

EL SISTEMA DE CLEMENCIA EN LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Jaime PÉREZ-BUSTAMANTE
Socio, Linklaters

Fredrik LÖWHAGEN
Abogado, Linklaters

Los cárteles son las infracciones más graves que se pueden cometer a la libre competencia. La OCDE ha señalado que se trata de «la infracción del Derecho de la competencia más atroz»¹ y el Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha manifestado al respecto que «pervierten la esencia misma del mecanismo de mercado»². Y es que su impacto sobre el mercado es claro, habiendo concluido algunos estudios que provocan un incremento medio sobre los precios que podría situarse entre un 20 y un 30 por 100³.

Precisamente por ello, las autoridades de competencia han realizado un enorme esfuerzo en los últimos años en tratar de aumentar los recursos dedicados a su persecución y en dotarse de nuevas herramientas para combatirlos de manera eficaz. El «arma» más temible del que ahora disponen son los sistemas de clemencia (*leniency*), que permiten garantizar a los partícipes de un cártel que denuncien ante la autoridad de competencia la exoneración total o parcial de la multa que les hubiera correspondido por su participación en el mismo.

La introducción de este instrumento, primero en Estados Unidos y más tarde en la Unión Europea, ha revolucionado completamente el sistema de persecución de los cárteles. Además, una de las consecuencias inmediatas de su implantación ha sido el incremento espectacular del importe de las

¹ OCDE, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998, p. 2.

² C. PASCUAL PONS, ponencia de 19 de febrero de 2008 en la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia, «Acuerdos horizontales: Principios generales y Herramientas de Análisis», p. 3.

³ J. CONNOR, «Price fixing overcharges: Legal and Economic Evidence», *Staff Paper*, 04-17, Universidad de Purdue (abril 2005, disponible en Internet: <http://papers.ssrn.com>).

multas impuestas por las autoridades de competencia. Así, cabe destacar, por ejemplo, que la Comisión Europea impuso en 2007, por cárteles, sanciones por un total de 3.338 millones de euros, cifra que casi triplica el importe de las que impuso en el periodo 1990-1999 (1.125 millones de euros).

Pues bien, la CNC dispone ya también de este instrumento desde el 28 de febrero de 2008⁴. Con el fin de analizar en detalle esta figura, expon-dremos a continuación cuál es su fundamento y cuáles son los requisitos necesarios para su aplicación en España, tomando siempre muy en consi-deración su funcionamiento en el ámbito comunitario, por ser éste el modelo en el que se ha basado la Ley 15/2007 de Defensa de la Com-petencia (LDC) para incorporarlo en nuestro país.

Finalmente, nos referiremos también al denominado «procedimiento de transacción» (*settlements*), que acaba de ser aprobado por la Comisión Europea con la finalidad de recompensar a las empresas que cooperen en los procedimientos administrativos sobre cárteles con una rebaja de la mul-ta del 10 por 100.

1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS SISTEMAS DE CLEMENCIA

A. DIFICULTADES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA PARA DESCUBRIR CÁRTELES SECRETOS

La propia comunicación de la Comisión Europea de 2006 sobre el pro-grama de clemencia comunitario (la «comunicación de 2006») reconoce que «por su propia naturaleza, los cárteles secretos a menudo resultan difí-ciles de descubrir y de investigar sin la cooperación de las empresas o per-sonas involucradas»⁵. En España, el anterior presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ha manifestado que es, precisamente, la difi-cultad de detectar y de acreditar la existencia de un cártel lo que provocado que sean escasos, en número, los que se han sancionado en nuestro país⁶.

En general, la dificultad se deriva o bien del carácter secreto de los con-tactos entre los partícipes del cártel, o bien en lo difícil que puede resultar apreciar sus efectos en el mercado.

En lo que respecta a su carácter secreto, lo habitual en los cárteles modernos es que se implanten medidas destinadas, precisamente, a ocultar

⁴ Desde la entrada un vigor del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOUE*, núm. C298/17 (8 de diciembre de 2006), párrafo 3.

⁶ G. SOLANA GONZÁLEZ, «Pasado, presente y futuro del modelo español de competencia», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2003*, Marcial Pons, 2004, pp. 46-47.

su actividad y a evitar cualquier rastro físico o electrónico de ella. Por ejemplo, empleando para los contactos teléfonos móviles privados de tarjetas de prepago⁷ o cabinas públicas⁸, utilizando en los documentos códigos y nombres en clave para ocultar su identidad⁹, depositando los documentos en domicilios privados¹⁰ o incluso en las dependencias de una consultoría situada en un país situado fuera de la Unión Europea¹¹. Además, ha de tenerse en cuenta que la existencia del cártel suele ser conocida únicamente por un número limitado de personas de la empresa —siendo varios los casos en los que ni siquiera era conocido por la dirección de la misma.

Por otra parte, aunque los efectos de un cártel no suelen pasar desapercibidos puede, en cambio, ser muy difícil atribuir tales efectos a su existencia. Por ejemplo, precios muy elevados no justificados en costes podrían ser un indicio de un cártel, pero también ser consecuencia de una competencia imperfecta —aunque lícita— fruto de distintos factores como la existencia de derechos de propiedad industrial o intelectual o de otras barreras de entrada. Los oligopolios merecen especial atención en este punto puesto que la teoría económica demuestra que la colusión tácita, es decir, aquélla que se produce sin haber existido un contacto previo entre las empresas, produce el mismo efecto que una colusión fruto de un acuerdo, de tal forma que los economistas ni siquiera suelen distinguir entre colusión tácita y expresa¹². Ciertamente, en un mercado oligopolístico y transparente incluso conductas paralelas, como una subida simultánea de precios, pueden ser el resultado de decisiones unilaterales¹³. Sin embargo, lo paradójico es que muchas veces es en estos mercados en los que el riesgo de cartelización es mayor.

En fin, la labor de detección de un cártel también se dificulta muchas veces por las medidas que los participantes suelen adoptar para ocultar no sólo sus contactos, sino también su puesta en práctica en el mercado. Por ejemplo, pactando que una subida de precios se realice en fechas distintas¹⁴

⁷ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/38.823, *Ascensores y escaleras mecánicas*, párrafo 158.

⁸ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/36.490, *Electrodos de grafito*, párrafos 76 y 80.

⁹ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/F/38.899, *Conmutadores con aislamiento de gas*, párrafo 172.

¹⁰ Decisiones de la Comisión Europea en el asunto COMP.D.2 37.444, *SAS/Maersk Air*, párrafos 7, 89 y 123; y en el asunto COMP/E-1/36.490, *Electrodos de grafito*, párrafo 33.

¹¹ Decisiones de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-2/37.857, *Peróxidos orgánicos*, párrafos 92 y 114; y en asunto IV/C/33.833, *Cartoncillo*, párrafo 33.

¹² M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp. 138-140. En efecto, los métodos económicos para detectar cárteles basándose en datos públicos detectan colusión, sea ésta tácita o expresa. Véanse, H. FRIEDERISZICK y F. MAIER-RIGAUD, «Triggering inspections ex officio: moving beyond a passive EU cartel policy», *Journal of Competition Law and Economics*, núm. 4, 2008, p. 89; y J. HARRINGTON, «Detecting cartels», en P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook in Antitrust Economics*, MIT Press, 2008, p. 213.

¹³ La sentencia del TJCE en el asunto C-89/85, *A. Ahlström c. Comisión Europea*, Rec 1993, p. I-1307, párrafo 126.

¹⁴ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/37.512, *Vitaminas*, párrafos 202-204.

o, en el caso de licitaciones fraudulentas, acordando que algunos de ellos presenten ofertas con precios anormalmente altos para dar la falsa impresión de que existe competencia en la licitación y de que el precio de la oferta ganadora es competitivo¹⁵.

Es por ello por lo que muchos cárteles nunca son descubiertos y se terminan disolviendo por razones «naturales», es decir no relacionadas con su detección por parte de las autoridades de competencia. De hecho, el Director General de Competencia de la Comisión Europea estima que únicamente se llega a descubrir el 10 por 100 de los cárteles existentes¹⁶. Por este motivo, las autoridades de competencia y los legisladores consideran que el método tradicional de elevar el nivel de las multas impuestas no es un instrumento suficientemente eficaz de persecución y que, en cambio, deben concentrarse más en tratar de mejorar el índice de detección y de sanción de cárteles, y en conseguir cambiar la percepción, entre los operadores económicos, sobre los riesgos inherentes a la comisión de esta conducta¹⁷.

B. VENTAJAS E INCONVENIENTES QUE PRESENTAN

Existe una amplia discusión entre economistas y juristas sobre la función de los sistemas de clemencia y sobre sus efectos sobre los cárteles que, sin embargo, excede del objeto de este trabajo¹⁸. No obstante, nos referiremos brevemente a ello por ser indispensable para comprender el papel que juegan estos sistemas dentro de la normativa de defensa de la competencia.

a) Aspectos positivos

Resulta evidente que los sistemas de clemencia constituyen un claro incentivo económico para que los miembros de un cártel lo denuncien ante las autoridades de competencia. Tal incentivo no es otro que la diferencia entre la multa que se le impondría al delator si no hubiera presentado la

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Apelación de Competencia (*Competition Appeals Tribunal*) del Reino Unido del 24 de febrero de 2005 en el asunto *Apex Asphalt c. OFT*, párrafos 34 y 217-218.

¹⁶ P. LOWE, «Introduction to cartels working group plenary session», ponencia de 31 de mayo de 2007 (disponible en Internet: <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>).

¹⁷ M. MOTTA, «On Cartel Deterrence and Fines in the European Union», *European Competition Law Review*, núm. 4, 2008, p. 209; y W. WILS, «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», *World Competition: Law and Economics Review*, núm. 2, 2006, p. 183.

¹⁸ Sobre la discusión doctrinal económica, véase G. SPAGNOLO, «Leniency and Whistleblowers in Antitrust», en P. BUCCIROSSI (dir.), *op. cit.*, p. 259. En español, E. ZOIDO, «El nuevo régimen de clemencia: una visión económica», *La Ley*, núm. 1, 2008, p. 69; y F. JIMÉNEZ LATORRE, «La clemencia en la lucha contra cárteles», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 241, 2006, p. 71. Para un perspectiva jurídico, véase W. WILS, «Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice», *World Competition: Law and Economics Review*, núm. 1, 2007, p. 25; y S. HAMMOND, «Cornerstones of An Effective Leniency Program», Ministerio de Justicia de los Estados Unidos (2004, disponible en Internet: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speeches.htm>).

solicitud de clemencia y la multa que, eventualmente, se le pudiera imponer después de solicitar clemencia.

Ahora bien, los sistemas de clemencia facilitan también la detección de cárteles y la imposición de sanciones a los partícipes. En efecto, a la vista de la dificultad existente para detectar la existencia de un cártel —a la que antes nos hemos referido—, la obtención de pruebas sobre los contactos ilícitos es un factor clave para descubrirlos¹⁹. Los sistemas de clemencia permiten a las autoridades de competencia obtener pruebas que hubieran sido muy difíciles o incluso imposibles de obtener en ausencia de este instrumento. Obviamente, ello aumenta la probabilidad de que los cárteles sean detectados y de que sus miembros sean sancionados, lo cual incrementa, a su vez, el efecto disuasorio de las multas y desincentiva la creación de nuevos cárteles.

Finalmente, cabe destacar que los sistemas de clemencia tienen también por efecto socavar la confianza entre los partícipes del cártel. Antes de la aparición de este instrumento, el riesgo de imposición de importantes multas en el caso de que fuera descubierto era un factor que podía influir, precisamente, en favor de su continuidad. Sin embargo, el sistema de clemencia elimina este factor de seguridad e introduce entre los partícipes el temor de que uno de ellos revele su existencia a cambio de conseguir inmunidad. Por ello, la desconfianza que el sistema de clemencia genera entre los miembros en un cártel produce un efecto desestabilizador y actúa como elemento disuasorio en la aparición de nuevos cárteles. Además, una empresa que haya asumido el papel de «chivato» alguna vez, será considerada como «poco fiable» de futuro por aquellas que intenten formar un nuevo cártel, lo que dificultará también la creación de cárteles en otros mercados en los que ésta opere²⁰.

b) Aspectos negativos

A pesar de lo expuesto, los sistemas de clemencia no son, en modo alguno, un instrumento perfectamente idóneo en la lucha contra los cárteles. Como se explicará a continuación, su eficacia está estrechamente vinculada a la de las demás herramientas de investigación de que disponen las autoridades de competencia. Además, los sistemas de clemencia son poco eficaces contra los cárteles que operan con éxito, puesto que si los beneficios futuros esperados por continuar participando en un cártel son suficientemente altos, es poco probable que sus partícipes tengan incentivos para solicitar inmunidad.

