no concurriesen en otros casos. Los precedentes de la Comisión CE se han referido, por ejemplo a: i) la admisión de inspecciones con una simple autorización; y ii) la entrega voluntaria de documentos adicionales relativos al cártel durante la ins-

retirarse la exención condicional (o la reducción del importe de la multa) si se vulnera algún otro deber de colaboración no previsto expresamente en la Comunicación. Éste fue, por ejemplo, el caso de la empresa *Delta-fina* en el cártel del *Tabaco crudo en Italia*²⁶, en el que la Comisión CE retiró la inmunidad condicional a la empresa por haber divulgado el contenido y el hecho de la solicitud de clemencia antes de que se realizasen las inspecciones. La Comunicación de Clemencia de 2002 no citaba expresamente este supuesto de colaboración con la Comisión CE, pero la Comisión CE acertadamente consideró que tal obligación estaba implícita y era inherente al deber general de colaboración con la investigación, dado que la conducta podría haber frustrado el resultado de las inspecciones.

Ante la experiencia del caso del *Tabaco crudo en Italia*, la Comunicación de Clemencia de 2006 deja constancia expresa de que el elenco de deberes de colaboración recogido en su párrafo 12 no es exhaustivo. Así, el párrafo 35 de la Comunicación también considera como «falta de cooperación» el incumplimiento del deber de secreto que pesa sobre el solicitante de clemencia en lo que respecta a la utilización de la información obtenida a través del acceso al expediente en el procedimiento de infracción de la Comisión CE.

La flexibilidad de este deber de colaboración puede generar situaciones de inseguridad jurídica en las empresas, sobre todo, en lo que respecta al «implícito» deber de admitir los hechos del PC y la interpretación que de los mismos realiza la Comisión CE²⁷. La Comunicación de Clemencia de 1996 expresamente recogía esta condición para obtener una reducción del importe de la multa y se suprimió posteriormente en la Comunicación de 2002. No obstante, en la práctica, la Comisión CE ha seguido tomando este factor en consideración para valorar el grado de colaboración de la empresa y determinar el porcentaje de reducción de la multa correspondiente²⁸.

En este sentido, y a título de ejemplo, en numerosos precedentes las empresas han cuestionado la duración de su involucración en el cártel y la Comisión CE ha adoptado posturas muy dispares. En ocasiones, se

pección (vid. en ambos casos la decisión en el asunto *Tabaco crudo en Italia*, citada); o iii) denunciar infracciones del procedimiento y del deber de secreto de los funcionarios de la Comisión CE (vid. la STPI, de 29 de abril de 2004, as. acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, *Tokai Carbon y otros c. Comisión*, relativo al cártel de *Electrodos de Grafito*).

²⁶ Decisión de la Comisión CE, de 20 de octubre de 2005, COMP/38.281, *Tabaco crudo en Italia*.

²⁷ Entre otros, vid. la STPI, de 8 de julio de 2004, As. T-44/00, *Mannesman*, o de 25 de octubre de 2005, As. T-38/02, *Danone*.

²⁸ A título de ejemplo, vid. la decisión de la Comisión CE, de 20 de octubre de 2005, COMP/38.281, *Tabaco crudo en Italia*.

ha cuestionado una duración de nueve meses, sin que se haya apreciado una «menor colaboración» de la empresa²⁹ y, sin embargo, en otros casos, se ha apreciado una menor colaboración —con menor reducción del importe de la multa— por cuestionar una menor duración de la participación en el cártel de tan sólo cinco meses³⁰.

En esta misma línea, puede apreciarse que la práctica reciente de la Comisión CE en los recursos formulados ante el TPI contra decisiones de cárteles es solicitar una *reformatio in peius* por cuestionar ante el TPI hechos e imputaciones del PC que el solicitante de clemencia supuestamente no habría cuestionado en su contestación al PC³¹. El razonamiento de la Comisión CE en estos casos se refiere a que la empresa colabora con la Comisión CE al admitir los hechos y facilitarle el ejercicio de prueba que de otra forma debería realizar en la decisión final. Si la empresa cuestiona los hechos ante el TPI, esta «colaboración» desaparece, ya que la Comisión CE deberá probar ante el TPI los hechos que trató con menor detalle en la decisión. Este planteamiento no nos parece razonable, sobre todo, tras la reciente adopción de la Comunicación de la Comisión CE sobre transacción en casos de cárteles.

En efecto, esta Comunicación se ha adoptado precisamente para favorecer que las empresas puedan beneficiarse de una reducción complementaria de la multa si se comprometen frente a la Comisión CE a no cuestionar los hechos del PC y renuncian a determinados derechos procesales que aceleran y facilitan la tramitación del caso. Por tanto, sería razonable —y deseable— que en el futuro la Comisión CE no tome en consideración la renuncia a cuestionar los hechos del PC como un criterio válido para evaluar «a la baja» la cooperación de las empresas al amparo de la Comunicación de Clemencia y determinar el porcentaje de reducción de la multa dentro de las bandas previamente establecidas. La consideración de este criterio para valorar el grado de cooperación de las empresas sólo debería admitirse en aquellos supuestos en los que se cuestionan hechos que las propias empresas han admitido y reconocido en sus solicitudes de clemencia, pero no respecto de otros hechos (por ejemplo, una mayor duración de su participación en el cártel) que se les imputan en el PC y que las empresas no han admitido en sus solicitudes de clemencia.

²⁹ Decisión de la Comisión CE, de 5 de diciembre de 2001, COMP/E-1/36 604, *Ácido cítrico*.

³⁰ Decisión de la Comisión CE, de 24 de enero de 2007, COMP/F/38.899, *Conmutadores con aislamiento de gas*.

³¹ Vid. las SSTPI, de 25 de octubre de 2005, As. T-38/02, *Danone*, o de 18 de julio de 2005, As. T-241/00, *Scandinavian Airlines*. El TPI, sin embargo, ha considerado que no procede el incremento de la multa cuando los hechos cuestionados tienen mínima incidencia en la determinación o gravedad de la infracción (STPI, de 14 de diciembre de 2006, As. T-264/02, *Bancos Austriacos*).

