

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2009)4

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

18-Aug-2009

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2009)4
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- Sesión I: Utilización de la clemencia en la lucha contra los cárteles duros --

Contribución de España

9-10 de septiembre de 2009, Santiago, Chile

El documento adjunto de España será circulado PARA SU DEBATE en la sesión I del Foro Latino Americano de Competencia que se llevará a cabo en Chile los días 9 y 10 de septiembre del 2009.

Contacto: Sra. Hélène Chadzyska, administradora, directora del programa del LACF
Tel.: +33 (0)1 45 24 91 05; Fax: +33 (0)1 45 2496 95
Correo electrónico: helene.chadzyska@oecd.org

JT03268672

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Spanish - Or. English



**FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
-- 9-10 de septiembre de 2009, Santiago (Chile) --**

Sesión I: Utilización de la clemencia en la lucha contra los cartels duros

PROGRAMA ESPAÑOL DE CLEMENCIA
Clara Guzmán Zapater, Directora de Investigación

1. Introducción

1. Desde su entrada en vigor el 28 de febrero de 2008 del programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia, se ha de incidir en el resultado positivo de dicho programa, tanto por el número de solicitudes de clemencia presentadas, como por los resultados obtenidos tras el examen y valoración de las primeras solicitudes de clemencia presentadas.

2. No es posible facilitar estadísticas en relación con la aplicación en España de este programa, Debido a requisitos de confidencialidad que debe regir en la tramitación de dichos expedientes. No obstante, un 16% de los expedientes incoados en 2008 en la CNC tuvieron su origen en una solicitud de clemencia. Es un hecho, por tanto, que esta herramienta, junto con los nuevos poderes de investigación, un incremento en la cuantía de las sanciones y una política basada en la transparencia, ha supuesto un claro revulsivo en la detección de cárteles por la autoridad española de competencia, en línea con uno de los objetivos fundamentales de la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), respecto a la lucha contra las prácticas más dañinas, en particular, los cárteles.

3. El programa de clemencia instaurado por los artículos 65 y 66 de la LDC se inspira en el modelo comunitario de inmunidad y/o reducción establecido por la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, así como en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia.

2. El Programa de clemencia en España

4. Los cárteles figuran entre las **infracciones muy graves** en la LDC, pudiendo imponerse a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

5. No obstante, de acuerdo con el programa de clemencia, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) podrá eximir a una empresa o a una persona física del pago de la multa cuando sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan:

ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse tales elementos de prueba no se disponga de elementos suficientes para ordenar la mencionada inspección, o comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la CNC no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención en virtud de lo dispuesto en el punto anterior.

6. También se establece la necesidad de cumplir determinados requisitos:

- a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la CNC a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.
- b) Poner fin a su participación en la infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba¹.
- c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar la solicitud en cuestión o su contenido.
- d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción, en el supuesto del solicitante de exención.

7. Una vez examinada la información y los elementos de prueba presentados en la solicitud de exención, el Director de Investigación adoptará el acuerdo relativo a la concesión o no de la exención condicional. Las solicitudes de reducción no se examinan sin antes haberse pronunciado sobre la exención condicional relativa a solicitudes previas relacionadas con el mismo cártel.

8. Al concederse la exención condicional en ningún supuesto se le está reconociendo al solicitante de exención la concesión de la exención de la multa, únicamente se le comunica que la Dirección de Investigación ha considerado que cumple los requisitos de la LDC, siendo en todo caso el Consejo de la CNC el que va a decidir, de acuerdo con la propuesta de la DI, que efectivamente se le exonera del pago de la multa si al término del procedimiento sancionador el solicitante de exención ha cumplido los deberes de cooperación establecidos en la LDC.

¹ Excepto en aquellos supuestos en los que la CNC estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

2.1. *Garantías del programa de clemencia: transparencia y confidencialidad*

9. Conforme a la política de transparencia de la CNC, en la tramitación de las solicitudes de clemencia el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el **Reglamento de Defensa de la Competencia** (en adelante, RDC), establece el procedimiento a seguir, tanto en lo referente a las condiciones y requisitos para la presentación de estas solicitudes, como a la valoración y análisis de las mismas, que por una parte garantiza la seguridad, confidencialidad y previsibilidad en cuanto al resultado al propio solicitante de clemencia y, por otra, respeta la defensa de los derechos del resto de los interesados, necesario en un procedimiento sancionador.