¹⁹ De hecho, la Comisión Europea no ha tramitado ningún cártel en los últimos veinte años basándose exclusivamente en presunciones e indicios económicos, es decir, sin poder presentar pruebas. J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2007, pp. 991-992.

²⁰ Sobre este tema y en general sobre la importancia de la confianza (o desconfianza) entre los miembros de un cártel, véase C. LESLIE, «Trust, Distrust, and Antitrust», *Texas Law Review*, núm. 3, 2004, p. 515.

En este sentido, la experiencia en la Unión Europea demuestra que la mayoría de las solicitudes de clemencia recibidas por la Comisión Europea lo han sido: *i*) o bien cuando el cártel ya había sido detectado por las autoridades de competencia —después de haberse producido una inspección domiciliaria o tras una investigación en los Estados Unidos—; *ii*) o bien cuando el cártel ya se había disuelto o estaba a punto a disolverse. Es decir, en ambos casos, cuando el daño a los consumidores ya se había producido y cuando los beneficios esperados por los partícipes eran escasos. Incluso el Director General de Competencia de la Comisión Europea ha reconocido que la mayoría de los cárteles detectados por la autoridad comunitaria se hubieran disuelto, en todo caso, por otras razones en un periodo máximo de dos años²¹.

Por último, no podemos dejar de señalar también que existe una amplia discusión en la doctrina sobre los posibles efectos perversos de los programas de clemencia. Por ejemplo, se ha señalado que reducir multas a quien dé un «chivatazo» es injusto porque el solicitante ha cometido la misma infracción que los demás; que los partícipes en un cártel pueden aprovecharse del sistema de clemencia como represalia frente a quien les haya intentado engañar en el seno del mismo; que los miembros de un cártel podrían turnarse para solicitar inmunidad o que las empresas falsifican pruebas para obtener clemencia²².

c) *Claves de éxito para su funcionamiento*

Existe un amplio consenso entre las autoridades de la competencia sobre los pilares básicos en los que deben descansar los sistemas de clemencia para que su aplicación sea exitosa²³:

i) Multas elevadas

Se considera que las multas por cárteles tienen que ser elevadas. Si es así, las empresas harán uso de los sistemas de clemencia; en cambio, si el nivel de multas es reducido, el incentivo de acudir a este instrumento será menor. GUTIÉRREZ y ZOIDO lo resumen gráficamente señalando lo siguiente: «el palo (la sanción) debe ser suficientemente fuerte como para que la zanahoria (la oportunidad de evitar la sanción colaborando con las autoridades) resulte más apetecible»²⁴. Además, ha de tenerse en cuenta que el

²¹ P. LOWE, *op. cit.*

²² W. WILS (2007), *op. cit.*, pp. 45-51.

²³ Red Internacional de Competencia (ICN), «Anti-Cartel Enforcement Manual: Cartel Working Group: Subgroup 2: Enforcement Techniques: Chapter 2, Drafting and Implementing an Effective Leniency Program» (abril 2006, disponible en Internet: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>).

²⁴ I. GUTIÉRREZ y E. ZOIDO, «Cárteles: Análisis y Valoración de sus efectos», *Anuario de la Competencia 2003*, Marcial Pons, 2004, p. 273.

beneficio a obtener por la empresa que acuda al procedimiento de clemencia deberá compensar también otros efectos negativos que se derivan del mismo, como son la pérdida de los beneficios adicionales que hubiera comportado continuar participando en el cártel, el riesgo de reclamaciones de daños y perjuicios por parte de los afectados, el riesgo de represalias de los demás partícipes y el impacto negativo que pueda tener sobre la reputación de la empresa en el mercado.

ii) Riesgo de descubrimiento del cártel

Otro factor indispensable para asegurar el éxito de los sistemas de clemencia es que las empresas perciban que existe un riesgo elevado de que el cártel sea descubierto. Porque, si no fuera así, el potencial beneficio que ofrece el sistema de clemencia sería demasiado lejano como para influir en el comportamiento de las empresas. O, dicho en otros términos, la reflexión que se harían las empresas en ese caso sería la siguiente: ¿por qué autoinculparme si creo que nunca seré descubierto? En fin, para que esta percepción de riesgo exista, la autoridad de competencia deberá demostrar que es capaz de detectar cárteles incluso sin acudir al sistema de clemencia, valiéndose de otras herramientas de investigación a su disposición.

iii) Transparencia y predictibilidad

La experiencia demuestra que las empresas únicamente acudirán al sistema de clemencia si tanto el procedimiento como los requisitos exigidos son absolutamente claros y transparentes. Cualquier criterio que aumente la discrecionalidad de la autoridad reduce la eficacia del sistema. Por ello, los sistemas modernos ofrecen la exención automática cuando se cumplan determinados requisitos. También es importante que la autoridad confirme lo antes posible que la solicitud cumple con tales requisitos para obtener inmunidad. Cualquier retraso en este sentido aumenta la sensación de inseguridad de los solicitantes. Por último, no sólo la normativa tiene que ser clara y transparente, sino también su aplicación, si bien las autoridades con mayor experiencia en este ámbito reconocen que también es importante demostrar cierta flexibilidad en la práctica para ganarse la confianza de las empresas y aumentar el número de solicitudes de clemencia.

2. EL SISTEMA DE CLEMENCIA EN LA NUEVA LDC: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS DE EXENCIÓN Y DE REDUCCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CLEMENCIA

El sistema de clemencia previsto en la LDC sólo resulta aplicable a cárteles, y no a otras conductas también prohibidas por la LDC, como el

abuso de posición de dominio, las actuaciones desleales anticompetitivas o las demás infracciones del art. 1 LDC distintas del cártel. El art. 65 LDC, que regula el sistema de exención del pago de la multa, así lo dispone expresamente. El artículo 66 LDC, que se refiere al sistema de reducción del importe de la multa, no lo reitera, pero parece claro que la voluntad del legislador ha sido que todo el sistema de clemencia previsto en la LDC, y también lo dispuesto en el art. 66, se aplique exclusivamente a cárteles²⁵.

Por otra parte, cabe destacar que el art. 65 LDC sólo se refiere a las infracciones del art. 1 LDC, sin contener referencia alguna al art. 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE). A pesar de que no resulte fácil entender por qué no se ha mencionado también el art. 81 CE, no pensamos que esta omisión tenga mucha importancia en la práctica. El art. 3.1 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 obliga a la CNC a aplicar conjuntamente los arts. 81 CE y 1 LDC a las conductas prohibidas por el primero y, además, el art. 24.c) LDC señala expresamente —como no podía ser de otra manera— que la CNC es también plenamente competente para aplicar el art. 81 CE.

a) *Aplicación a los miembros de un cártel*

Como decíamos, el sistema de clemencia de la LDC sólo es aplicable a cárteles, por lo que una solicitud de clemencia en relación con una infracción del art. 1 LDC que no sea un cártel será rechazada. Curiosamente, frente a la LDC anterior, que no contenía una definición de este concepto —como tampoco se contiene en el CE—, la DA 4.ª LDC define un cártel como «todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

Procede, pues, detenerse en analizar los distintos elementos de esta definición.

i) *Acuerdo entre competidores*

La duda más importante que genera la definición expuesta es que sólo se refiere a «acuerdos». ¿Significa ello que sólo es posible solicitar clemencia sobre acuerdos en sentido estricto? Es decir, ¿quedarían fuera de

²⁵ Así se infiere de la DF 2.ª LDC, que autoriza el Gobierno a desarrollar reglamentariamente la Ley en cuanto a, entre otros, «el sistema de clemencia o exención y reducción de multa a las empresas que colaboren en la lucha contra los cárteles». O del art. 50.1 RDC que señala que el procedimiento de reducción del importe de la multa se iniciará a instancia de «la empresa o persona física que haya participado en el cártel».

este ámbito las prácticas concertadas? La respuesta sólo puede ser negativa, porque lo contrario carecería de sentido común.

Pero, además, llama la atención al respecto que la DA 4.^a LDC haya «copiado» literalmente la definición de cártel contenida en el apartado 1 de la comunicación de la Comisión Europea sobre el programa de clemencia de 2002 («comunicación de 2002»)²⁶, cuando ésta ha quedado superada por otra más amplia contenida en la comunicación de 2006, en la que se señala expresamente que cárteles son los «acuerdos o prácticas concertadas»²⁷.

Y es que no hay que olvidar que el concepto de prácticas concertadas juega un papel muy importante en la lucha contra cárteles. En numerosas ocasiones, es difícil probar la existencia de un acuerdo en el sentido del art. 1 LDC y del art. 81 CE al existir únicamente evidencia de los contactos ilícitos entre los competidores, faltando sin embargo pruebas que acrediten los pactos alcanzados como consecuencia de tales contactos. De hecho, en todas las decisiones sobre cárteles de la Comisión Europea de los últimos años se califica el cártel como una infracción constituida por «acuerdos y/o prácticas concertadas», sin determinar qué elementos del mismo constituyen acuerdos y cuáles son en cambio prácticas concertadas.

Tal vez por ello, tanto la comunicación de 2006 como el modelo de programa de clemencia de la Red Europea de Competencia (ECN), señalan que cárteles son acuerdos y/o prácticas concertadas²⁸. También la definición del concepto de cártel de la OCDE incluye tanto a los acuerdos como a las prácticas concertadas²⁹.

Parece lógico, por otra parte, interpretar este concepto de la misma manera en la LDC y en el Derecho comunitario, sobre todo teniendo en cuenta la intención expresa de utilizar el sistema comunitario de clemencia como modelo en el sistema español³⁰.

Además, si las prácticas concertadas fueran excluidas del concepto de cártel, la CNC tendría que analizar previamente si un cártel es fruto de un

²⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOCE*, núm. C45/3 (19 de febrero de 2002).

²⁷ No obstante, entendemos que la mención en esta última a las prácticas concertadas se hizo simplemente como elemento de aclaración de la comunicación anterior y sin que ello comportara por tanto cambio alguno de posición.

²⁸ Comunicación de 2006, párrafo 1; Modelo de programa de clemencia de la Red Europea de Competencia (ECN), párrafo 4. El modelo de programa está disponible en Internet: <http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/documents.html>.

²⁹ OCDE, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998, p. 3.

³⁰ Véase el preámbulo de la LDC, «también se introduce un procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario». En el mismo sentido, el párrafo 138 del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Hacienda (20 de enero de 2005) («Libro Blanco»), «esta propuesta, basada en el grado de madurez del sistema español de defensa de la competencia y en la conveniencia de alinearse con los modelos del ámbito comunitario»; y el párrafo 139, «esta propuesta se concretaría en un modelo inspirado en el de la Comisión Europea».

acuerdo expreso (o no) puesto que, de lo contrario, tendría que rechazar la solicitud de clemencia. La necesidad de realizar tal análisis generaría una incertidumbre que podría socavar la eficacia del sistema de clemencia, sobre todo teniendo en cuenta la dificultad práctica existente para distinguir entre los conceptos de acuerdo y de práctica concertada³¹.

En fin, una interpretación amplia del concepto de acuerdo al que se refiere la DA 4.^a LDC nos llevaría a incluir dentro del mismo no sólo a las prácticas concertadas, sino también a las demás conductas prohibidas por el art. 1 LDC, a saber, las decisiones y recomendaciones colectivas y las prácticas conscientemente paralelas. Sin embargo, los argumentos para incluir estas conductas son menos convincentes.

En lo que respecta a las decisiones y recomendaciones colectivas, ni la comunicación de 2006 ni el modelo de programa de clemencia de la ECN se refieren expresamente a ellas. Entendemos que la razón de ello es que en estos casos hay un único infractor —el ente asociativo autor de la decisión o recomendación—, habiéndose instaurado, sin embargo, los sistemas de clemencia para infracciones cometidas por dos o más empresas. Es más, la aplicación del sistema de clemencia a estas infracciones podría tener incluso el efecto perverso de fomentarlas puesto que, al conocer el único infractor que no existe otro al que se le podría conceder inmunidad de multas, siempre podría tener la seguridad de obtener una exención total. Además, nada impide que tal ente asociativo solicite clemencia si ha participado en un acuerdo o una práctica concertada.

Por otra parte, en lo que se refiere a prácticas conscientemente paralelas, concepto que (afortunadamente) no tiene equivalencia en el art. 81 CE, se trata de una conducta que no cumple con el criterio de secretismo que exige la DA 4.^a LDC, ya que ni son fruto de un pacto ni tampoco el resultado de contactos entre las empresas que pudieran ser secretos³².

Finalmente, la DA 4.^a prevé que el acuerdo en cuestión deberá haber sido suscrito entre dos o más competidores, por lo que será de carácter horizontal. Este requisito se contempla también en la comunicación de 2006 y conlleva la exclusión del sistema de clemencia de los acuerdos verticales. La razón de ello, según el modelo programa de ECN, es que las conductas verticales son normalmente más fáciles de detectar³³. Así, es frecuente que sean denunciadas por el distribuidor que las soporte, cosa que no suele suceder en cambio en los cárteles horizontales —motivo por el cual se han «inventado» los sistemas de clemencia—. Un ejemplo de esta exclusión es

³¹ J. NIKPAY y A. FAULL, *op. cit.*, p. 215.