Por su parte, el programa español de clemencia (*vid.* art. 52 del D 261/2008) establece requisitos de colaboración de las empresas en términos prácticamente idénticos a la Comunicación de Clemencia. Sólo se aprecian dos diferencias relevantes con el programa comunitario. Por un lado, nuestro programa no considera expresamente como una falta de colaboración la violación del deber de secreto establecido en el art. 43 de la LDC (que sería en cierta medida equiparable al párrafo 35 de la Comunicación de Clemencia). Y, por otro lado, la literalidad del art. 52 del RD 261/2008 no permite deducir que el listado de supuestos de cooperación obligatoria allí previstos sea *numerus apertus*. Por tanto, no es evidente que la CNC pudiera realizar una interpretación extensiva del precepto e incluir requisitos (por ejemplo, no cuestionar los hechos recogidos en el PCH) que dificulten la obtención de la exención o la reducción de la multa.

- La Comunicación de Clemencia [párrafo 12.c)] también exige un deber de colaboración con carácter previo a la presentación de la solicitud de clemencia. En concreto, exige que *durante el periodo en el que se «contempla» la posibilidad de presentar dicha solicitud, la empresa no haya destruido, falsificado ni ocultado pruebas relativas al cártel*. La ratio de esta condición es fácil de percibir (*i. e.*, evitar que las empresas «seleccionen» las infracciones y medios de prueba que facilitarían a la Comisión CE en su solicitud de clemencia). Sin embargo, no lo es tanto la determinación del periodo al que afecta, aunque intuitivamente podría acotarse a un periodo relativamente cercano a la presentación de la solicitud de clemencia.

Si comparamos esta condición con su homóloga en el programa español de clemencia, pueden apreciarse dos diferencias interesantes. La primera, es que la norma española no prohíbe expresamente la falsificación u ocultación de pruebas³², sino tan sólo su «destrucción» (art. 65.2 LDC); y ello, tan sólo en la medida en que tales pruebas estén «relacionadas con la solicitud de clemencia» y no —como sucede en el caso comunitario, que estén relacionadas con el cártel³³. Y la segunda, es que la norma española no acota temporalmente —al menos de forma expresa— el periodo al que afecta esta obligación (ni siquiera por referencia al periodo en el que la empresa se ha planteado la posibilidad de

³² No parece posible realizar una interpretación extensiva de la prohibición de ocultar o destruir documentación prevista en el art. 52.c) del RD 261/2008, ya que esta disposición sólo desarrolla el art. 65.a) LDC, que se refiere a cooperación «durante» el procedimiento, y no en una fase previa.

³³ En el supuesto de que la solicitud de clemencia sólo haga referencia a determinadas prácticas del cártel, cabría hipotéticamente plantearse si la destrucción de pruebas relativas a las prácticas del cártel no citadas en la solicitud de clemencia podrían constituir una violación de este deber de colaboración.

solicitar clemencia). Entendemos que la CNC realizará una interpretación razonable de esta disposición en línea con la práctica comunitaria, y no desestimaré una solicitud de clemencia si comprueba que la empresa ha destruido documentación antigua con arreglo a su política general de retención de documentos.

• *Otro de los requisitos que exige la Comunicación de Clemencia para obtener la exención de la multa es que el solicitante no haya «coaccionado» a otras empresas a unirse o participar en el cártel.* Este requisito, que se modificó en la Comunicación de Clemencia de 2002³⁴, sólo se exige para las empresas que aspiran a obtener una exención de la multa. El procedimiento español no presenta en este punto diferencias con el programa comunitario. Sin embargo, en ambos programas queda una incógnita por resolver: ¿qué sucedería si, a lo largo del procedimiento administrativo se logra acreditar que la empresa que ha obtenido inmunidad condicional realmente coaccionó a otros miembros del cártel a participar en la infracción?

Es evidente que, en tal caso, la empresa en cuestión no podría obtener inmunidad, sino una reducción del importe de la multa. Ahora bien, ¿en qué banda de reducción se situaría la multa?, ¿conllevaría ello una «degradación» o desplazamiento de los demás solicitantes de clemencia en la escala de reducción de las multas? Ni la Comunicación comunitaria, ni el programa español contemplan este supuesto de hecho. A nuestro juicio, la contestación que se dé en la práctica a esta cuestión no debe perjudicar la posición que hayan obtenido las demás empresas en la escala de reducción de multas confirmada previamente por la Comisión CE o, en su caso, la CNC.

d) *Consideraciones sobre las fórmulas de presentación de solicitudes de exención de multas*

La Comunicación de Clemencia admite tres tipos de solicitud de exención; a saber: i) la solicitud ordinaria (es decir, la solicitud completa); ii) la solicitud en términos hipotéticos [párrafos 15, 16.b) y 19]; y iii) la solicitud mediante un «indicador», que se perfeccionará posteriormente con la prueba complementaria que facilite la empresa en el plazo acordado con la Comisión CE (párrafos 14 y 15).

³⁴ En la Comunicación de Clemencia de 1996 se privaba de la posibilidad de obtener una exención a las empresas que habían actuado como «líderes» del cártel. La Comunicación de 2002 suavizó este requisito para dar cabida a un gran número de empresas que, precisamente por ser líderes del cártel, estaban mejor situadas que las demás para facilitar información relevante sobre la existencia y funcionamiento del cártel.

En lo que respecta a la solicitud de indicadores, la Comisión CE podrá aceptarlos con carácter discrecional, ya sea para exenciones bajo los supuestos del párrafo 8.a) u 8.b) de la Comunicación de Clemencia. Se prevén para supuestos excepcionales en los que la empresa demuestra que precisa de un plazo adicional para facilitar elementos de prueba del cártel. Formalmente la Comunicación de Clemencia no exige que se facilite prueba documental sobre el cártel, sino simplemente datos sobre el nombre y dirección del solicitante de exención y las demás empresas involucradas en el cártel; identificación de los productos y territorios afectados; duración del cártel; naturaleza de la conducta e información sobre las solicitudes de clemencia presentadas o que se prevea presentar ante otras autoridades de competencia. Sin embargo, en la práctica, la obtención de un indicador es extremadamente difícil y requiere, como se ha reconocido públicamente³⁵, que las empresas vayan más allá del «listado» previsto en la Comunicación de Clemencia. Las empresas deben facilitar en la medida de lo posible medios de prueba documental, declaraciones de los empleados (si se solicita inmediatamente después de realizarse una inspección), un calendario preciso de las actuaciones a realizar para recabar la documentación, etcétera.

