

Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia [BOE n.º 196, de 16-VIII-2013]

Programa de clemencia

Los cárteles figuran entre las conductas atentatorias de la libre competencia que revisten mayor gravedad. De ahí que su detección y represión constituya una prioridad de toda política de defensa de la competencia. Uno de los instrumentos previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), para promover la eficacia de las autoridades de competencia en la lucha contra los cárteles, y disuadir a las empresas de participar en ellos, es el llamado «programa de clemencia». Esta expresión alude a un sistema que permite dispensar del pago de la sanción administrativa o establecer una reducción significativa de su cuantía, bajo determinadas condiciones, a la empresa que confiesa su participación en un cártel y aporta elementos de prueba que permiten constatar la infracción y sancionar a los demás participantes.

En España, las normas que conforman el programa de clemencia se establecen en los artículos 65 («Exención del pago de la multa») y 66 («Reducción del pago de la multa») de la LDC, así como en los artículos 46-53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Además, la Comisión Nacional de la Competencia ha publicado un documento, desprovisto de valor normativo, titulado «Indicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) para la tramitación de las solicitudes de exención y de reducción del importe de la multa», en el que se exponen algunos aspectos prácticos sobre la presentación de la solicitud de clemencia y su tramitación. Una parte importante de las indicaciones contenidas en el documento han quedado superadas, precisamente, con la publicación de la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la CNC, sobre el programa de clemencia, por lo que su utilidad se ha reducido notablemente. Probablemente por este motivo, ha dejado de estar disponible en la página Web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

El legislador se ha inspirado, para elaborar la normativa mencionada, en el programa de clemencia que aplica la Comisión Europea en el ámbito del Derecho de la competencia de la Unión Europea, cuyo contenido y alcance se exponen actualmente en la «Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel» (DOUE de 8 de diciembre de 2006, n.º C 298, 17). Este programa también constituye un referente para la mayor parte de los veintiséis Estados miembros que cuentan con un programa de clemencia.

Conviene tener en cuenta, además, que no existen disposiciones que armonicen el programa de clemencia de la Unión Europea con los programas de clemencia nacionales, o éstos entre sí. Por ello, con el fin de suprimir las disparidades entre programas que puedan socavar su eficacia en la lucha contra los cárteles que producen efectos en el territorio de más de un Estado miembro, se está fomentando su aproximación a través de la colaboración entre Autoridades de Competencia en el marco de la Red Europea de Competencia (REC) (*vid.* «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia», *DOUE* de 27 de abril de 2004, n.º C 101, 43). En este contexto, la REC aprobó un Modelo de Programa de Clemencia en 2006, que ha sido revisado en noviembre de 2012. (La versión revisada se puede encontrar en la dirección: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>). Las disposiciones del Modelo no tienen efecto directo, pero las Autoridades de la REC se han comprometido a adaptar los programas en consonancia con aquellas.

La Comunicación de 19 de junio de 2013 se dicta en virtud de la facultad prevista en la Disposición Adicional tercera de la LDC. La CNC expone nuevamente algunos aspectos del programa de clemencia, procurando incorporar la experiencia acumulada durante los últimos años, así como las modificaciones introducidas en el Modelo de Programa de la REC en 2012. De este modo, la CNC contribuye a promover la transparencia y la previsibilidad de su actuación en los procedimientos sancionadores en los que se presentan solicitudes de clemencia.

Se debe advertir que, si bien la Comunicación es posterior a la aprobación y publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al tiempo de adoptarse la Comunicación todavía la CNC desarrollaba las funciones propias del órgano de defensa de la competencia. Tras la constitución de la CNMC, las referencias a la CNC y a la Dirección de Investigación contenidas en la Comunicación, hay que entenderlas realizadas a la CNMC y a la Dirección de Competencia (*vid.* Disposición Adicional Segunda, apartado 2, párrafo 2, de la Ley 3/2013, de 4 de junio).

La Comunicación se divide en siete apartados dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación y alcance del programa de clemencia; presentación de solicitudes de clemencia; exención del pago de la multa; reducción del importe de la multa; deber de colaboración de los solicitantes de clemencia; confidencialidad y acceso a las solicitudes de clemencia; y coordinación con la Comisión Europea y autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea.

Según se expone en el apartado primero de la Comunicación, el programa de clemencia se aplica a las infracciones de los artículos 1 de la LDC o, en su caso, 101 del TFUE, comprendidas en el concepto de cártel. Este concepto se define en la Disposición Adicional cuarta de la LDC 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». La Comunicación precisa, o matiza, este concepto en dos aspectos. En primer lugar, califica de cártel conductas que no se mencionan expresamente en la Disposición Adicional cuarta de la LDC, como la fijación de condiciones comerciales o de servicio distintas del precio; los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; y los boicots colectivos (párrafo 9). En segundo lugar, puntualiza que, aun cuando los cárteles que se pueden acoger al programa de clemencia han de ser secretos, ello no implica necesariamente que hayan de serlo todos y cada uno de sus elementos, «debiendo ponderarse la importancia de los elementos que dificultan la detección del cártel, en toda su amplitud» (párrafo 10). Ambas precisiones se encuentran reflejadas en el Modelo de Programa de Clemencia de la RAC.