³² Si hubiera existido un pacto entre las empresas se trataría de un acuerdo, y si hubiera habido contactos, de una práctica concertada. No entramos aquí en el debate doctrinal sobre el concepto de práctica conscientemente paralela en el art. 1 LDC. Véase R. ALLENDE SALAZAR, P. MARTÍNEZ-LAGE y R. VALLINA, «Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (dirs.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, 2007, p. 119.

³³ Modelo de programa de clemencia de ECN, párrafo 14.

la decisión de la Comisión Europea de 2003 en el asunto Nintendo, que analizó la concertación entre Nintendo y siete de sus distribuidores para impedir importaciones paralelas procedentes de países que disponían de precios más bajos hacia países con precios más altos. La Comisión Europea rechazó las solicitudes de clemencia presentadas por varias de las empresas implicadas invocando, precisamente, la limitación del programa de clemencia a los cárteles horizontales³⁴.

ii) Acuerdo secreto

La DA 4.^a LDC señala también que el acuerdo ha de ser «secreto». La razón de ello es que se considera que las infracciones que sean fáciles de detectar deben ser investigadas y, además, sin reducir las sanciones a los infractores.

Coincidimos con DE BRONNET y KLOSE en que este requisito exige que los miembros del cártel hayan adoptado medidas para ocultar su colusión ante terceros, e incluso ante las autoridades de competencia³⁵. Por ello, si las partes en un acuerdo horizontal que infrinja el art. 1 LDC no han intentado mantener su conducta secreta, no constituirá un cártel en el sentido de la DA 4.^a LDC, aunque se trate de una infracción muy grave.

En cambio, el hecho de que el ocultismo haya fracasado —por ejemplo, por haber tenido la CNC conocimiento del cártel—, no debiera impedir que la conducta en cuestión pueda beneficiarse del sistema de clemencia. Entendemos que incluso los arts. 65 y 66 LDC han previsto esta situación, otorgando en este caso un menor grado de inmunidad. Decimos esto porque permiten la posibilidad de conceder inmunidad tras la incoación del expediente o después de la realización de una investigación domiciliaria, y por ello en situaciones en las que la CNC ya haya tenido conocimiento del cártel. De hecho, el art. 66 LDC prevé también, como supuesto de reducción del importe de la multa, aquellas situaciones en las que pudiendo demostrar la CNC la infracción del art. 1 LDC, las pruebas aportadas a través de una solicitud de clemencia aumenten la capacidad probatoria de los hechos de la autoridad.

iii) Objeto del cártel: la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones

Como ya se ha señalado, la DA 4.^a LDC ha «copiado» literalmente la definición del concepto de cártel contenida en el apartado 1 de la

³⁴ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/35.706, *PO Nintendo Distribution*, párrafos 452-452. No obstante, véase el pie de página núm. 60 *infra*.

³⁵ K. G. DE BRONNET, *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht*, Luchterhand, 2005, p. 173; y T. KLOSE, en G. KIRSCH, F. MONTAG y F. J. SÄCKER (dirs.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, 2008, p. 1859.

Comunicación de 2002 sin tener en cuenta las revisiones de tal definición contenidas en la Comunicación de 2006.

En efecto, mientras que en la primera, y en la DA 4.^a, se restringen las conductas que pueden englobarse en este concepto («acuerdos [...] que tengan por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones»), en la segunda (la comunicación de 2006) la definición queda abierta («acuerdos o prácticas concertadas [...] 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 colusiones en las licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores»).

El «error» es tremendo porque aunque cabría tratar de interpretar la DA 4.^a LDC en el sentido de la comunicación de 2006 —que es lo lógico—, al ser la LDC posterior a esta comunicación y haberse recogido, en cambio, de forma expresa la definición contenida en la comunicación de 2002 parece que el legislador ha querido, deliberadamente, restringir el concepto de cártel en la LDC sobre la definición más amplia contenida en la comunicación de 2006. Es decir, que no ha tomado como referencia, conscientemente, lo dispuesto en esta última.

Si ello fuera así, acuerdos que tuvieran por objeto fijar «otras condiciones comerciales» —es decir, no relacionadas con el precio— o adoptar «medidas anticompetitivas contra otros competidores»³⁶ no podrían beneficiarse del sistema de clemencia, lo cual no tiene sentido alguno³⁷.

En cualquier caso, el hecho de haber limitado el concepto de cártel a determinadas prácticas con una finalidad muy específica (en nuestra opinión, erróneamente) refleja probablemente la voluntad de que el sistema de clemencia sólo se aplique a las conductas más lesivas, es decir, a los denominados cárteles de «núcleo duro» (*hard core cartels* o *naked cartels*), que son aquéllos manifiestamente anticompetitivos y que no disponen de beneficios compensatorios³⁸. Por idéntico motivo, la comunicación de 2006 tampoco se aplica a los acuerdos comerciales que operan habitualmente en el tráfico económico aunque contengan cláusulas que infrinjan el art. 81 CE, sino únicamente a aquéllos cuyo objeto principal sea restringir la libre competencia³⁹.

³⁶ No obstante, determinadas medidas anticompetitivas contra otros competidores pueden tener por objeto final la protección de, por ejemplo, un reparto de mercado entre competidores y, por tanto, entrar dentro del ámbito del concepto de cártel que recoge la DA 4.^a LDC.

³⁷ El problema radica en que, aunque en nuestra opinión no lo tenga, cualquier tercero interesado podría oponerse a que se aplique el sistema de clemencia a estas conductas precisamente por el tenor literal de la DA 4.^a

³⁸ Libro Blanco, párrafo 94.

³⁹ B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, «The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2005, p. 11. Comunicación de 2006, párrafo 1.

Ahora bien, ha de advertirse asimismo que existen acuerdos que pueden tener por efecto alguno de los que se mencionan en la DA 4.^a LDC, pero cuya finalidad no sea la de restringir la competencia. Este es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de producción conjunta entre competidores, en los que las partes tienen, obviamente, que acordar entre ellas el reparto de los productos fabricados conjuntamente. Teóricamente, cabría argumentar que un acuerdo de este tipo supone fijar cuotas de producción en el sentido de la DA 4.^a Sin embargo, como señala la Comisión Europea en sus directrices sobre prácticas horizontales, las cuotas de producción en estos acuerdos no tienen por objeto la limitación de competencia en el sentido del art. 81 CE⁴⁰. De igual forma, un acuerdo de compra conjunta puede incluir una cláusula sobre la fijación de los precios de compra; y un acuerdo de licencia, cláusulas sobre el reparto de territorios o sobre restricciones a la exportación. No obstante, todos estos acuerdos no tienen por objeto restringir la competencia, y si infringen el art. 81 CE —o el art. 1 LDC— será normalmente por sus efectos sobre la misma⁴¹.

En cualquier caso, no parece que la DA 4.^a LDC pueda interpretarse de tal forma que quepa extender el ámbito del sistema de clemencia a este tipo de acuerdos al no ser, la restricción de la competencia, su objeto principal. Como decíamos, la intención parece haber sido incluir en ese régimen exclusivamente a los «cárteles de núcleo duro». Y, en idéntico sentido, el modelo de programa de la ECN también se limita a aquellas prácticas que tengan claramente por objeto restringir la competencia⁴².

Además, no hay que olvidar que el acuerdo, para que constituya un cártel, ha de ser secreto. Por lo que un gran número de acuerdos restrictivos horizontales —como, por ejemplo, un contrato de constitución de una empresa en participación, o un acuerdo de constitución de una central de compras o de ventas—, aunque infringieran el art. 1 LDC, no cumplirían con este requisito, por lo que el régimen de clemencia no les sería aplicable.

b) *Aplicación a los representantes legales y a los directivos*

El art. 63.2 LDC permite la imposición de sanciones no sólo a las empresas u operadores económicos que hayan cometido una infracción, sino también a sus representantes legales y a los directivos que hayan intervenido en la comisión de la actuación anticompetitiva.

Pues bien, con la finalidad de que estas personas también tengan un incentivo para denunciar la existencia de cárteles ante la CNC, los arts. 65

⁴⁰ Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, *DOCE*, núm. C3/2 (6 de enero de 2001), párrafo 90.

⁴¹ *Ibid.*, y directrices relativas a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, *DOUE*, C101/2 (27 de abril de 2004), párrafos 14, 86-89, 164 y 170.

⁴² El modelo de programa de clemencia de ECN, párrafo 4.

y 66 LDC prevén que puedan beneficiarse del sistema de clemencia, al igual que las empresas⁴³.

Así, el art. 65.3 LDC establece que la inmunidad de multas concedida a una empresa beneficiará también a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (siempre y cuando hayan colaborado con la CNC). Y el art. 66.4 LDC contempla también que si la clemencia consistiera en la reducción de la sanción, la multa impuesta a los directivos sería reducida en el mismo porcentaje. Sin embargo, no se ha previsto, a contrario, que la concesión de clemencia a una persona física pueda beneficiar también a la empresa que represente.

Es importante tener presente que en el caso de que la solicitud fuera presentada en primer lugar por un directivo, es muy probable que su empresa, aunque la presentara inmediatamente después, no pudiera beneficiarse de una inmunidad total —sino tan sólo de una reducción del importe de la multa—, por no haber sido la primera empresa o persona física en aportar elementos de prueba.

La solicitud de clemencia a título personal implica, pues, no sólo revelar que la empresa a la que pertenezca el directivo haya participado en un cártel —y por ello exponerla a un riesgo de multas (u otras sanciones) muy importante—, sino que puede tener un impacto importante en el nivel de reducción de la multa que ésta pueda obtener si decidiera también solicitar inmunidad.

Ciertamente, el beneficio de solicitar clemencia personal es el de evitar una multa que podría ascender a un máximo de 60.000 euros. Sin embargo, es probable que, dado el caso, fueran las empresas las que asumieran el pago de la multa (suponiendo que no contaran con un seguro que cubra precisamente este riesgo). Además, al menos a día de hoy, parece que el riesgo de que se imponga tal sanción es limitado, a la vista del reducido número de resoluciones en los que la CNC ha impuesto multas a los directivos o a los representantes legales.

Otro factor que probablemente se tomará en consideración por el potencial solicitante es el efecto que ello pudiera tener sobre su carrera profesional, puesto que es previsible que tal actuación se considere un acto de deslealtad o un quebrantamiento de su deber de confidencialidad, y por ello que se le cese o incluso que se le despida⁴⁴. Además, podría no resultarle fácil encontrar otro trabajo.

⁴³ La referencia a las personas físicas contenida en los arts. 65 y 66 LDC ha de entenderse a personas físicas asalariadas, por no ser tratarse de operadores económicos y por tanto de empresas en el sentido de la DA 4.ª LDC.

⁴⁴ En este sentido, la normativa de contratos de alta dirección permite la extinción del contrato por voluntad del empresario sin necesidad de alegar causa que lo justifique (*vid.*, el art. 11 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección). Ciertamente, el Derecho laboral ofrece protección contra las represalias adoptadas contra un empleado que haya denunciado hechos ilícitos cometidos por su empresa ante las autoridades correspondientes pero, en la práctica, el impacto que ello puede tener en la vida laboral es prácticamente irreparable.

Todo ello nos lleva a pensar que las solicitudes de clemencia personales serán probablemente muy infrecuentes⁴⁵ y que los directivos que tendrán mayores incentivos serán los que hayan sido despedidos por su empresa, como acción de represalia. Aunque éstos podrían plantearse también la opción de presentar una denuncia, incluso anónima —con las ventajas que ello conlleva, entre las que destaca la de evitar ser identificado como el «chivato» en la decisión final de la CNC sobre el cártel, lo cual no es baladí—⁴⁶.

c) *Sobre la posible aplicación del Código Penal*

Otro problema al que puede tener que enfrentarse una persona física que haya participado en un cártel es el riesgo de sanciones penales. La cuestión que se ha discutido ampliamente en la doctrina es si la clemencia administrativa debería garantizar también inmunidad penal.

Desde el punto de vista de la eficacia del sistema de clemencia como instrumento de detección de cárteles, no cabe duda de que un sistema que proteja a los solicitantes del riesgo de imposición de sanciones penales es más eficaz que un sistema que no incluya tal protección. Porque, además, el riesgo de penas de prisión para los administradores tiene un efecto directo en la decisión de la empresa de solicitar clemencia⁴⁷.

En cualquier caso, el mero hecho de ser imputado por un delito puede acarrear graves consecuencias en la esfera privada de una persona, incluso aunque finalmente sea absuelta. Ésta es la razón fundamental por la que los sistemas de clemencia en los Estados Unidos y en el Reino Unido prevén que la inmunidad administrativa conlleva también inmunidad penal para sus directivos y empleados.