Por su parte, el programa de clemencia español presenta algunas diferencias respecto del programa comunitario:

- No contempla las solicitudes de exención en términos hipotéticos (a pesar de que sí se contemplan en el Modelo del programa de clemencia de la RAC³⁶).
- Los requisitos para presentar una solicitud de exención mediante un «indicador» difieren mínimamente del programa comunitario (art. 46.1 del RD 261/2008). Sin embargo, en las Indicaciones de la CNC se amplía sustancialmente la información que debe facilitarse; de hecho, se exige la misma información que en una solicitud ordinaria de exención (*vid. supra*), con la única excepción de que —al menos formalmente— no es preciso aportar prueba documental del cártel en los primeros contactos con la CNC.
- También se contempla la posibilidad de realizar solicitudes «abreviadas», aunque esta figura sólo se admite para los casos de exen-

³⁵ Tan sólo se concedieron 6 indicadores de 17 solicitudes recibidas por la Comisión CE en 2007 (conferencia de la Comisaria D.^a Neelie Kroes el 31 de enero de 2008, en las jornadas celebradas por el ABA International Cartel Workshop en San Francisco).

³⁶ *Vid.* párrafos 14 y 33. El Modelo de la RAC prevé la posibilidad de realizar solicitudes en términos hipotéticos o realizar «gestiones previas de forma anónima ante las ANC (autoridades nacionales de competencia) para obtener orientaciones informales sobre la solicitud de clemencia».

ción de la multa y no para los casos de reducción de su importe³⁷ (art. 46.5 del RD 261/2008 LDC).

Por último, *en lo que respecta al «ámbito» de las solicitudes orales de clemencia* (ya sean de exención o de reducción del importe de la multa), la Comunicación de Clemencia admite este tipo de declaraciones en términos generales para las «declaraciones de empresa», a las que se acompañarán los medios de prueba e información correspondiente (párrafo 32). En el programa comunitario el concepto de «declaración de empresa» no parece acotarse exclusivamente a la solicitud de clemencia inicial, sino también a cualquier otra declaración posterior realizada de forma voluntaria por la empresa en la que comunica lo que sabe del cártel³⁸. Esta cuestión no es irrelevante, dado que, en determinadas jurisdicciones (EEUU, entre otras³⁹), las empresas pueden estar sometidas a una obligación de «*discovery*» ante sus tribunales nacionales y deben facilitar cuanta información se encuentre a su disposición o en su poder en relación con las prácticas del cártel, incluyendo las solicitudes de clemencia realizadas ante cualquier autoridad de competencia. Si se admiten declaraciones orales voluntarias a lo largo de todo el procedimiento, y no sólo en la fase inicial de solicitud formal de clemencia, se minimiza el riesgo de *discovery* de esta información adicional que se facilite voluntariamente a la Comisión CE.

Si se compara en este punto concreto el programa de clemencia español con la Comunicación comunitaria, cabría plantearse si la literalidad de los arts. 46.2 y 51.1 del RD 261/2008, impiden realizar declaraciones orales más allá de la solicitud inicial (la solicitud «formal») de exención o reducción de multas. Las indicaciones de la CNC se refieren en términos generales a la admisión de «declaraciones verbales de las empre-

³⁷ La LDC sólo contempla esta fórmula para supuestos en los que la empresa sea la primera en informar a la CNC sobre la existencia de un cártel [i.e., sólo se admiten para casos de exención al amparo del art. 65.1.a) de la LDC, en línea con el Modelo de la RAC]. Y además, se requiere que la empresa haya presentado, o prevea presentar una solicitud de exención a la Comisión CE por ser la autoridad mejor situada para conocer del cártel por afectar éste a más de tres Estados miembros. La información que se exige para este tipo de solicitudes es la misma que la que se prevé en el art. 46.5 del RD 261/2008 para el caso de los «indicadores», aunque las Indicaciones de la CNC no exigen tanto detalle como en este último caso.

³⁸ Párrafo 32 de la Comunicación de Clemencia: «[Toda] *exposición voluntaria* a la Comisión hecha por una empresa o en su nombre en la que ésta comunica lo que sabe de un cártel y el papel que ha jugado en él, y *que ha sido preparada de forma específica para su presentación con arreglo a la presente comunicación*. Toda declaración dirigida a la Comisión en el marco de la presente comunicación forma parte del expediente de la Comisión y puede utilizarse como elemento de prueba».

³⁹ En ciertos Estados miembros —incluyendo España— no puede descartarse el riesgo de que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar a la empresa que ha requerido clemencia que exhiba una copia de su solicitud. De hecho, el Documento de Trabajo de la Comisión elaborado con ocasión del Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por infracciones de las normas de competencia reconocen este riesgo (*vid. párr. 302*). *Vid. infra* apdo. 3.B.

sas», sin referirse a la «solicitud formal» de clemencia, lo que permitiría interpretar que también deben admitirse las declaraciones voluntarias posteriores a la solicitud inicial de clemencia. Este mismo razonamiento sería aplicable para el caso de las «solicitudes abreviadas» de exención, ya que el RD 261/2008 no prevé expresamente la posibilidad de realizar la solicitud de forma oral a pesar de que sí lo prevé para las restantes modalidades de solicitud de exención de la multa.

E) Supuestos de «exención parcial» o «*carve out*»

La Comunicación de Clemencia prevé un supuesto especial de exención parcial frente a multas para empresas que no cumplen los requisitos de la exención total. Esta exención parcial sólo se aplicará respecto de los hechos adicionales desconocidos por la Comisión CE que se hayan podido probar gracias a la prueba facilitada por la empresa, siempre y cuando los hechos: i) incrementen la gravedad de la infracción; o ii) la duración del cártel⁴⁰.

La antigua Comunicación de Clemencia de 2002 ya preveía un supuesto similar de exención parcial. Sin embargo, la nueva Comunicación de 2006 ha endurecido las condiciones de aplicación, ya que se exige que la empresa facilite pruebas «concluyentes» sobre los nuevos hechos (esto es, debe facilitar prueba documental contemporánea e inculminatoria, directamente relacionada con el cártel y que no precisa corroboración posterior con otros medios de prueba); no basta la prueba documental indirecta de los hechos.

La aplicación práctica de esta disposición plantea ciertas dificultades cuando los hechos comunicados se refieren a una o varias prácticas en un cártel «único y complejo» de larga duración, que se compone de una pluralidad de prácticas. En estos casos, la decisión final que se adopte deberá cuantificar económicamente la relevancia de esta nueva práctica dentro del conglomerado de prácticas restrictivas que conforman el cártel «único y complejo». La Comisión CE goza aquí de amplia discrecionalidad, sólo limitada por el principio de proporcionalidad. En ocasiones, esta discrecionalidad se ha utilizado, a nuestro juicio, de forma excesiva, denegando todo valor a la aportación de información que acredita nuevas prácticas del cártel por considerar que tales prácticas tienen un escaso peso en la gravedad total de la infracción del cártel⁴¹.