En el primer apartado de la Comunicación también se hace referencia al alcance de la clemencia y a los sujetos que pueden ser beneficiarios de la misma. Sobre el primer aspecto se manifiesta que la CNMC aplica las normas relativas al programa de clemencia una vez calculado el importe final de la sanción que correspondería según lo establecido en la «Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de competencia» (párrafo 11). La reducción por clemencia excluye que se pueda practicar otra reducción adicional en virtud del artículo 64.3.d) de la LDC (párrafo 13). Con relación al segundo aspecto, la Comunicación recuerda que el beneficio de la clemencia alcanza a los solicitantes de la misma, así como a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel, siempre y cuando hayan colaborado con la CNMC. Pero precisa, asimismo, que no se extiende a otras entidades participantes en el cártel, como una asociación, de la que sea miembro el solicitante (párrafo 12).

En el apartado segundo de la Comunicación se comentan aspectos relativos a la presentación de las solicitudes.

En principio, cualquier empresa o persona física participante en un cártel, que afecte a todo o a parte del territorio nacional, se encuentra legitimada para solicitar la clemencia. Según precisa la Comunicación, ello incluye «las empresas y las personas físicas a las que pueda ser atribuida responsabilidad por un cártel, estando expuestas a la sanción correspondiente, independientemente de si dicha responsabilidad deriva de la intervención directa en el mismo, de la influencia decisiva desplegada como matriz o si se trata de la empresa sucesora de la que originariamente participó en el cártel» (párrafo 14). Una misma solicitud no puede presentarse por varias empresas o personas físicas a la vez o por una asociación en nombre de sus asociados respecto de su participación en un mismo cártel (párrafo 16). Como excepción, se pueden presentar solicitudes de clemencia por la empresa que controla a otra, que participa en un cártel, o conjuntamente por ambas (párrafo 17).

La Comunicación también desarrolla en este apartado lo establecido en los artículos 46 y 50 del RDC sobre el contenido de la solicitud, explicando detalladamente la

información que se debe aportar (párrafo 21). Esta información incluye las pruebas del cártel que estén en posesión del solicitante, o aquellas de las que pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, que permitan verificar su existencia. Son particularmente pertinentes las pruebas contemporáneas. En los párrafos 22 y 23 se mencionan un conjunto de elementos de prueba que pueden ser relevantes a este respecto.

Como se desprende de los artículos 65.1, y 66.2 de la LDC, el momento de la presentación y el orden de recepción de las solicitudes de clemencia, ya sean de exención o de reducción de la multa, tienen relevancia en la tramitación y en el resultado de la solicitud (*vid.* párrafos 28-30, con relación a las solicitudes de exención; y párrafos 32 y 33, con relación a las solicitudes de reducción). La Comunicación, siguiendo las disposiciones del RDC, explica que el orden de recepción de las solicitudes viene determinado por la fecha y hora de entrada en el Registro de la CNMC, bien sea en la Oficina del Registro o en el Registro Electrónico; y ello, con independencia de que la solicitud se realice por escrito, o la CNMC acceda a que se presente verbalmente, ya que en este último supuesto, tras la declaración, se procede a su transcripción y registro (párrafos 19 y 20).

Una especial relevancia adquieren, en este apartado, las consideraciones relativas a la presentación de solicitudes de clemencia abreviadas por parte de empresas que han presentado, o van a presentar, una solicitud ante la Comisión Europea, por ser ésta la Autoridad de Competencia particularmente bien situada para conocer del asunto (*cfr.* artículo 48 del RDC). La solicitud abreviada permite mantener la fecha de presentación de esta solicitud, como fecha de recepción, en el caso de que la CNMC sea finalmente la autoridad de competencia que conozca del cártel, siempre y cuando el solicitante complete la solicitud con la información y elementos de prueba pertinentes en el plazo establecido.

El programa de clemencia español, siguiendo lo establecido en el Modelo de Programa de Clemencia de la RAC, sólo contemplaba la posibilidad de presentar solicitudes abreviadas ante la CNC cuando la solicitud ante la Comisión Europea fuese de exención de la multa y, como se especifica en el artículo 48.1 del RDC, estuviese fundada en lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LDC; es decir, cuando la empresa fuese la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Autoridad de Competencia, permitieran la realización de una investigación. Por lo tanto, sólo estaba prevista la presentación de solicitudes de exención abreviadas. La revisión del Modelo de Programa de Clemencia de la REC ha abierto la puerta a que puedan presentar solicitudes abreviadas todos los solicitantes de clemencia. En consonancia con la nueva versión del Modelo, la Comunicación admite la presentación ante la CNMC de solicitudes abreviadas de reducción de multas; una posibilidad que, sin embargo, no se prevé expresamente en el RDC. En el Anexo de la Comunicación consta el formulario que se debe cumplimentar para presentar una solicitud abreviada de clemencia en el marco de la REC. La CNMC se ha comprometido a admitir la presentación del formulario en lengua inglesa.