Ahora bien, el sistema de clemencia en España no contempla tal extensión. De hecho, el Libro Blanco así lo dice expresamente⁴⁸. Por tanto, el sis-

⁴⁵ HAMMOND señala que el beneficio que se deriva del hecho de extender el sistema de inmunidad a los directivos en los Estados Unidos no radica en el número de solicitudes individuales que pueden recibir las autoridades sino en el número de solicitudes que provoca por parte de las empresas. Porque la empresa que teme que sus directivos puedan solicitar clemencia está más predispuesta a solicitarla ella misma para evitar tal riesgo. S. HAMMOND, *op. cit.*

⁴⁶ Entendemos que no es posible evitar que se mencione en la resolución final que se le ha concedido clemencia a un directivo de una empresa implicada en un cártel puesto que el art. 38 RDC y los arts. 54 y 138.1 LRJ-PAC obligan al Consejo de la CNC, entre otras cosas, a explicar en sus resoluciones los fundamentos jurídicos de la decisión, incluyendo la razón para decidir no imponer o reducir el importe de la multa. Es decir, la confidencialidad prevista en el art. 51.1 RDC termina en este momento. Véase la comunicación de 2006, párrafo 39.

⁴⁷ S. HAMMOND, *op. cit.*; y P. LOWE, en B. HAWK (dir.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2006*, Juris Publishing, 2007, pp. 100-101. Por ejemplo, el Gobierno sueco decidió no proponer la penalización de las infracciones del Derecho de la competencia por la dificultad de proteger el imputado que colabore con la investigación contra sanciones penales. Se estimó que la criminalización sin conceder tal protección a los solicitantes de clemencia hubiera tenido un efecto neto negativo sobre las posibilidades de detectar e investigar cárteles. C. NORGRÉN, en B. HAWK (dir.), *op. cit.*, pp. 54-55.

⁴⁸ Libro Blanco, párrafo 138.

tema de clemencia previsto en la LDC sólo protege al solicitante —y es su caso a los directivos y representantes legales— contra las multas administrativas, pero no se extiende ni al ámbito civil, ni al ámbito penal. Ciertamente, el Libro Blanco no explica el motivo por el que se ha descartado expresamente la posibilidad de extender la clemencia administrativa al ámbito penal, pero entendemos que no puede ser otro que el hecho de que el cártel o el acuerdo anticompetitivo no esté tipificado como delito —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho británico y estadounidense en los que sí lo está.

En nuestro país, la discusión sobre la relación entre la LDC y el Código Penal (CP) ha girado siempre en torno a la posible aplicación a los cárteles del art. 262 CP —sobre la alteración de precios en concursos y subastas públicas—, del art. 281 CP —sobre la retirada del mercado de materias primas o de productos de primera necesidad— o del art. 284 CP —sobre la alteración de precios—. No es difícil imaginar circunstancias en las que los hechos constitutivos de una infracción del art. 1 LDC pudieran reunir también los requisitos de estos preceptos; además, la doctrina ha señalado que estos arts. del CP sirven para tutelar bienes jurídicos muy parecidos a los protegidos por la LDC⁴⁹.

Pero lo cierto es que, a día de hoy, en España el cártel no está tipificado como un delito y sólo se podría tratar de buscar un ámbito penal a través de los preceptos señalados, lo que explica que no se haya previsto la extensión al ámbito penal del sistema de clemencia administrativa.

B. EL SISTEMA DE EXENCIÓN TOTAL DE LA MULTA

La posibilidad de eximir a una empresa o a una persona física del pago de una multa en virtud de lo dispuesto en el art. 65 LDC exige que sea la primera en aportar pruebas que permitan a la CNC ordenar una investigación domiciliaria o acreditar la existencia de una infracción del art. 1 LDC. Y se destaca que sólo es posible conceder la exención total de la multa a una sola empresa o persona física, lo cual generará el llamado «efecto carrera» de tratar de ser el primero en proporcionar pruebas e información sobre el cártel a la CNC.

a) *Permitir ordenar una inspección domiciliaria*

El art. 65.1.a) LDC establece que la CNC eximirá a una empresa o persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle siempre que:

⁴⁹ C. SUÁREZ GONZÁLEZ, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pp. 742, 810 y 818. Los arts. 262, 281 y 284 CP permiten la imposición de penas de prisión y multas y, en caso del art. 262 CP, la inhabilitación para contratar con las Administraciones Públicas. Además, el art. 31 CP prevé que un administrador puede ser responsable de los actos realizados en representación de una persona jurídica.

i) sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan ordenar una inspección domiciliaria en relación con un cártel; *ii)* la CNC todavía no disponga de elementos suficientes para ordenar la inspección⁵⁰.

Para obtener la inmunidad, la calidad de los elementos de prueba que el solicitante deberá aportar no tiene que ser muy alta. Proporcionar información sobre la identidad de los participantes en el presunto cártel, sobre su objeto y sobre los productos y territorios afectados debiera ser suficiente a estos efectos, según se infiere indirectamente del art. 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 281/2008 (RDC).

El último momento deberá ser siempre anterior al pliego de concreción de hechos, según se desprende del art. 47.2 RDC. Sin embargo, normalmente no será posible obtener la inmunidad absoluta prevista en el art. 65.1.a) LDC después de la realización de una inspección domiciliaria, puesto que lo previsible será que la CNC haya dispuesto ya de pruebas suficientes para llevarla a cabo.

b) *Permitir comprobar una infracción*

El art. 65.1.b) LDC prevé, a su vez, que la CNC eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle siempre que: *i)* sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan comprobar una infracción del art. 1 LDC; *ii)* la CNC no disponga aún de elementos de prueba suficientes para ello.

La calidad de las pruebas que el solicitante ha de proporcionar para obtener la inmunidad prevista en el art. 65.1.b) LDC es aquí mucho mayor dado que, para demostrar tal infracción, será necesario tener acceso a pruebas documentales sobre los acuerdos y contactos entre los miembros del cártel. Los apartados 5.3 y 5.4 de las Indicaciones Provisionales de la CNC sobre la tramitación de solicitudes de clemencia (las «Indicaciones Provisionales») contienen varios ejemplos del tipo de pruebas que el solicitante deberá aportar⁵¹. Una solicitud de clemencia que no venga avalada con pruebas documentales incriminatorias y recientes de los hechos que se pretenden demostrar (las llamadas *smoking guns*) pocas veces cumplirá con el requisito en el art. 65.1.b) LDC.

⁵⁰ La comunicación de 2006 es más exigente que el art. 65.1.b) LCD, al requerir que la información aportada permita a la autoridad realizar una inspección «oportunamente orientada» sobre el presunto cártel. Ello implica que el solicitante deberá informar a la autoridad sobre qué documentos debe buscar durante la inspección domiciliaria y dónde se encuentran. S. SUURNÄKKI y M. L. TIerno CENTELLA, «Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2007, p. 8.

⁵¹ Las indicaciones se han publicado en la página web de la CNC, pero carecen de valor normativo. Por ello, no deben imponerse obligaciones a los solicitantes que no estén al menos implícitas en la LDC o la RDC.

No obstante, siempre será necesario evaluar el valor probatorio de las pruebas en su conjunto, y a la luz de la naturaleza y de la complejidad del cártel. Por ejemplo, será más difícil acreditar la existencia de un cártel cuyo ámbito de actividad y cuyos partícipes hayan ido cambiando que una colusión entre dos licitadores en un contrato público. Entendemos que el art. 65.1.b) LDC [de la misma forma que el apartado 1.a) del mismo artículo], al prever que las pruebas aportadas deberán ser suficientes «a juicio» de la CNC, simplemente reconoce que la valoración de las pruebas no es una ciencia exacta y que la autoridad dispone de un cierto margen de discrecionalidad en su análisis⁵².

En fin, a la vista de la calidad de las pruebas exigidas, puede resultar difícil o incluso imposible para algunas empresas —y para muchas personas físicas— cumplir con los requisitos del art. 65.1.b) LDC. De hecho, si los miembros del cártel han sido muy cautelosos, tal vez ni siquiera existan pruebas incriminatorias⁵³.

Cabe destacar, finalmente, que lo habitual será que quien solicite clemencia en virtud del art. 65.1.b) LDC lo haga inmediatamente después de haber tenido una inspección domiciliaria. Si la solicitud se ha presentado con anterioridad, normalmente cumplirá con los requisitos del apartado 1.a) del art. 65 LDC. Sin embargo, si se presenta después, hay que tener en cuenta que la inspección se puede haber practicado en más de una empresa y que es probable que varias de ellas soliciten clemencia, en cuyo caso el periodo para poder obtener inmunidad total será muy corto, puesto que únicamente el primer solicitante podrá conseguirla. Por otra parte, si la inspección ha sido exitosa, la CNC no precisará obtener más pruebas para acreditar la existencia de una infracción, en cuyo caso nadie podrá obtener la inmunidad absoluta de multas prevista en el art. 65 LDC.

C. EL SISTEMA DE REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

Las empresas o personas físicas que no reúnan los requisitos para obtener la exención total de la multa prevista en el art. 65 LDC pueden obtener, no obstante, una reducción de hasta el 50 por 100 del importe de la multa que hubiera debido corresponderles si aportan pruebas que dispongan de valor añadido significativo con respecto a las que ya obren en poder de la autoridad. A ello se refiere el art. 66.1 LDC.

Las razones para no haber conseguido obtener una inmunidad total podrían ser, o bien que ya se hubiera concedido a una empresa o persona

⁵² Obviamente, discrecionalidad no implica arbitrariedad, estando la CNC obligada a motivar su decisión de conceder o no la inmunidad de multas a un solicitante. Véase el pie de página núm. 46 *supra* y las SSTs de 5 de diciembre de 1990 y de 29 de septiembre de 1988.

⁵³ Sin embargo, algunos autores destacan que la alta calidad de pruebas exigidas para obtener inmunidad de multas supone un incentivo para almacenar pruebas incriminatorias sobre el cártel con el fin de mantener abierta la posibilidad de solicitar clemencia. E. ZOIDO, *op. cit.*, pp. 73-74.

física, o bien que los elementos de prueba aportados en la solicitud no cumplieran con los criterios del art. 65 LDC. Además, en ningún caso cabría conceder una exención total de la multa, sino únicamente una reducción de su importe, en los casos en los que el solicitante hubiera adoptado medidas tendentes a obligar a otras empresas a participar en el cártel [vid., el art. 65.2.d) LDC]⁵⁴.

El concepto de pruebas que aporten valor añadido se recoge en el art. 49.2 RDC, que dispone que «se entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de Competencia de probar los hechos de que se trate». Según la comunicación de 2006, se concederá más valor a las pruebas escritas contemporáneas e inculpativas. Asimismo, se atribuirá mayor valor a las pruebas que no necesitan confirmación de otras fuentes⁵⁵.

Si de las pruebas aportadas por el solicitante se derivan hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa, el art. 66.3 LDC prevé que ello será tenido en cuenta por la CNC al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física. Aunque la redacción es poco afortunada, lo que se quiere decir es que *no* se tomarán en cuenta estos hechos adicionales para aumentar la multa⁵⁶. Y es que no hay que olvidar que la finalidad de la «exención parcial» en el art. 66.3 LDC es incentivar a los solicitantes a que aporten a la CNC toda la información de que dispongan sobre el cártel, y no sólo las pruebas necesarias para cumplir con el requisito de «valor añadido significativo» del art. 66.1 LDC⁵⁷.

Existen tres niveles de reducción del importe de la multa que dependen exclusivamente del orden de la recepción de la solicitud de reducción de la multa:

- El primer solicitante podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por 100.
- El segundo de una reducción de entre el 20 y el 30 por 100.
- Y los sucesivos solicitantes de una reducción máxima de hasta el 20 por 100.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que, una vez que se haya presentado una solicitud de reducción de multa, a los demás miembros del

⁵⁴ Sin embargo, cabe resaltar que las condiciones previstas en los apartados 2.a), 2.b) y 2.c) del art. 65.2 LDC son también de aplicación a las solicitudes de reducción del importe de la multa [véase el art. 66.1.b) LDC]. Por tanto, un solicitante de exención que no cumpla con tales condiciones tampoco podrá obtener la reducción de la multa en virtud del art. 66 LDC. Véase, decisión de la Comisión Europea, de 20 de octubre de 2005 en el asunto COMP/C.38.281/B.2, *Tabaco crudo Italia*, párrafos 461-471.

⁵⁵ Comunicación de 2006, párrafo 25.

⁵⁶ Comunicación de 2006, párrafo 26; y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en J. MASSAGUER, J. FOLGUERA, J. M. SALA ARQUER y A. GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2008, p. 706.