⁴⁰ Párrafo 26 de la Comunicación de Clemencia de 2006.

⁴¹ *Vid.* la decisión de la Comisión CE en el asunto *Tabaco crudo en Italia* en relación con la información facilitada por una de las empresas en relación con las prácticas de «coordinación de ofertas» a los clientes. En los cárteles «únicos y complejos» todas y cada una de las prácticas que

Por su parte, el programa español de clemencia presenta dos diferencias importantes respecto del sistema comunitario. Por un lado, no se garantiza expresamente a la empresa la exención parcial sobre los nuevos hechos acreditados gracias a los medios de prueba que ella misma facilitó a la CNC. El art. 66.3 de la LDC, en línea con el Modelo de la RAC, se limita a indicar que la CNC «tomará en cuenta» la aportación de elementos de prueba que permitan establecer «hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física». Sería deseable que la CNC interpretase esta disposición en el mismo sentido que el programa comunitario de clemencia y otorgase garantías a las empresas de que esta información no será utilizada en su contra a la hora de determinar el importe de la multa.

Y por otro lado, la norma española no exige expresamente que la empresa facilite pruebas «concluyentes», en el sentido comunitario, sobre los nuevos hechos que incrementan la gravedad o duración de la infracción. Podría, por tanto, interpretarse que los requisitos exigidos por la LDC en este último punto son menos estrictos que la Comunicación de Clemencia.

3. MEDIDAS PARA PREVENIR LA DIVULGACIÓN Y USO ILEGÍTIMO DEL CONTENIDO DE LAS SOLICITUDES DE CLEMENCIA

El riesgo de que las declaraciones voluntarias de los solicitantes de clemencia y su documentación adjunta puedan divulgarse entre el público en general, o que terceros puedan tener acceso a las mismas y se facilite así la posterior reclamación de daños y perjuicios, son dos factores que podrían desincentivar la utilización del programa de clemencia. Este riesgo se acentúa notablemente en los casos en los que se admite como parte interesada en el procedimiento sancionador a asociaciones de consumidores y usuarios que no tienen la condición de denunciantes y son potenciales damnificados del cártel⁴².

Las normas generales de procedimiento comunitarias y españolas, así como las normas específicas en materia de programas de clemencia,

lo componen inciden en la gravedad de la conducta. Por tanto, la Comisión CE no debería escudarse en el supuesto «escaso valor» de las nuevas prácticas comunicadas por la empresa para evitar tener que cuantificar económicamente su incidencia en el importe básico de la multa. Por escasa que sea la práctica, siempre tendrá una incidencia en la gravedad de la conducta global del cártel y, por tanto, un valor económico.

⁴² En estos casos, es razonable que los solicitantes de clemencia asuman que el interés de tal personación en el procedimiento no es otro que «recabar» información para utilizarla posteriormente en el marco de una reclamación de daños y perjuicios contra ellos.

ofrecen ciertas garantías que dificultan la divulgación de la información o la posible utilización de las solicitudes de clemencia en procedimientos de reclamación de daños y perjuicios. No obstante, se aprecian diferencias entre ambos ordenamientos que podrían tener una incidencia negativa en el nivel de protección que ofrece el sistema español frente al comunitario. Es probable que la práctica de la CNC y de los Tribunales españoles limite estos riesgos, pero es importante al menos que se tome conciencia de su existencia. A ello se dedican los siguientes apartados.

A) Garantías ofrecidas por el procedimiento comunitario

En el procedimiento sancionador comunitario sólo tienen acceso al expediente las empresas destinatarias del PC y tal acceso sólo se concede una vez notificado el PC⁴³. Por tanto, ni el denunciante ni cualquier otro tercero que demuestre un interés legítimo en el procedimiento, podrán tener acceso a las solicitudes de clemencia y a su documentación aneja⁴⁴. Es más, el denunciante ni siquiera tiene acceso a la versión completa del PC que, lógicamente, incluye detalles sobre la información que ha aportado cada uno de los solicitantes de clemencia, sino a una versión censurada en la que se ha omitido toda la información confidencial⁴⁵ de las empresas imputadas (incluyendo la fuente de información de las infracciones cuando ésta es un solicitante de clemencia).

De esta forma, y asumiendo como cierto que las empresas imputadas no tienen interés en divulgar el contenido de las solicitudes de clemencia ni del PC, los estrictos límites que se establecen en materia de acceso al expediente para los denunciantes y asociaciones de potenciales damnificados minimizan el riesgo de que puedan producirse «filtraciones» a los medios sobre el contenido de las solicitudes de clemencia

⁴³ *Vid.* la Comunicación de la Comisión CE relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo (DOUE 2005 C 325/7). En el procedimiento comunitario los «derechos de defensa» sólo se predicen de las empresas destinatarias del PC frente a la Comisión CE y, en su caso de los denunciantes frente a la Comisión CE en la medida en que esta última no acoja sus pretensiones. No existe un derecho de acceso al expediente para todas las empresas interesadas.

⁴⁴ Los denunciantes —no así los demás interesados no destinatarios del PC— podrán acceder a cierta documentación del expediente en la medida en que la Comisión desestime total o parcialmente su denuncia. En tal caso, la Comisión CE deberá facilitar acceso a los documentos que fundaron su decisión.

⁴⁵ Por información confidencial, se entiende no sólo la información que constituye secretos de negocios de dichas empresas en sentido estricto, sino también, cualquier otra información que, de ser conocida por terceros, podría causar un perjuicio irreparable a la empresa (*vid.* el párrafo 15 de la Comunicación anterior). Dentro de esta última categoría podrían encuadrarse los datos sobre la identidad de la empresa que ha aportado pruebas para cada infracción recogida en el PC.

o de que se utilice la escasa información obtenida en el procedimiento sancionador para facilitar la interposición de una reclamación de daños y perjuicios contra el solicitante de clemencia.