En los apartados 3 y 4 de la Comunicación se exponen algunos aspectos específicos relativos a las solicitudes de exención del pago de la multa y a las solicitudes de reducción del importe de la multa.

Con relación a las solicitudes de exención del pago de la multa, se precisan los dos supuestos que permiten obtener el beneficio (*cf.* artículo 65.1 de la LDC): el solicitante debe ser el primero en aportar información y pruebas suficientes, bien para ordenar una inspección en relación con un cártel, bien para establecer su existencia. Conforme al artículo 65.2.d) de la LDC, el solicitante de la exención queda descalificado si ha adoptado medidas para obligar a otras empresas o personas físicas a participar en el cártel o a mantenerse en él. En la Comunicación se aportan algunos criterios para valorar si concurre esta circunstancia (párrafos 39-43). También se exponen las causas que determinan el rechazo de la solicitud de exención (párrafos 44-48); así como las circunstancias del acuerdo de conceder la exención condicional y de la resolución definitiva (párrafos 49-52).

Con relación a las solicitudes de reducción de la multa, el supuesto que permite acceder al beneficio consiste en facilitar elementos de prueba de la infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquellos de los que ya disponga la CNMC (*cf.* artículo 66.1 de la LDC). En la Comunicación se dedica una atención especial a explicar cuando los elementos de prueba presentan un «valor añadido significativo».

En el apartado quinto de la Comunicación se describen algunos aspectos de la conducta que el solicitante debe observar, tras la presentación de la solicitud, para obtener el beneficio de la clemencia. Debe cooperar plena, continua y diligentemente con la CNMC hasta la finalización del procedimiento administrativo de investigación, lo que puede incluir, entre otros comportamientos, los que se mencionan a modo indicativo en el párrafo 66. Asimismo, el solicitante debe poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hacen referencia los artículos 65 y 66 de la LDC. El alcance de este deber se expone en los párrafos 67 y 68 de la Comunicación. El incumplimiento del deber de colaboración, o de poner fin a la participación en el cártel, priva a los solicitantes del derecho a obtener el beneficio de la clemencia (párrafos 66 y 69).

La Comunicación dedica el apartado sexto al alcance del tratamiento confidencial que se concede a las solicitudes de clemencia. Ésta es una cuestión esencial del programa, ya que un potencial beneficiario de la clemencia difícilmente estaría dispuesto a solicitarla si considerase que puede perjudicarle en una eventual acción civil de reclamación de daños y perjuicios por infracción de los artículos 1 LDC o 101 TFUE.

En los párrafos 70-73 se explica el tratamiento de la información en el curso del procedimiento administrativo. En el RDC se establece que la identidad del solicitante y el hecho de la solicitud son confidenciales. La Comunicación precisa que la confidencialidad no se ve afectada por contactos y consultas que pueda establecer la CNMC

con otras autoridades de competencia ante las que el solicitante haya presentado una solicitud en relación con el mismo cártel (párrafo 71). Con carácter previo a la notificación del Pliego de concreción de hechos, se resuelven las cuestiones de confidencialidad que pudieran haber planteado los solicitantes de clemencia. Tras la notificación del Pliego, los interesados pueden acceder a los documentos que sean necesarios para contestarlo. En el caso de las declaraciones, pueden acceder a ellas, pero no pueden obtener copia (párrafo 72).

En los párrafos 74-75 se expone el tratamiento que la CNMC da a la información en caso de que su actuación sea objeto de revisión jurisdiccional. Asimismo, se indica que si la CNMC decide intervenir aportando información o presentando observaciones en un proceso de defensa de la competencia, se abstiene de aportar datos o documentos aportados por los solicitantes de clemencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (párrafo 76). Respecto de las acciones civiles de reclamación de daños y perjuicios que pudieran plantearse en relación con infracciones sancionadas en procedimientos de competencia en los que se hayan presentado solicitudes de clemencia, la CNMC no facilita copias de las declaraciones de los solicitantes.

Finalmente, en el apartado 7 de la Comunicación se hace referencia a la coordinación existente entre la CNMC y la Comisión Europea en los asuntos que afectan al comercio entre los Estados miembros [*cfr.* artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado; así como párrafos 16 y siguientes, y 37 y siguientes, de la «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia», ya citada]; así como a la coordinación de la CNMC con las Autoridades de Competencia de otros Estados miembros.

Juan ARPIO SANTACRUZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
arpio@unizar.es