⁵⁷ S. SUURNÄKKI y M. L. TIerno CENTELLA, *op. cit.*, p. 12.

cártel les será cada vez más difícil aportar pruebas que comporten un valor añadido significativo, puesto que las pruebas a disposición de la CNC mejorarán con cada solicitud de reducción. Por ejemplo, si la CNC estimara que dispone de pruebas suficientes después de la primera solicitud de reducción, podría ser imposible obtener una reducción del segundo o del tercer nivel.

Cabe destacar, por último, que el art. 66 LDC no prevé ningún método para fijar el porcentaje exacto de la reducción del importe de la multa dentro de los umbrales previstos en cada nivel. En ausencia de tal clarificación en la Ley o en la RDC, parece razonable utilizar el sistema establecido en el párrafo 26 de la comunicación de 2006, es decir, tomar en consideración tanto la fecha en la que fueron comunicados los elementos de prueba como el grado de valor añadido que comporten.

D. ATENUANTE POR COOPERACIÓN CON LA CNC FUERA DEL SISTEMA DE CLEMENCIA

Aunque no forme parte del sistema de clemencia, resulta conveniente mencionar también la posibilidad de obtener una reducción del importe de la multa simplemente por cooperar de forma «activa y efectiva» con la CNC durante la tramitación del procedimiento sancionador, y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 64.3.d) LDC.

Ahora bien, nótese que este precepto sólo es de aplicación «fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley».

¿Qué quiere ello decir? Si analizamos la disposición comunitaria equivalente sobre atenuantes por colaboración con la autoridad de competencia contenida en las directrices comunitarias para el cálculo de las multas, ello significaría que la aplicación de este atenuante sería posible en todos los supuestos, excepto en los casos de cárteles, puesto que a ellos es de aplicación el sistema de clemencia comunitario⁵⁸. Es decir, un miembro de un cártel que no cumpla con los requisitos necesarios para obtener una exención o una reducción de la multa pero que haya cooperado de manera activa y efectiva con la Comisión Europea normalmente no recibiría, en el ámbito comunitario, una reducción de la multa por tal cooperación. Ello sólo sería posible en casos especiales⁵⁹.

Es muy probable que el art. 64.3.d) LDC se interprete de la misma manera, si bien nada impediría que se trate de incluir también los supues-

⁵⁸ Sentencia del TPI en el asunto T?15/02, *BASF AG c. Comisión Europea*, Rec. 2006, p. II-497, apartados 585-586.

⁵⁹ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/C.38.281/B.2, *Tabaco crudo Italia*, párrafos 385-398. Al no cumplir con las obligaciones del sistema de clemencia, se le privó del mismo, si bien la empresa pudo beneficiarse de una reducción del 50 por 100 de la multa que hubiera debido corresponderle por apreciarse, como atenuante, su cooperación con la Comisión Europea.

tos de cárteles cuando no se hayan podido beneficiar de un sistema de clemencia por no reunir los requisitos necesarios para ello (por ejemplo, por no disponer las pruebas que cabría aportar de ningún valor añadido para la autoridad de competencia).

En cualquier caso, no es descartable que la CNC, en línea con la Comisión Europea, conceda reducciones significativas del importe de la multa con arreglo al art. 64.3.d) LCD a las empresas (o directivos) que aporten pruebas incriminatorias y colaboren con la Dirección de Investigación de forma similar a la de un solicitante de clemencia —siempre que no se limiten a cumplir con sus obligaciones legales derivadas del art. 39 LDC—⁶⁰.

3. TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE CLEMENCIA EN LA LDC

A. REQUISITOS FORMALES

Para obtener la exención o reducción del pago de la multa prevista en los arts. 65 o 66 LDC es preceptivo presentar una solicitud formal de clemencia. Los arts. 46.1 y 50.1 RDC señalan que estos procedimientos deberán iniciarse a instancia de la empresa o de la persona física que presente tal solicitud. La Dirección de Investigación no está facultada para incoar el procedimiento de oficio⁶¹.

El art. 46.3 RDC contiene los requisitos formales que las solicitudes de clemencia deberán cumplir. Son los mismos para los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa (el art. 50.1 RDC se remite al art. 46.3 RDC) y se aplican tanto a las solicitudes formuladas por empresas como a las que realicen las personas físicas. Las Indicaciones Provisionales detallan en el apartado 36 la información que se deberá aportar junto con la solicitud. Básicamente, el solicitante deberá proporcionar:

- Un escrito firmado dirigido a la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de la CNC (o a la autoridad autonómica que corresponda) solicitando la exención y/o reducción del pago del importe de la multa.
- La información prevista en los apartados 3.a), 3.b), 3.c) y 3.e) del art. 46 RDC, a saber, datos sobre el solicitante y sobre los demás

⁶⁰ Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/35.706, *PO Nintendo Distribution*. Este caso versó sobre una práctica vertical, ajena por ello al ámbito de aplicación del programa de clemencia comunitario. No obstante, a uno de los distribuidores de Nintendo se le redujo la multa un 40 por 100 y a Nintendo un 25 por 100, en ambos casos debido a su colaboración con la Comisión Europea y a la aportación voluntaria de pruebas importantes sobre la infracción.

⁶¹ No obstante, nada impide a la Dirección de Investigación recomendar a una empresa o a un directivo que haya aportado pruebas importantes sobre un cártel, sin presentar una solicitud formal de clemencia, a que la presente cuanto antes para poder beneficiarse de los arts. 65 y 66 LDC.

miembros del cártel (tanto empresas como personas físicas); una descripción detallada del mismo especificando sus objetivos, actividades, funcionamiento, productos, servicios y territorio afectados, su duración estimada y la naturaleza del cártel; y la relación de solicitudes de clemencia presentadas a otras autoridades de competencia, en su caso. Tal información se denomina en la práctica comunitaria la «declaración de la empresa» (*corporate statement*).

- Otros elementos de prueba de que disponga sobre el cártel, en particular pruebas que pueden acreditar su existencia [apartado 3.d) del art. 46 RDC].

El requisito más oneroso para el solicitante de clemencia es, obviamente, la obligación de aportar estas pruebas. Deberá, en principio, aportar todas las pruebas sobre el cártel que obren en su poder en el momento de presentar la solicitud. En la práctica, para asegurar el cumplimiento de esta obligación, resulta conveniente realizar una investigación interna en la empresa antes de presentar la solicitud de clemencia. El deber de cooperación del solicitante conlleva que se realice con seriedad y buena fe. No obstante, la comunicación de 2006 señala que las investigaciones internas no deben tener un grado de exhaustividad tal que puedan provocar que trascienda la intención de solicitar clemencia a terceros⁶². Entendemos que ello está implícito también en el art. 52.e) RDC. Pero, al mismo tiempo, debe advertirse que del art. 52.a) LDC se infiere también la obligación de facilitar a la CNC, sin ninguna dilación, toda la información sobre el cártel que no conociera en el momento de la solicitud.

B. PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD

La solicitud de clemencia debiera presentarse siempre en el registro de la autoridad de competencia, central o autonómica, a la que se dirija la petición. Ciertamente, se puede presentar también en cualquier otro registro de la Administración, pero el art. 46.4 RDC prevé que el orden de recepción vendrá determinado por su entrada en el registro del órgano de competencia. El art. 46.4 también establece que el solicitante tiene derecho a solicitar un recibo en el que figure la fecha y hora de entrada en el registro de la autoridad de competencia.

Las Indicaciones Provisionales contienen más detalles sobre la presentación de la solicitud. Recomiendan que se presenten en sobre cerrado dirigido, en el caso de la CNC, a la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación para garantizar su confidencialidad. También se recomienda que se presente original y copia. Tras haber abierto la solicitud y cotejado ambos, la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de

⁶² Comunicación de 2006, párrafo 9, S. SUURNÄKKI y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 8.

Investigación entregará al solicitante una copia íntegra de su solicitud y el recibo de la Unidad, si así lo ha solicitado.

Sin embargo, cabe recordar que las Indicaciones Provisionales no tienen valor normativo. Por ello, entendemos que la CNC no podrá rechazar una solicitud de clemencia que se presente de forma distinta mientras cumpla con los requisitos previstos en la LDC, la RDC y la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y las normas que la desarrollan⁶³.

En fin, la Unidad de Cárteles y Clemencia de la CNC ha habilitado dos números de teléfono específicos para el programa de clemencia a los que se pueden dirigir los solicitantes para obtener ayuda sobre la presentación de una solicitud de clemencia. En la práctica comunitaria es habitual que el solicitante, o sus abogados, contacten con la Unidad de Cárteles de la Comisión Europea antes de la presentación formal de la solicitud.

En cuanto al momento de presentar las solicitudes de clemencia, el art. 47.2 RDC establece que las de exención no pueden presentarse después de la fecha de la notificación del pliego de concreción de hechos; en cambio, las solicitudes de reducción del importe de la multa sí pueden presentarse después, aunque en este caso sólo podrán ser aceptadas por la Dirección de Investigación en determinadas circunstancias (art. 50.3 RDC). Convendría tener en cuenta, no obstante, que lo más probable es que no se admitan tras el pliego de cargos, puesto que la Dirección de Investigación tenderá a considerar que en ese momento ya dispone de la información y de las pruebas necesarias para poder formular su propuesta de resolución ante el Consejo de la CNC.

C. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD

a) *Solicitudes de exención*

La Dirección de Investigación examinará las solicitudes de exención, siguiendo su orden de recepción, para comprobar si cumplen las condiciones previstas en el art. 65.1 LDC. Al primer solicitante que cumpla estos criterios se le concederá clemencia condicional (art. 47.1 RDC). Ello significa que deberá seguir cumpliendo con su deber de cooperación durante todo el procedimiento para que la exención condicional se convierta en definitiva en la resolución que dicte el Consejo de la CNC que ponga fin al procedimiento.

Si la solicitud no cumpliera con los criterios de exención, o si se hubiera presentado fuera de plazo, el art. 47.2 RDC prevé que la Dirección de

⁶³ Véase el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.

Investigación la rechazará, notificándoselo al solicitante. Al recibir la notificación de rechazo, el solicitante podrá elegir entre desistir de su solicitud de clemencia y retirar la información y las pruebas presentadas, o pedir que se examine como una solicitud de reducción de importe de la multa⁶⁴. Lo que parece más recomendable será que se solicite a título principal la exención total y, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa. Además, aunque se presente tardíamente, no hay que olvidar que los posibles solicitantes anteriores podrían no haber presentado pruebas suficientes o incumplir con su deber de cooperación —por lo que el solicitante tardío aún podría obtener una exención.

Ahora bien, en el supuesto de que el solicitante decidiera retirar su solicitud y sus pruebas, el art. 47.2 RDC deja claro que ello no impedirá a la CNC hacer uso de sus poderes de investigación para obtener las pruebas de nuevo.

Por otra parte, si el motivo del rechazo de la solicitud fuera que la infracción no constituye un cártel en el sentido de la DA 4.^a LDC, no sería posible reconvertir la solicitud de exención en una solicitud de reducción del importe de la multa, por razones obvias.

El RDC no establece un plazo máximo para la resolución del procedimiento de exención. Sin embargo, la decisión de conceder (o no) la exención condicional deberá tomarse cuanto antes. La rapidez favorece la predictibilidad y la eficacia del sistema⁶⁵. No obstante, no parece que resulte aplicable el plazo de tres meses previsto en el art. 42.2.b) LRJ-PAC a la vista de la obligación de la CNC, contenida en el art. 47.3 RDC, de concluir el examen de cada solicitud de exención antes de examinar las siguientes. Si la CNC recibiera varias solicitudes de exención en poco tiempo sobre el mismo cártel, podría ser difícil —si no imposible— para la autoridad examinar todas ellas en el plazo de tres meses⁶⁶.

En el caso de que la Dirección de Investigación estimara que las circunstancias no justifican la incoación de un expediente sancionador, se debiera informar de ello al solicitante, en línea con lo previsto en el sistema comunitario, a través de una carta (*no-action letter*)⁶⁷. Tal carta no implica un rechazo de la solicitud y no impide la incoación de un expediente en el futuro en relación con el supuesto cártel. Ahora bien, en ese caso, el solicitante no debería perder su puesto en el orden de recepción de solicitudes. Además, entendemos que estas cartas no interrumpirían el plazo de prescripción de las sanciones previsto en el art. 68.2 LDC.

⁶⁴ Entendemos que el art. 90.1 LRJ-PAC admite el desistimiento de una solicitud de clemencia en cualquier momento del procedimiento.

⁶⁵ En la práctica comunitaria, el tiempo entre la recepción de la solicitud y la concesión de exención condicional no suele ser superior a un par de semanas. B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁶ El Tribunal Supremo ha sido reacio a aplicar determinados plazos muy breves previstos en el Derecho administrativo común al procedimiento en materia de defensa de la competencia por entender que se trata de un ámbito muy específico. Véase STS de 31 de marzo de 2004.