A las garantías anteriores deben añadirse otras específicas adoptadas para los procedimientos de clemencia: i) los solicitantes de clemencia pueden realizar declaraciones orales (en sentido amplio, como se ha visto anteriormente); ii) las empresas destinatarias del PC sólo podrán acceder a las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia en la sede de la Comisión CE y no podrán realizar copias; iii) el intercambio de información entre la Comisión CE y los miembros de la RAC relativa a solicitudes de clemencia se somete a estrictos límites; y iv) se prohíbe a las empresas destinatarias del PC, que son las únicas que pueden tener acceso a estas declaraciones, que utilicen la información obtenida a través del acceso al expediente para cualquier finalidad que no sea en procedimiento judicial o administrativo de aplicación del art. 81 del Tratado CE. Si incumplen esta suerte de «deber de secreto», la Comunicación prevé consecuencias específicas contra la empresa infractora⁴⁶. La eficacia y grado de protección que ofrecen las disposiciones comunitarias nos parece en su conjunto satisfactoria si se compara con el caso español.

B) Garantías ofrecidas por el procedimiento español

El procedimiento sancionador previsto en la LDC, a diferencia del procedimiento comunitario, establece un principio general de publicidad y «acceso al expediente» a todos los interesados en el procedimiento. Son interesados tanto la empresa destinataria del PCH como terceros que muestren un interés legítimo, en el sentido del art. 31 de Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (normalmente el denunciante y en ocasiones, terceros no denunciantes, como es el caso de asociaciones de consumidores y usuarios, *ex* art. 31.2 de la Ley 30/1992). Además, se parte de la base de que «todos los interesados» pueden acceder en igualdad de condiciones a los documentos obrantes en el expediente, con la salvedad de los documentos que la CNC haya declarado confidenciales, y realizar las alegaciones que estimen oportuno (arts. 31 y 32 del

⁴⁶ *Vid.* el párrafo 34 de la Comunicación de Clemencia: i) se considerará una falta del deber de cooperación que podrá dar lugar a la remoción de la exención o reducción condicional de la multa; ii) la Comisión CE podrá solicitar ante el TPI —si es que se recurre la decisión— que se incrementen las multas de las empresas que han violado esta disposición; y iii) la Comisión CE solicitará la adopción de medidas disciplinarias contra los abogados externos que hayan participado en esta infracción.

RD 261/2008). Este derecho de acceso existe desde el momento en que se incoa el procedimiento sancionador, y no sólo a partir de la adopción del PCH.

Estos principios de apertura y publicidad del expediente sancionador podrían desincentivar en cierta medida la utilización del programa de clemencia en España. Por ello, el art. 51 del RD 261/2008 establece un régimen especial de «confidencialidad» para las solicitudes de clemencia. No obstante, la literalidad de esta disposición plantea ciertos interrogantes, que se exponen a continuación:

a) La CNC otorgará tratamiento confidencial al hecho mismo de la solicitud de clemencia y formará pieza separada especial de confidencialidad «con todos los datos o documentos *de la “solicitud” que considere de carácter confidencial*, incluida en todo caso la identidad del solicitante» (art. 51.1 RD 261/2008).

Cabría plantearse si la CNC sólo dará tratamiento confidencial a la «solicitud» formal (esto es, a la solicitud inicial de clemencia) y a los documentos que la acompañan o si, por el contrario, también se extenderá a las declaraciones voluntarias complementarias a su solicitud inicial (y documentación aneja) que pueda realizar el solicitante de clemencia, tanto antes como después de formularse el PCH (recuérdese que pueden admitirse solicitudes de reducción del importe de la multa después de emitido el PCH). A nuestro juicio, y como ya hemos apuntado más arriba, estas declaraciones posteriores deberían recibir el mismo tratamiento que la solicitud «inicial» de clemencia.

Por otra parte, esta disposición confirma que la CNC goza de discrecionalidad a la hora de decidir si determinados datos de la solicitud de clemencia o de su documentación aneja merecen «tratamiento confidencial» o no. Sería razonable considerar que la CNC, en aras de salvaguardar la eficacia de la investigación y no desincentivar el uso del programa de clemencia, considerará confidenciales el contenido íntegro de las declaraciones y documentación aportada voluntariamente por el solicitante de clemencia, al menos, hasta que se adopte el PCH⁴⁷.

b) Una vez adoptado el PCH, la CNC *dará acceso «a los interesados»* a «los datos y documentos de la pieza separada especial de confidencialidad que *sean necesarios para contestar al pliego de cargos»* (art. 51.2 del RD 261/2008).

De esta disposición se deduce, en primer término, que es posible que la CNC no conceda acceso a los interesados al contenido íntegro de las

⁴⁷ Así lo establece también el Modelo de clemencia de la RAC suscrito por la CNC.

solicitudes de clemencia, sino únicamente a una «versión no confidencial» que recoja los datos que contengan elementos incriminatorios para las demás empresas y se utilicen como prueba de cargo en el PCH. También debería darse acceso a toda la información que pueda contener elementos de descargo —incluyendo la descripción de antecedentes, circunstancias atenuantes, etc.— que haya podido citar el solicitante de clemencia.

En cuanto a los sujetos que tendrán acceso a esta versión «no confidencial» de las solicitudes de clemencia, una lectura preliminar del art. 51.2 del RD 261/2008 parecería indicar que sólo las empresas objeto de la investigación del cártel tendrían acceso a estos documentos, pues sólo ellas tendrían un interés en «contestar» (en el sentido de «cuestionar» o «rebatir») el contenido del PCH.

Sin embargo, la lectura combinada de los arts. 51.2 y 33.1 del RD 261/2008 podría conducirnos a una conclusión distinta. Esta última disposición prevé que la CNC notificará el PCH a «todos los interesados» para que puedan «contestarlo». La práctica habitual del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y de la actual CNC ha sido trasladar el PCH (en su versión original, no una versión no confidencial) tanto a las empresas imputadas, como a los denunciantes y a cualesquiera otras partes interesadas en el procedimiento, a fin de que puedan formular alegaciones al PCH. De esta forma, la interpretación que se ha venido dando al término «contestar el PCH» ha sido «presentar alegaciones» al PCH. Y esta interpretación amplia se ha mantenido inalterada también en casos de cárteles recientes en los que se ha notificado el PCH a asociaciones de consumidores que habían sido consideradas como parte en el procedimiento⁴⁸.

Por tanto, el examen conjunto de los arts. 51 y 33.1 del RD 261/2008, así como la práctica del TDC y la CNC, podrían llevar a pensar que cualquier tercero que haya sido reconocido como parte interesada en el procedimiento, aunque no sea destinatario del PCH (sea el denunciante o una entidad que represente los intereses colectivos de los propios damnificados del cártel), podrá acceder a las «versiones no confidenciales» de las declaraciones de empresas y documentos adjuntos de las solicitudes de clemencia que sean precisos para contestar al PCH.