⁶⁷ B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, *op. cit.*, p. 12.

La decisión final sobre la concesión de inmunidad corresponde al Consejo de la CNC, que se pronunciará sobre la propuesta de la Dirección de Investigación en la Resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

Del art. 47.4 RDC se infiere que el Consejo, más que examinar de nuevo si se han cumplido los requisitos sustanciales para obtener la exención —contenidos en los arts. 65.1.a) o 65.1.b) LDC—, se debiera limitar a analizar si el solicitante ha cumplido con las obligaciones que se derivan del art. 65.2 LDC. Sin embargo, debiera existir un cierto automatismo por parte del Consejo en aceptar, salvo que haya existido un error manifiesto, la propuesta de la Dirección de Investigación, y ello en beneficio de la previsibilidad y de la eficacia del sistema.

El sistema de clemencia de la LDC ha previsto también la figura denominada «indicador de puesto» o «reserva de puesto» (*markers*). La finalidad de ello, que se contempla también en la comunicación de 2006, es permitir que el solicitante proteja su posición en el orden de registro de las solicitudes mientras recaba los elementos de prueba que deberá aportar para que se acepte la exención.

El art. 46.5 RDC prevé, en ese sentido, que cabe presentar la solicitud de exención y solicitar al mismo tiempo que se confiera al solicitante un plazo para la presentación de los elementos probatorios del cártel. Obviamente, se deberá aportar toda la información requerida —la prevista en los apartados 3.a), 3.b), 3.c) y 3.e) del art. 46 RDC— excepto los elementos de prueba. Si se presentan las pruebas dentro de este plazo, se entenderá que la fecha de la solicitud de exención será la de la solicitud inicial⁶⁸.

En cualquier caso, hay de tener en cuenta que el art. 46.5 RDC establece que la Dirección de Investigación podrá conceder tal plazo «previa petición motivada del solicitante», por lo que también podrá denegarla. Por ejemplo, podría no conceder tal plazo adicional si el solicitante no pudiera justificar los motivos por los que ya no dispone de las pruebas o por los que considere que resulta improbable que pueda encontrarlas.

b) *Solicitudes de reducción*

En lo que se refiere a las solicitudes de reducción de la multa, se tramitan de forma muy similar a las de exención, es decir, siempre respetando el orden de recepción en el Registro de la CNC. Es importante tener en cuenta que únicamente el primer solicitante —empresa o persona física— que facilite pruebas de valor añadido significativo podrá beneficiarse del nivel

⁶⁸ En la práctica comunitaria, el plazo concedido al solicitante para completar su solicitud con las pruebas pendientes no suele superar unos días o, como máximo, unas semanas. J. FAULL y A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 817.

de reducción más alto del importe de la multa (30-50 por 100). Y tan sólo el segundo podrá obtener una reducción de entre 20-30 por 100. Los demás podrán obtener una reducción máxima del 20 por 100.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de exención, no está previsto que la Dirección de Investigación pueda conceder clemencia condicional. Por tanto, una vez presentada, informará al solicitante, a más tardar en el momento de notificar el pliego de concreción de hechos, sobre la propuesta que presentará al Consejo aceptando o rechazando la solicitud de reducción (el art. 50.5 RDC).

Ello implica que un solicitante de reducción del importe de la multa podrá seguir aportando pruebas hasta, al menos, la fecha en la que se le notifique el pliego de concreción de hechos. Ahora bien, si su primera aportación de pruebas no fue suficiente para aportar un valor añadido significativo, correrá el riesgo de que otro solicitante se le adelante para obtener el mejor nivel de reducción de la multa. Por otra parte, entendemos que nada impide que cuando un solicitante se haya asegurado un determinado nivel de reducción del importe de la multa (30-50 por 100, 20-30 por 100 o $> 0-20$ por 100), pueda seguir aportando pruebas para aumentar el porcentaje de la reducción, si bien únicamente dentro del intervalo que le corresponda⁶⁹.

En fin, el art. 50.7 RDC señala que el Consejo fijará el porcentaje de reducción aplicable a cada empresa o persona física en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador. Aunque el texto del art. no lo señala expresamente, es muy probable que éste compruebe también que los solicitantes han cumplido con las obligaciones previstas en el art. 66.1.b) LDC, si bien entendemos que en ningún caso debiera tratarse de un segundo análisis, sino más bien de una comprobación meramente formal.

c) *Solicitudes especiales*

La LDC prevé también la posibilidad de que se puedan presentar peticiones verbales y solicitudes abreviadas. Ambos tipos de solicitudes tienen sus equivalentes en la comunicación de 2006. Sin embargo, lamentablemente, no se ha previsto la posibilidad de presentar «solicitudes hipotéticas», es decir, solicitudes que permitan a una empresa contactar con la autoridad de competencia para informarse, sin revelar su identidad, de si es posible obtener clemencia en relación con un cártel de un determinado mercado explicando de forma general las pruebas de que dispone. Ello sí se prevé, en cambio, en la comunicación de 2006 [párrafo 15.b)].

Se ha estimado, por algunos, que este sistema puede dar lugar a abusos, ya que aunque la autoridad de competencia confirmase que es posible obtener clemencia, podría no llegar a presentarse la solicitud. Creemos, sin

⁶⁹ B. VAN BARLINGEN y M. BARENNE, *op. cit.*, pp. 14-15.

embargo, que esta desconfianza es exagerada. Si la autoridad en un caso concreto no confiase en la seriedad del solicitante, siempre podría negarse a darle una respuesta. Además, se podría emplear un modelo similar al sistema de clemencia holandés, en el que el abogado que contacte con la autoridad de competencia en nombre de un solicitante hipotético debe asumir la responsabilidad de que el solicitante presente la solicitud de clemencia si la respuesta de la autoridad es afirmativa. En cualquier caso, este sistema, que nos parece muy beneficioso, siempre se podrá instaurar en España de manera informal.

i) Solicitudes verbales

Los arts. 46.2 y 50.1 RDC prevén que la Dirección de Investigación, a petición del solicitante, podrá aceptar solicitudes de clemencia verbales. La razón por la que se ha previsto esta modalidad no es baladí, ya que de esta forma se protege a los solicitantes contra el riesgo de que su solicitud sea utilizada en los Estados Unidos por los agraviados por el cártel que reclamen una indemnización por daños y perjuicios.

En efecto, las diligencias preliminares en el Proceso Civil estadounidense permiten al demandante exigir que el demandado aporte cualquier documento que pueda resultar relevante para el litigio (*pre-trial discovery*). Obviamente, la información detallada sobre el cártel contenida en una solicitud de clemencia puede resultar esencial para demostrar la infracción del Derecho de la Competencia, así como el «papel» desarrollado por el solicitante. Sin embargo, al realizar una petición verbal, el solicitante no tiene que redactar ningún documento que pueda ser objeto de *discovery*. Por ello, la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia verbal es importante para no desincentivar que las empresas soliciten clemencia en aquellos cárteles que pudieran dar lugar a procesos civiles de reclamación de daños y perjuicios en los Estados Unidos (o en otros países con sistemas de *discovery* similares como, por ejemplo, el Reino Unido)⁷⁰.

No obstante, entendemos que, al igual que ocurre en el sistema comunitario, es muy probable que la posibilidad de presentar una solicitud verbal sólo se limite a la declaración del solicitante y no a las pruebas⁷¹, si bien nada obsta para defender también lo contrario. Además, si la Dirección de Investigación estimara que no existe un riesgo real de reclamaciones de daños y perjuicios en países que permiten el *discovery*, podría no aceptar la presentación de una solicitud verbal.

⁷⁰ K. NORDLANDER, «Discovering Discovery: US Discovery of EC Leniency Statements», *European Competition Law Review*, núm. 10, 2004, p. 644; y C. S. KERSE y N. KAHN, *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 5.ª ed., 2005, pp. 421-422. Estos autores advierten, no obstante, que el sistema de declaración verbal no siempre protege contra el riesgo de que el documento sea el objeto de *discovery*.

⁷¹ B. VAN BARLINGEN, «The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2003, p. 20.

En fin, los arts. 46.2 y 50.1 RDC prevén que la declaración verbal será grabada y registrada por la CNC. Nada se dice, en cambio, sobre el momento que se tomará en consideración a efectos del orden de recepción de solicitudes: el de la declaración o el del registro (posterior) de la transcripción. Entendemos que debiera ser el primero, por motivos obvios —lo contrario podría tener efectos muy graves para el solicitante, dado que un tercero podría haber presentado una solicitud antes del registro de la transcripción—. Entendemos que la Comisión Europea considera que la fecha de la presentación de la solicitud verbal coincide con la de la declaración⁷².

ii) Solicitudes abreviadas de exención

Por último, el art. 48 RDC permite a una empresa que haya presentado o vaya a presentar una solicitud de exención ante la Comisión Europea presentar también una solicitud abreviada ante la CNC. La finalidad de esta regla es facilitar la presentación de múltiples solicitudes de clemencia para el caso de que, finalmente, no sea la Comisión Europea la que se ocupe del procedimiento sancionador, sino una o más autoridades nacionales de competencia.

Si, atendiendo a las reglas sobre cooperación entre las autoridades de competencia europeas⁷³, fuera la CNC la autoridad que investigara el caso, el solicitante deberá completar la solicitud abreviada con toda la información y todas las pruebas pendientes dentro de un plazo de diez días.

D. OBLIGACIONES DEL SOLICITANTE DE CLEMENCIA

Para obtener clemencia no basta con presentar la información y las pruebas contempladas en los arts. 65 y 66 LDC. El solicitante deberá cumplir también con otras condiciones, onerosas y continuas, durante todo el procedimiento ante la CNC. En particular, deberá estar dispuesto a colaborar de manera muy estrecha con la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación hasta que el Consejo de la CNC dicte resolución poniendo fin al procedimiento. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones que abordaremos a continuación implicará la no concesión de clemencia, sea cual sea la calidad de las pruebas que se hayan aportado.

⁷² Comunicación de 2006, párrafo 32. Véase también el documento de la Comisión Europea: «Draft procedure for corporate statements made for the purpose of obtaining immunity from fines or reduction of fines in cartel cases» (2006, disponible en Internet; <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation>). párrafo 8.

⁷³ Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, *DOUE*, núm. C101/43 (27 de abril de 2004), párrafo 14.

a) *Deber de cooperación*

El art. 65.2.a) LDC dispone que el solicitante de exención deberá cooperar «plena, continua y diligentemente» con la CNC a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación [el art. 66.1.b) señala que esta condición también se aplica a los solicitantes de reducción del importe de la multa]. El TJCE ha señalado que ello es intrínseco al sistema de clemencia, y que sólo se deberá conceder tal beneficio cuando «el comportamiento de la empresa de que se trate revele un auténtico espíritu de cooperación por parte de ésta»⁷⁴.

El art. 52 RDC establece que se entenderá que el solicitante habrá cumplido con esta obligación cuando, a lo largo de todo el procedimiento, haya cumplido con los requisitos siguientes:

- i) «Facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición».

Y es que la obligación de presentar información y pruebas ante la CNC no termina con la presentación de la solicitud de clemencia. Cuando, tras la presentación de la solicitud, se encuentre otra prueba o más información sobre el cártel, deberá ser presentada cuanto antes ante la Dirección de Investigación.

- ii) «Quede a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos».

Muchas veces los elementos de prueba no son fáciles de comprender o de situar en su contexto sin contar con la explicación de las personas que hayan participado en el cártel. Por ello, se prevé que la Dirección de Investigación pueda pedir información al respecto al solicitante de clemencia.

- iii) «Facilite a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores».

El deber de facilitar entrevistas con estas personas tiene, en parte, la misma finalidad que la obligación anterior. Sin embargo, la comunicación verbal puede ser útil no sólo para aclarar hechos, sino también para proporcionar nuevas pruebas que pueden ser importantes para demostrar la infracción. Por ello, no resulta recomendable en absoluto despedir a los empleados implicados en un cártel, dado que podría dificultar el cumplimiento de esta condición. Aunque es importante tener en cuenta también que los directivos que hayan participado en un cártel pueden tener intereses

⁷⁴ Sentencia del TJCE en el asunto C-301/04, *Comisión Europea c. SGL Carbon*, Rec. 2006, p. I-5915, párrafo 68.

distintos de los de su empresa y rechazar hacer declaraciones que pueden ser autoinculpatorias con la finalidad de eludir su responsabilidad personal. Entendemos que ello no debería interpretarse como un incumplimiento de la condición.

Por otra parte, es evidente que esta condición no es de aplicación a las solicitudes de clemencia presentadas por los directivos y/o representantes legales de una empresa. Bastará con que ellos mismos se presenten ante la Dirección de Investigación para tales entrevistas.

- iv) «Se abstenga de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.»