⁴⁸ Se omite la referencia a los expedientes concretos tramitados por la CNC por estar actualmente en curso. Debe precisarse que se trata de expedientes en los que la investigación de la CNC no se ha producido a raíz de una solicitud de clemencia. No obstante, dado que ni la LDC ni el RD 261/2008 establecen una distinción entre el derecho a «contestar el PCH» en casos de cárteles en los que alguna empresa ha solicitado clemencia y los restantes casos de cárteles y prácticas restrictivas, es previsible que la CNC reconozca a terceros personados en el procedimiento el mismo derecho a contestar el PCH que a las empresas imputadas.

Si se admitiese esa interpretación, y dado que parece razonable considerar que las empresas imputadas no tienen interés alguno en divulgar el contenido de las imputaciones del PCH o de las solicitudes de clemencia, se incrementaría el riesgo de que pudiera realizarse un uso indebido de la información obtenida de las solicitudes de clemencia. Es cierto que el art. 43 de la LDC impone —como novedad respecto de la antigua LDC de 1989— a todos los interesados en el procedimiento un «deber de secreto» respecto de la información que han conocido a través del acceso al expediente administrativo de la CNC. Sin embargo, el potencial solicitante de clemencia podría desconfiar de la eficacia preventiva de esta disposición. Esta desconfianza vendría motivada por varios factores:

b.1) Ni el art. 43 de la LDC ni ninguna otra disposición de la LDC o de su reglamento de desarrollo prevén sanciones para las empresas que divulguen en medios públicos información obtenida a través del acceso al expediente tramitado ante la CNC. La posibilidad real de que las empresas imputadas en un caso de cártel puedan obtener el resarcimiento por los daños causados con el acto de divulgación es extremadamente remota. Sería prácticamente imposible demostrar y cuantificar el daño derivado de este acto de divulgación así como el nexo causal con la violación del deber de secreto⁴⁹. Y también sería prácticamente imposible obligar al medio de comunicación que ha publicado la información que revele su fuente. La situación podría complicarse si la entidad que participa en el procedimiento ante la CNC no ha revelado la información directamente al medio de comunicación, sino a una entidad intermedia que la ha transmitido a los medios.

Estas y otras cuestiones similares podrían mermar el atractivo del programa de clemencia español ante el riesgo de divulgación de la identidad del solicitante de clemencia o de que se revelen datos de su solicitud admitiendo su participación en las prácticas restrictivas del cártel antes de que se adopte una resolución sobre el fondo por la CNC.

b.2) Por otra parte, es razonable asumir que las entidades que acceden a las solicitudes de clemencia y a la documentación que la acompaña estarán en mejor posición que cualquier otro tercero para formular una demanda de daños y perjuicios contra el solicitante de clemencia.

El demandante deberá acreditar ante el juez la existencia de la infracción y los daños derivados de la misma. Para acreditar el primer extremo

⁴⁹ Piénsese, por ejemplo, en empresas cotizadas en Bolsa. Aunque la cotización de las acciones de la empresa se desplome en Bolsa, habría que demostrar que esta caída de la cotización se debió exclusivamente al conocimiento público del contenido de su solicitud de clemencia y que la reacción de la Bolsa habría sido otra distinta tras conocerse el resultado de la resolución sancionadora de la CNC.

la resolución sancionadora firme de la CNC será determinante a la hora de reconocer la existencia de la infracción sin mayor trámite. Si la resolución de la CNC no fuese firme, estaríamos en un supuesto de prejudicialidad administrativa y el órgano jurisdiccional podría entrar a valorar, aunque sólo a los efectos del procedimiento de reclamación de daños, si se produjo la infracción⁵⁰. La resolución sancionadora de la CNC sería una prueba muy contundente de la infracción, pero no puede descartarse que el juez pudiera preferir suspender el procedimiento hasta que la resolución de la CNC fuese firme. En tal caso, si el demandante pudiese conseguir la exhibición ante el juez de las solicitudes de clemencia de una o varias empresas involucradas en el cártel en las que se describen en detalle las prácticas y se admite su involucración en las mismas, es posible que el juez tenga menor reparo en no suspender el procedimiento y tener por acreditada la infracción. Por tanto, si el potencial demandante ya ha tenido acceso a estos documentos en el marco del procedimiento sancionador ante la CNC, podrá orientar al juez sobre los documentos y pruebas clave que le permitirán alcanzar la plena convicción de la comisión de la infracción.

Y en lo que respecta a la valoración y cálculo de los daños y perjuicios, el art. 219 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) exige al demandante indicar en la demanda el importe exacto de la reclamación o, en caso de no poder establecerse el importe exacto, que fije las bases que sirvan para determinar dicho importe y realizar la liquidación mediante una simple operación aritmética en la fase de ejecución de la sentencia. Los datos que se contienen en la solicitud de clemencia pueden ser de utilidad para establecer dichas bases de cálculo, dado que las Indicaciones de la CNC requieren que el solicitante de clemencia valore los efectos de las prácticas restrictivas en el mercado. Y es posible también que entre la documentación que se acompaña a la solicitud de clemencia se puedan identificar datos que no se han citado en la resolución de la CNC y que permiten acreditar la existencia de los daños y las ganancias ilícitas obtenidas por el demandando con las prácticas del cártel. En definitiva, el demandante tendrá menos dificultades a la hora de probar la existencia de los daños y el nexo causal del daño con las prácticas del demandado, así como para identificar información en disposición de este último que puede ser pertinente para demostrar la existencia y cuantificación de los daños.

La cuestión práctica que se plantea en relación con lo anterior sería hasta qué punto la obligación del deber de secreto establecida en el art. 43

⁵⁰ En caso contrario, estaríamos en una situación de prejudicialidad administrativa y el órgano jurisdiccional podría entrar a valorar a los solos efectos del procedimiento civil de reclamación de daños, si se produjo la infracción (*vid.* art. 47 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

de la LDC o cualquier otra disposición de la LDC podría impedir que el juez llegue a conocer de la solicitud de clemencia y su documentación aneja cuando el demandante de los daños y perjuicios ha participado previamente como parte interesada (aunque probablemente, no como imputada) en el procedimiento sancionador tramitado ante la CNC. La respuesta a esta cuestión no es sencilla y dependerá sin duda del buen criterio del juez y de la estrategia procesal que plantee el demandante.

Evidentemente, el demandante no puede aportar directamente al juez copia de la solicitud de clemencia dado que el art. 51.3 del RD 261/2008 no permite a las partes del procedimiento obtener copias de dichas solicitudes. Y respecto de los documentos anejos a la solicitud de clemencia, tampoco parece factible que pueda facilitar dichas copias sin vulnerar frontalmente el deber de secreto establecido en el art. 43 de la LDC. La prohibición contenida en esta disposición llevaría con probabilidad al juez a inadmitir la prueba por ilícita.

Por otra parte, también es pacífico que el juez que conozca de la reclamación de daños no podrá solicitar ni a la CNC ni a la Comisión CE copia de las solicitudes de clemencia o de su documentación aneja. La Disposición Adicional segunda de la LDC, que introdujo un nuevo art. 15 bis de la LEC, así lo dispone, además de derivarse, en el caso de los procedimientos tramitados ante la Comisión CE, del art. 287 del Tratado CE.

Sin embargo, no puede descartarse totalmente el supuesto de que el demandante pudiera solicitar al juez que requiera al demandando para que exhiba parte de la documentación aneja a su solicitud de clemencia o incluso la propia solicitud en el supuesto de que ésta se haya formulado por escrito.

A este respecto, debe recordarse que el art. 328 de la LEC faculta al juez a solicitar al demandado que exhiba los documentos necesarios que le ha señalado el demandante para poder acreditar la existencia de los daños y su cuantificación. El demandante no puede realizar una solicitud abstracta o genérica, sino que debe referirse a documentos concretos y justificar su pertinencia para el caso. Existe un trámite de oposición del demandado y es razonable pensar que, en un caso como el planteado, invocaría la violación del deber de secreto establecido en el art. 43 de la LDC para oponerse a la solicitud del juez. Sin embargo, y aunque nos parece que así debiera ser, no puede negarse que existe incertidumbre sobre el resultado de tal oposición⁵¹. Dependerá, en última ins-

⁵¹ Existen muchos argumentos que aconsejarían que el juez admita la oposición. Pero también existen argumentos en contra:

tancia, de la sensibilidad y criterio del juez ante el que se ventile la reclamación de daños y perjuicios.

Si el juez admitiese la pretensión del demandante y requiriese al demandando la exhibición de la solicitud de clemencia, éste sólo podría negarse a facilitarla mediando una causa justificada. La mayor parte de la doctrina considera que no constituye una negativa justificada el hecho de que la exhibición del documento pueda perjudicar al que ha sido requerido para ello⁵². Pero, en todo caso, incluso si alegase una causa aparentemente justificada, el juez deberá valorar la credibilidad de dicha justificación. Aunque el juez carece de medios coercitivos para obligar al demandado a exhibir los documentos solicitados, si no considerase justificado o verosímil el motivo de la negativa a cumplir con la exhibición documental⁵³, podría, por analogía con lo establecido en el art. 309 de la LEC, tener por ciertas las afirmaciones del demandante cuya prueba solicitaba mediante la exhibición documental. Esto es, si el demandante utilizó determinados datos de la solicitud de clemencia o de su documentación aneja para fijar las bases de la fórmula de cálculo de los daños y perjuicios, la negativa injustificada del demandando a exhibir tales documentos permitiría al juez admitir como probados los referidos datos.

Los riesgos e incertidumbres que se han apuntado en este apartado sobre la divulgación del contenido de la solicitud de clemencia o su utilización en el marco de un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios pueden mermar los incentivos para utilizar el programa de clemencia en España.

i) Es probable que el demandante, adelantándose a este tipo de argumentos, formule su solicitud de tal forma que no pueda excluirse la posibilidad de que la fuente de información sobre la existencia y pertinencia de los documentos cuya exhibición ha solicitado sea otra distinta que el acceso al expediente (por ejemplo, la versión pública de la resolución de la CNC). También podría alegar que el mero hecho de que haya participado en el expediente no puede privarle del derecho a reclamar daños y perjuicios y utilizar, como haría cualquier otro demandante, las medidas procesales que le brinda la LEC para solicitar la exhibición de documentos cuya existencia pueda inferirse de la resolución de la CNC.

ii) Si, por el contrario, el solicitante de clemencia se opusiese a la exhibición de los documentos alegando que la ejecución de la orden del juez le obligaría a violar el deber de secreto que le impone el art. 43 de la LDC, no puede excluirse que algún juez inadmita la oposición por considerar que no resulta de aplicación esta disposición. El art. 43 de la LDC establece un deber de secreto sobre todos los sujetos que hayan intervenido en la tramitación de los expedientes previstos en esa Ley «sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos». El solicitante de clemencia evidentemente no ha tenido conocimiento de los hechos constitutivos del cártel ni del contenido de los documentos que él mismo ha facilitado a la CNC a través de su participación en el expediente. Por tanto, si el juez realizase una interpretación literal del precepto, podría desestimar el motivo de oposición. Nos parece más razonable que el juzgado hiciese una interpretación finalista de la norma, pero el riesgo de una interpretación formalista no puede excluirse totalmente.

⁵² A. OLIVA e I. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2000), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 343.

⁵³ Por ejemplo, extravió del documento.

Una posible vía para minimizar estos riesgos sería revisar el criterio de la CNC en materia de confidencialidad y «derechos de defensa» de los terceros y denunciadores en expedientes sancionadores en general o, al menos, en procedimientos de cárteles.

Hasta la fecha, la CNC y el extinto TDC no han sido sensibles al interés legítimo de las empresas investigadas en mantener la confidencialidad de documentos comprometedores frente a terceros a los que se les ha reconocido la condición de parte en el procedimiento por el riesgo de que se haga un uso ilícito de dicha documentación. El motivo para desestimar las solicitudes de confidencialidad que se han realizado a estos efectos ha sido tradicionalmente la existencia del deber general de secreto establecido en el art. 43 de la LDC. Pero como se ha indicado más arriba, la eficacia de esta disposición para proteger al solicitante de clemencia parece cuestionable.