Cualquier acto de destrucción, falsificación u ocultación de información o de pruebas relevantes por parte del solicitante se considera un grave incumplimiento del deber de cooperación. Naturalmente, ello deberá ser acreditado por la Dirección de Investigación⁷⁵. Dada la gravedad de estas conductas, su comisión no sólo implicará que no se le conceda clemencia al autor, sino que puede constituir una infracción autónoma de obstrucción a la labor de inspección —prevista en el art. 62.2.e) LDC—, además de un agravante a la hora de determinar el importe de la multa con arreglo al art. 64.2.d) LDC. En lo que se refiere a la falsificación de pruebas, se ha señalado en alguna ocasión que un solicitante de clemencia podría tener incentivos para ello para poder cumplir con los requisitos de la calidad de la prueba que exigen los arts. 65 y 66 LDC.

- v) «Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación.»

La finalidad principal de esta condición es impedir que los demás partícipes del cártel obtengan información sobre la solicitud de clemencia y, con ello, se origine un riesgo de destrucción u ocultación de pruebas. El solicitante deberá obtener autorización expresa de la Dirección de Investigación para divulgar que ha presentado una solicitud de clemencia a un tercero antes de la notificación del pliego de concreción de hechos.

Para poder asegurar el cumplimiento de esta condición, una empresa sólo deberá informar de ello a los empleados que, necesariamente, tengan que conocer la solicitud. Además, como ya se ha señalado, cualquier investigación interna para obtener pruebas deberá realizarse con discreción.

⁷⁵ Ahora bien, la Comisión Europea ha señalado que el hecho de que un empleado haya destruido pruebas sin el conocimiento de la empresa no basta para estimar que se ha incumplido esta condición. MEMO/06/469, 7 de diciembre de 2006, «Competition: revised Leniency Notice, frequently asked questions». En cambio, en España, al poder ser multados individualmente los directivos, el riesgo de una acción de este tipo podría ser más elevado por el interés que podrían tener en destruir pruebas sobre el cártel para ocultar su responsabilidad personal y, de esta forma, evitar las multas previstas en el art. 63.2 LDC y/o una eventual responsabilidad penal.

La Comisión Europea, que aplica una regla parecida en su sistema de clemencia, es consciente de que algunas empresas tienen la obligación legal de informar sobre hechos de este tipo, por ejemplo, por exigencias de la legislación sobre el mercado de valores. En estos casos, el solicitante deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad de competencia para encontrar una solución adecuada que evite que la solicitud se haga pública antes de que ésta haya procedido a realizar una inspección domiciliaria en la sede de los demás miembros del cártel⁷⁶.

Un ejemplo de incumplimiento de este deber de no divulgación sucedió en el cártel de tabaco crudo en Italia. La Comisión Europea concedió una exención condicional a Deltafina, pero el presidente de esta compañía informó a los demás miembros del cártel sobre su colaboración con la Comisión durante la reunión de una asociación empresarial y antes de que la Comisión hubiera efectuado una inspección domiciliaria en las empresas miembros del cártel. Por haber incumplido la condición de no divulgar la solicitud de clemencia, la Comisión revocó la inmunidad condicional e impuso a Deltafina una multa de 30 millones de euros⁷⁷.

Respecto a los directivos que hayan solicitado clemencia a título personal, parece claro que el deber de no divulgar la existencia de la solicitud les impide informar a su empresa sobre la solicitud de clemencia, ya que ésta podría destruir u ocultar pruebas sobre el cártel que no estén a disposición del solicitante particular. Distinto es el impacto que semejante obligación puede tener sobre el directivo, al que ya nos hemos referido.

b) *Deber de poner fin a su participación en la infracción*

Los arts. 65.2.b) y 66.1.b) LDC obligan a cesar toda participación en el cártel en el momento en el que se solicite clemencia. Se entiende, pues, que no procede conceder clemencia a quien persista en infringir la Ley⁷⁸.

Ahora bien, la finalización abrupta de todos los contactos con los demás miembros del cártel puede provocar que éstos, temiendo que se haya producido una solicitud de clemencia, destruyan u oculten pruebas. Con la finalidad de minimizar este riesgo, el art. 65.2.b) LDC prevé que la CNC pueda ordenar al solicitante que continúe participando en el cártel con el fin de preservar la eficacia de una posterior inspección domiciliaria en las empresas partícipes del mismo.

El plazo durante el cual la Dirección de Investigación podría estimar oportuno que se continúe participando en las actividades del cártel debería

⁷⁶ B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁷ Decisión de la Comisión Europea de 20 de octubre de 2005 en el asunto COMP/C.38.281/B.2, *Tabaco crudo Italia*, párrafos 441-460. Sin embargo, véase el pie de página núm. 59 *supra*.

⁷⁸ En la práctica de la Comisión Europea, la persistencia en una infracción tras las inspecciones domiciliarias ha sido considerada como un factor agravante a la hora de fijar el importe de la multa. Decisión de la Comisión Europea en el Asunto COMP/F-1/38.121, *Empalmes*.

ser muy corto. En la práctica comunitaria, la Comisión Europea normalmente realiza la inspección domiciliaria en un plazo no superior a dos o tres semanas desde la recepción de la solicitud de clemencia; cualquier demora aumenta el riesgo de filtraciones.

Obviamente, esta posibilidad ha originado una gran controversia. Algunos han señalado, incluso, que la potestad de la Administración de condicionar la concesión de la clemencia al hecho de exigir que el solicitante continúe participando en el cártel es incompatible con la Constitución⁷⁹.

En fin, cabe resaltar también que la Comisión Europea ha señalado que tal obligación de continuidad no supone que persista la infracción por parte del solicitante⁸⁰. Es decir, se estima que la terminación de la infracción se produce, a más tardar, con la presentación de la solicitud. Es probable (y deseable) que el Consejo de la CNC aplique la LDC de igual forma.

Cuando sean los directivos o los representantes legales los que soliciten clemencia a título personal, el deber de poner fin a su participación en el cártel presenta problemas especiales, ya que será muy difícil que puedan dejar de participar en las reuniones del cártel sin explicar en su empresa las razones de ello. Por otra parte, obligarles a seguir participando en tales actividades, ocultando a su empresa que están colaborando con la CNC, puede resultar todavía más difícil.

c) *Deber de no destruir pruebas ni revelar la intención de solicitar clemencia*

La obligación de no destruir pruebas o de no revelar la existencia de una solicitud de clemencia es exigible desde el momento en que se haya presentado la solicitud. No obstante, el art. 65.2.c) LDC clarifica que el solicitante tampoco podrá destruir elementos de prueba ni revelar a terceros —distintos de las autoridades de competencia— su intención de presentar una solicitud de clemencia antes de haber procedido a ello. En la práctica comunitaria, se considera que esta condición es exigible desde el momento en el que el solicitante contemple pedir clemencia⁸¹.

d) *No haber obligado a otras empresas a participar en el cártel*

Por último, el art. 65.2.d) LDC señala que no se podrán beneficiar de la exención del pago de la multa los solicitantes que hayan adoptado medidas

⁷⁹ J. SORIANO, *La defensa de la competencia en España*, Iustel, 2007, pp. 214-218.

⁸⁰ S. SUURNÄKKI y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 14.

⁸¹ Comunicación de 2006, párrafo 12. Véase S. SUURNÄKKI y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 13.

tendientes a obligar a otras empresas a participar en el cártel. En ese caso, sólo podrán obtener la reducción del importe de la multa prevista en el art. 66 LDC.

Ello está previsto también en el sistema comunitario y, según la doctrina, el nivel de prueba necesario para demostrar la «coacción» —que es el término que utiliza la comunicación de 2006— es alto⁸². En cambio, el «instigador» del cártel —es decir, la empresa que haya tomado la iniciativa de formarlo— sí puede obtener la exención total del pago de la multa⁸³.

En fin, no pensamos que se pueda dar fácilmente esta situación, ya que lo normal es que las empresas decidan participar en un cártel por voluntad propia. Aunque también hay que tener en cuenta que ser el instigador del cártel se considera un agravante a la hora de fijar el importe de la multa [el art. 64.2.b) LDC]⁸⁴.

E. PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD

No cabe duda de que el mayor riesgo que afronta el solicitante de clemencia es que los perjudicados por el cártel le reclamen daños y perjuicios. La nueva LDC tiene, además, como uno de sus objetivos principales, fomentar la aplicación judicial —denominada también aplicación privada— de las normas de competencia, precisamente para fomentar las reparaciones de daños y perjuicios.

Pues bien, el Libro Blanco ya defendió que cuando se introdujera en nuestra legislación el sistema de clemencia, no se debería garantizar «la clemencia civil o penal» derivada de las infracciones de la LDC⁸⁵. Y así ha sido. Sin embargo, tanto la LDC (como la RDC) contienen determinadas disposiciones sobre confidencialidad tendentes a impedir, al menos, que el solicitante de clemencia se encuentre en una situación peor que la de cualquier otro miembro del cártel que no haya colaborado con la CNC.

Precisamente por ello, el art. 51.1 RDC dispone que la presentación de la solicitud tendrá naturaleza confidencial, y que se formará pieza separada con todos los datos y documentos que se consideren confidenciales incluida, en todo caso, la identidad del solicitante.

No obstante, en la medida en que la CNC tendrá que utilizar los datos o documentos aportados por el solicitante para demostrar la infracción, deberá referirse a ellos en el pliego de concreción de hechos, pudiendo también los interesados acceder a ellos para contestarlo (arts. 51.2 RDC y 50.3

⁸² J. FAULL y A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 815. Véase la Sentencia del TPI en el asunto T-38/02, *Groupe Danone c. Comisión Europea*, párrafos 309-310.

⁸³ B. VAN BARLINGEN, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁴ Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expte. 351/94, *Asoc. Tocoginecólogos España*; y Expte. 506/00, *Transporte Mercancía Vizcaya*.

⁸⁵ Libro Blanco, párrafo 138.

LDC). Si bien el apartado 3 del art. 51 RDC prevé que los interesados en ningún momento podrán obtener copias de las declaraciones realizadas por la empresa, que únicamente podrán leer.

Resulta, sin embargo, sorprendente que el derecho de acceso a la declaración de la empresa no se haya limitado a los destinatarios del pliego de concreción de hechos. Por lo que, en principio, cualquier interesado —en el sentido del art. 31 LRJ-PAC— que se haya personado en el expediente tendrá acceso a ella —incluso un cliente del solicitante que pretenda demandarle exigiendo daños y perjuicios tras la resolución de la CNC—. En contraste con esta situación, el sistema comunitario ofrece una protección muy superior, ya que sólo los destinatarios del pliego de cargos —es decir, las empresas imputadas en el procedimiento sancionador—, pueden acceder a las declaraciones realizadas por la empresa. Es decir, un denunciante —u otro interesado no imputado— que se haya personado en el expediente ante la Comisión Europea no tiene acceso a estos documentos⁸⁶.

Ciertamente, para paliar esta situación cabría tratar de traer a colación el art. 43 LDC —que regula el deber de secreto al que están sometidos los que tomen parte en un expediente sancionador de la LDC—, pero hubiera sido deseable haberlo previsto, específicamente, al regular el sistema de clemencia. Por ejemplo, es muy posible que el art. 43 LDC no sea capaz de impedir que un interesado, que resida en el extranjero, utilice información obtenida en un procedimiento sancionador ante la CNC para una acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante un órgano jurisdiccional también situado en el extranjero.

Por otra parte, cabe mencionar que la DA 2.^a LDC, que introduce el art. 15 bis en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, ordena que el intercambio de información previsto entre los órganos jurisdiccionales y la CNC no podrá comprender datos y documentos obtenidos en los procedimientos de clemencia, protegiéndose de esta manera la confidencialidad, tanto de las declaraciones de la empresa, como la de los demás elementos de prueba aportados en las solicitudes de clemencia.

Finalmente, cabe esperar también que la CNC evite referirse en la versión pública de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador a los documentos y a las declaraciones aportadas por los solicitantes de clemencia.

F. LA COORDINACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Excede del objeto de este trabajo analizar las distintas reglas existentes de cooperación entre las autoridades de competencia de los Estados Miembros de la Unión Europea y los mecanismos de coordinación previs-

⁸⁶ Comunicación de 2006, párrafo 33.

tos entre la CNC y los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas⁸⁷.

En cualquier caso, además de reiterar que cabe perfectamente presentar una solicitud de clemencia ante los organismos autonómicos de competencia, cabe señalar que estos últimos deberán comunicar siempre a la CNC las solicitudes de exención que reciban (como también lo deberá comunicar la CNC al órgano de competencia de una Comunidad Autónoma cuando las conductas denunciadas no afecten a un ámbito superior al de su comunidad).

También se ha previsto en el art. 53.3 RDC que si la aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia provocara un cambio de asignación de la autoridad competente, se reconocerá siempre la exención condicional que previamente se hubiera otorgado.

4. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN (*SETTLEMENTS*)

No sería exagerado afirmar que la Comisión Europea ha sido víctima del enorme éxito —sin duda insospechado— del sistema de clemencia. Desde que se aplica el régimen de clemencia de 2002, la Comisión ha recibido más de 230 solicitudes de clemencia. Obviamente, al aumentar el número de cárteles descubiertos, se ha incrementado también el número de procedimientos sancionadores.

La investigación de un cártel es, además, una labor compleja, por el cúmulo de hechos que exige examinar y por estar normalmente implicadas un gran número de empresas. En ese sentido, resulta revelador que la Unidad de Cárteles de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, que dispone de cerca de setenta funcionarios, sólo haya resuelto siete casos de cárteles en el año 2006 y ocho en el 2007. La duración media de una investigación de un cártel es de unos tres o cuatro años. Además, la mayoría de las decisiones sobre cárteles son recurridas ante el TPI, lo que exige dedicar también importantes recursos a estos procedimientos. La conclusión de lo anterior es que la Comisión Europea no tiene capacidad material para investigar todas las solicitudes de clemencia que recibe⁸⁸.

Pues bien, con la finalidad principal de agilizar el procedimiento y de liberar recursos de investigación, la Comisión ha adoptado recientemente

⁸⁷ En relación con la posibilidad de reasignación de asuntos entre las autoridades de competencia de los Estados Miembros en supuestos de clemencia, véase J. FAULL y A. NIKPAY, *op. cit.*, pp. 845-851.

⁸⁸ Véanse N. KROES, «The First Hundred Days», Ponencia de 7 de abril de 2005 (Comisión Europea, SPEECH/05/205); y P. LOWE, «Competition Policy Challenges in Europe», *George Mason Law Review*, núm. 6, 2006, p. 1191.

un procedimiento de transacción (*settlements*)⁸⁹. El objeto es recompensar la cooperación de las empresas que contribuyan a agilizar el procedimiento iniciado en los casos de cártel, básicamente si aceptan renunciar a acceder al expediente y a la vista oral tras recibir el pliego de cargos. Si reconocen su participación en el mismo y admiten su responsabilidad, pueden obtener una reducción del 10 por 100 de la multa que se les imponga⁹⁰.

Es importante observar que la diferencia fundamental entre el procedimiento de clemencia y el de transacción es que en el primero se premia el hecho de que se desvele la existencia de un cártel —siendo por ello una herramienta de investigación—, mientras que en el segundo se recompensa únicamente la cooperación en la tramitación del procedimiento, por lo que no se trata de un instrumento de investigación.

El punto de partida es que cualquier empresa —u operador económico— que haya participado en un cártel puede solicitar el inicio de conversaciones tendentes a llegar a una transacción, pero la Comisión Europea tiene plena discreción a la hora de decidir en qué casos considera oportuno hacerlo o incluso para interrumpir en cualquier momento las conversaciones que se hayan iniciado al respecto.

En las conversaciones que se inicien, la Comisión Europea informará a los solicitantes sobre los elementos esenciales del caso, como son los hechos que se les imputan, su calificación, los elementos probatorios de que dispone y una estimación del nivel en el que se situará la multa. De esta forma, las partes podrán formarse una opinión sobre la conveniencia o no de llegar a una transacción.

Si los progresos alcanzados hacen vislumbrar la posibilidad de llegar a un entendimiento común sobre el alcance del expediente y sobre la franja en la que podrían situarse las posibles multas, la Comisión concederá un plazo a la empresa para que presente una solicitud formal de transacción en la que, entre otras cosas, deberá: *i*) reconocer su responsabilidad por la infracción; *ii*) indicar el importe máximo de la multa que aceptaría en el

⁸⁹ Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. El reglamento entró en vigor el 1 de julio de 2008; comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo en casos de cártel, *DOUE*, C167/1 (2 de julio de 2008). Véanse, además, K. MEHTA y M. L. TIerno CENTELLA, «Settlement procedure in EU cartel cases», *Competition Law International*, junio 2008, p. 11; y W. WILS, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles» (junio 2008, disponible en Internet: <http://papers.ssrn.com>).

⁹⁰ La diferencia principal entre este procedimiento y la terminación convencional (*commitments*) prevista en art. 9 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 reside en que esta última no contempla la imposición de una multa. Por ello, se estima que la terminación convencional no es una manera óptima de poner fin a un procedimiento sancionador en los casos de cárteles. El nuevo sistema de transacciones, por otra parte, sólo se aplica a cárteles.

marco de una transacción; y *iii*) confirmar que no tiene previsto solicitar acceso al expediente ni ser oída en audiencia⁹¹.

Si el pliego de cargos que la Comisión notifique a las partes refleja el contenido de la solicitud de transacción, la empresa deberá confirmar su solicitud en un plazo de dos semanas. En estos casos, la Comisión Europea recompensará en su decisión final la cooperación de la empresa con una reducción de 10 por 100 del importe de la multa⁹².

No obstante, es importante resaltar que la Comisión Europea se reserva expresamente el derecho de remitir un pliego de cargos que no refleje el contenido de las solicitudes de transacción, es decir, que no coincida con las conversaciones mantenidas, incluso en la decisión final. En estos supuestos se considerará que la solicitud se ha retirado y la Comisión Europea no podrá utilizarla como prueba contra ninguna de las partes en el procedimiento.

Cabe destacar, por último, que el hecho de que una empresa haya optado por una transacción no le impedirá recurrir la decisión final de la Comisión Europea, aunque obviamente el número de recursos ante el TPI será más limitado, al haber reconocido la empresa su culpabilidad y la veracidad de los hechos imputados.

Aunque habrá que esperar a ver cómo funciona en la práctica el sistema transaccional antes de emitir un juicio definitivo, no podemos dejar de anticipar nuestras reservas sobre la forma en la que se ha configurado. Decimos esto porque, por ejemplo, no es infrecuente que el pliego de cargos contenga errores —de hecho y de derecho—, siendo en cambio las imputaciones que luego se reflejarán en el mismo lo que servirá de base para tratar de llegar a una posible transacción entre la Comisión Europea y las partes. Además, las reiteradas afirmaciones, por parte de la Comisión Europea, de que rechazará cualquier negociación sobre los cargos imputados —y de que sólo «escuchará» los argumentos de las partes— demuestran una falta de flexibilidad para retirar imputaciones —a cambio de una admisión de responsabilidad— que hará mucho menos atractivo el sistema desde el punto de vista del inculpado. Por último, consideramos también que la recompensa del 10 por 100 es demasiado reducida para constituir un incentivo suficiente.

Por otra parte, incluso se ha llegado a señalar que únicamente procederá concluir una transacción cuando todas o casi todas las partes inculpadas acepten formar parte de la misma⁹³, en cuyo caso bastaría con que una de

⁹¹ La confidencialidad de la solicitud de transacción está protegida por reglas equivalentes a las que se contemplan en el sistema de clemencia. Por ejemplo, es posible presentar solicitudes de transacción verbales.

⁹² Además, la Comisión Europea no aplicará un factor multiplicador que exceda de dos a la hora de determinar un eventual incremento específico de la multa para garantizar un efecto disuasorio. Véanse las directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *DOUE*, núm. C210/2 (1 de septiembre de 2006), párrafo 30.

⁹³ K. MEHTA y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 12.

ellas lo rechace para desencadenar el retorno al procedimiento normal, entorpeciendo así la finalidad del procedimiento transaccional de agilizar el procedimiento sancionador. Además, precisamente por existir intereses divergentes entre las partes inculpadas en el procedimiento sancionador, lo habitual será que algunos tengan incentivos para entrar en una transacción y, en cambio, que otros no los tengan en absoluto⁹⁴.

Cabe destacar, por último, que la discrecionalidad absoluta de la Comisión para apartarse de la transacción en el pliego de cargos, e incluso en la decisión final, supone un elemento distorsionador que socava claramente la relación de confianza que debería presidir en este procedimiento entre las partes imputadas y la Comisión Europea.

A la vista de lo anterior, pensamos que la regla general seguirá siendo que las empresas optarán por rebatir las imputaciones de la Comisión Europea, en lugar de acudir al procedimiento de transacción.

En fin, si el sistema español de clemencia tuviera un éxito parecido al que ha tenido el comunitario no cabe descartar que el legislador considere necesario adoptar también en España un procedimiento similar de transacciones⁹⁵. De hecho, al disponer la CNC de un plazo máximo de dieciocho meses para tramitar el procedimiento sancionador, la «presión» a la que se verá sometida será incluso mayor que la que tiene la Comisión Europea. En cualquier caso, habrá que ver todavía si los procedimientos de transacción que acaba de introducir la Comisión Europea terminan teniendo un éxito similar al que han tenido los sistemas de clemencia. Aunque, como hemos señalado, somos algo escépticos al respecto.

5. CONCLUSIÓN

Una de las reformas de mayor calado que, siguiendo la estela comunitaria, ha introducido la nueva LDC es la incorporación a nuestra legislación de competencia de la figura del «beneficio del chivato» (o «programa de clemencia»), consistente en recompensar a las empresas que han formado, o que forman parte de un cártel secreto, por denunciarlo.

Es obvio que los programas de clemencia «se han inventado» por la enorme dificultad que tienen las autoridades de competencia para descubrir

⁹⁴ Por ejemplo, es posible que las empresas imputadas que hayan obtenido una exención condicional o una reducción significativa de la multa tengan un incentivo para llegar también a transacción. Estas empresas ya han elegido cooperar con la autoridad y la posibilidad de obtener una reducción adicional de 10 por 100 del importe de la multa en virtud de la transacción puede ser la continuación lógica de tal cooperación (la empresa que haya obtenido una exención condicional puede tener interés de llegar a una transacción para minimizar el importe de la multa en el caso de que su inmunidad le fuera revocada). No obstante, las empresas imputadas en el mismo expediente que no hayan obtenido clemencia tienen, normalmente, incentivos muy distintos.

⁹⁵ Como en el sistema comunitario, la terminación convencional entre la CNC y los presuntos infractores en virtud del art. 52 LDC no permite la imposición de multas. Sólo es posible imponer multas en una resolución con arreglo al art. 53 LDC.

los cárteles secretos. Motivo por el cual se ha pensado: «démole una recompensa a quien lo denuncie, y así los descubrimos». Es decir, se trata de una pura herramienta para descubrir los cárteles secretos y para desincentivar la aparición de nuevos cárteles.

Sus ventajas, para la autoridad de competencia, son fundamentalmente dos: en primer lugar, que se trata de un instrumento muy útil para acabar con cárteles existentes, que son muy difíciles de descubrir, y además sin ningún coste administrativo; aunque, obviamente, para que funcione, el solicitante tendrá que estar convencido de que *i*) existe un riesgo elevado de que pueda ser descubierto y *ii*) de que el «castigo», si ello ocurre, podría ser muy gravoso (porque, si no piensa ninguna de estas dos cosas, parece que no tiene sentido que se autoinculpe). Y la segunda gran ventaja que tiene este instrumento, desde el punto de vista del interés público, es que su efecto disuasivo es tremendo, puesto que simplemente el saber que existen, retrae la tentación de crear un cártel, y si ya existe, lo desestabiliza, por la desconfianza que genera entre los partícipes el riesgo de chivatazo.

Ahora bien, para los solicitantes de clemencia, aunque el sistema comporta la ventaja de obtener una inmunidad total o parcial de la multa que hubiera debido corresponderles, tiene también inconvenientes: en primer lugar, y sobre todo, el hecho de que la inmunidad se extiende únicamente a las multas, pero no cubre las posibles demandas de daños y perjuicios que cabe reclamar contra el autor de una práctica anticompetitiva; es más, casi al contrario, el reconocimiento de haber participado en la infracción facilita este tipo de demandas. Y en segundo lugar, otro inconveniente (aunque probablemente menor), es el efecto moral negativo que tiene el hecho de que habiendo participado varias empresas en un cártel, el solicitante de clemencia se libre de la multa, y en cambio sus compañeros de viaje sean sancionados a pesar de que todos ellos han infringido en igual medida la LDC (aunque, en contra de este argumento, sus detractores dicen —y pensamos que algo de razón tienen— que no puede instaurarse una «cultura de honor» entre infractores).

Veremos, no obstante, cómo funciona el sistema en España —si bien todo parece indicar que será tan exitoso como lo está siendo en el ámbito comunitario y en los demás países en los que se ha instaurado—. Y veremos, también, si el procedimiento de transacción que acaba de aprobar la Comisión Europea tiene también tan buena acogida —si bien aquí somos menos optimistas al respecto, porque la reducción de la multa del 10 por 100 nos parece claramente insuficiente y por el enorme margen de discrecionalidad que se ha reservado la Comisión Europea en la tramitación del procedimiento.