A la vista de ciertos acontecimientos recientes de filtraciones en prensa del contenido del PCH en varios expedientes sancionadores⁵⁴, algunos en casos de cárteles⁵⁵, sería deseable que la CNC se plantee la posibilidad de reconsiderar su práctica anterior, al menos en los casos de cárteles en los que se hayan formulado solicitudes de clemencia. En estos casos, sería aconsejable que la CNC fuese sensible al interés legítimo de las empresas que cooperan voluntariamente con ella a la hora de acordar el ámbito del levantamiento de la confidencialidad de sus solicitudes de clemencia y documentación aneja que se dispone en el art. 51.2 del RD 261/2008. Si bien esta disposición prevé el levantamiento de la confidencialidad de las solicitudes de clemencia sólo en la medida en que contienen información precisa para que «todos los interesados» en el expediente puedan «contestar» el PCH, nada impediría que se preparen dos versiones no confidenciales distintas de dicha documentación. De esta forma, podría distinguirse entre las empresas partícipes en el cártel (y que evidentemente no pueden ser imputadas en el PCH sin acceder a todos los medios de prueba en los que se fundamenta tal acusación, así como a las pruebas de descargo) y terceros con la condición de interesados en el expediente. La versión no confidencial que se facilitase a estos últimos podría ser más sucinta que la que se facilite a las empresas imputadas.

De la misma forma, podría proponerse que los terceros con la condición de parte en el procedimiento no accedan al PCH, a la propuesta

⁵⁴ A título de ejemplo, *vid.* el comunicado de prensa de la CNC de 29 de diciembre de 2008.

⁵⁵ *Vid.* la información recogida en varios medios de prensa entre el 26 y el 31 de diciembre de 2008 (revista *Seguros* y diario *Expansión*) sobre el contenido del PCH en el expediente tramitado por la CNC relativo al seguro decenal (*vid.* nota de prensa de la CNC de 31 de enero de 2008).

de informe o a la resolución final de la CNC en su versión original. Tales documentos contendrían una descripción detallada de la información y documentación aportada por cada solicitante de clemencia y otros datos útiles que podrían facilitar la reclamación de daños y perjuicios contra ellos frente a otras empresas imputadas en el cártel que no han colaborado con la CNC. Al igual que en el caso anterior, y siguiendo el modelo comunitario, podrían prepararse versiones no confidenciales simplificadas de estos documentos en las que se omitan este tipo de datos. En última instancia, los terceros con la condición de parte en el procedimiento sólo accederían a la versión pública de la resolución final de la CNC en las mismas condiciones que cualquier otro potencial damnificado del cártel. Esta medida limitaría el riesgo de que pudiera realizarse un uso indebido de la información de las solicitudes de clemencia obtenida a través del acceso al expediente tramitado por la CNC. Se alcanzaría así un grado de protección de las solicitudes de clemencia en España equiparable al que reciben en el ámbito comunitario, sin despreciar por ello las particularidades propias de nuestro procedimiento sancionador.

4. CONCLUSIONES

La detección y sanción de los cárteles es una prioridad manifiesta de todas las autoridades de defensa de la competencia de la Unión Europea, incluida lógicamente la CNC. Nuestra LDC ha introducido un programa de clemencia que dota por primera vez a las autoridades españolas de defensa de la competencia de herramientas equiparables a las de la Comisión CE y sus homólogos en otros Estados miembros en la lucha contra los cárteles. El programa se ha diseñado a imagen y semejanza del programa comunitario, aspirando a alcanzar el mayor grado de aceptación y éxito posible. Sin embargo, se aprecian algunas diferencias respecto de este último que merecen cierta atención.

En ocasiones, estas diferencias dotan al programa español de un mayor grado de seguridad jurídica para las empresas que deciden colaborar con la CNC (por ejemplo, se acotan los deberes de colaboración con la CNC para obtener una exención o reducción del importe de la multa, frente al elenco no exhaustivo de obligaciones que se prevé en el sistema comunitario). En otras, sin embargo, se introducen elementos que generan incertidumbre y pueden mermar los incentivos para utilizar el programa español de clemencia. El más llamativo de ellos es quizás el limitado alcance que se ha previsto en la LDC para el concepto de cártel a efectos de aplicación del programa de clemencia. Sólo se contemplan determinados acuerdos horizontales restrictivos y se excluyen, por omisión, otras conductas, como las prácticas concertadas, que también están tipificadas en

el art. 1 de la LDC y que normalmente podrían considerarse como cárteles en el ámbito comunitario y beneficiarse del programa de clemencia comunitario. También existen diferencias relevantes que afectan al estándar de prueba de los cárteles para obtener la exención (más estricto en determinados supuestos en el caso español), al tratamiento de los supuestos de «exención parcial», o incluso a las modalidades de presentar solicitudes de exención (no se admite en España, por ejemplo, la solicitud en términos hipotéticos que se prevé en el sistema comunitario).

Estas y otras diferencias entre ambos programas de clemencia cobran una especial relevancia en los casos de cárteles multinacionales. Una misma conducta acreditada con los mismos medios de prueba podría acogerse al programa comunitario de clemencia y, sin embargo, no admitirse en el sistema español de clemencia. Lamentablemente, y aunque sería deseable, no existe un sistema de «ventanilla única» para presentar solicitudes de clemencia con efectos en toda la Unión Europea. La Comisión CE y los miembros de la RAC han realizado encomiables esfuerzos por aproximar los distintos programas de clemencia de los Estados miembros y coordinar criterios, pero subsisten aún diferencias que dificultan las solicitudes multijurisdiccionales de clemencia. Sería deseable que se continúe trabajando en esta línea para limar progresivamente las diferencias y facilitar e incentivar un mayor uso de este tipo de programas.

Y de igual forma, sería positivo que se exploren vías para adaptar nuestro procedimiento sancionador al nivel de garantías que ofrece el procedimiento comunitario respecto del mantenimiento de la confidencialidad del contenido de las solicitudes de clemencia. Nuestra LDC prevé el «derecho de acceso» al expediente para todas las partes que tengan la condición de interesado en el procedimiento. Aunque nuestras normas procesales prevén salvaguardias en materia de confidencialidad para los casos de solicitud de clemencia, lo cierto es que *a priori*, y salvo que la CNC adopte una postura estricta al respecto, las asociaciones de potenciales damnificados del cártel o los denunciantes podrían tener acceso a las solicitudes de clemencia y a su documentación aneja en las mismas condiciones y con el mismo grado de detalle que las empresas imputadas en el cártel. El riesgo de que pueda producirse un uso indebido de dicha información o la mera sospecha de que este acceso facilite la posterior reclamación de daños contra las empresas que han colaborado con la CNC frente a las que no lo han hecho, puede desincentivar el uso del programa español de clemencia. Es de esperar que la CNC será sensible a estas cuestiones y adoptará medidas en materia de acceso al expediente que refuercen la confianza de los solicitantes de clemencia y contribuyan al éxito de esta herramienta tal útil y necesaria para la lucha contra los cárteles.