10. Asimismo, con anterioridad a la aprobación del RDC, se publicaron en la página Web de la CNC unas **Indicaciones provisionales** para la tramitación de las solicitudes de clemencia, posteriormente actualizadas en marzo de 2009, de acuerdo con la experiencia adquirida en el primer año de aplicación del programa de clemencia e incluyendo mejoras, como la posibilidad de presentar una **solicitud de clemencia “on line”** a través del Registro Electrónico de la CNC (<https://oficinavirtual.cncompetencia.es>).

11. En cuanto a los órganos encargados de la tramitación de las solicitudes de clemencia presentadas ante la CNC, dado que dichas solicitudes derivan en un expediente sancionador, desde un primer momento se mantiene la **estricta separación entre el órgano de instrucción, la Dirección de Investigación de la CNC, y el órgano de resolución de la CNC, el Consejo de la CNC.**

12. La Dirección de Investigación recibe las solicitudes de clemencia y determina si se concede, previa petición motivada del solicitante, un plazo para la presentación de los elementos probatorios del cártel, si el solicitante puede divulgar la presentación de la solicitud antes de la notificación del Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH), o si permite que el solicitante siga participando en el cártel tras la presentación de su solicitud por ser necesario para garantizar la eficacia de una inspección. Finalmente, una vez examinada la información y los elementos de prueba presentados en la solicitud de exención, el Director de Investigación adoptará el acuerdo relativo a la concesión o no de la exención condicional:

- Acuerdo de exención condicional del pago de la multa, puesto que se cumplen las condiciones establecidas en la LDC y se considera que podrían existir actuaciones constitutivas de prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y, en su caso, por el artículo 81 del Tratado, o
- Acuerdo de rechazo de la solicitud de exención, si no se cumplen las condiciones establecidas en la LDC, haciendo constar que podrá retirar la información y los elementos de prueba presentados en la solicitud de exención o solicitar a la Dirección de Investigación que sean examinados como una solicitud de reducción del importe de la multa, siempre que el solicitante facilite elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNC, es decir, que por su naturaleza o nivel de detalle permitan a la CNC aumentar su capacidad de probar los hechos de que se trate.

13. Respecto de las solicitudes de reducción, si los elementos de prueba aportan **valor añadido significativo**, la Dirección de Investigación comunicará su propuesta al Consejo de la CNC sobre la reducción del importe de la multa, dentro de los intervalos que corresponda según lo dispuesto en la LDC, o bien informará de que no procede dicha propuesta de reducción del importe de la multa por no cumplirse los requisitos para obtener la reducción.

14. El Consejo de la CNC, recibida la propuesta de la Dirección de Investigación, de cumplirse los requisitos legalmente previstos, decidirá si procede la concesión de la exención del pago de la multa en la resolución que ponga fin a dicho procedimiento o una reducción del importe de la multa, fijando, en su

caso, el porcentaje de reducción aplicable a cada empresa o persona física que haya solicitado dicha reducción en el ámbito del cártel en cuestión.

15. Con objeto de garantizar la **confidencialidad** de la solicitud de clemencia, así como de la información y elementos de prueba facilitados y el anonimato del solicitante, se ha creado en la Dirección de Investigación una Unidad específica que analiza estas solicitudes, la Subdirección de Cárteles y Clemencia y se han habilitado números de teléfonos en los que el solicitante puede requerir asistencia para la presentación de una solicitud, ya sea escrita o verbal.

16. En el momento de la incoación del expediente, en la Web de la CNC se hace **público el hecho de la incoación** y los interesados pueden acceder al expediente y obtener copias de los documentos que integren el expediente, a excepción de la pieza separada de confidencialidad, que contendrá tanto los secretos comerciales de otros interesados o terceros, como la pieza especial de confidencialidad relativa a las solicitudes de clemencia presentadas.

17. No obstante, **una vez que se remita el PCH** y para no vulnerar los derechos de defensa del resto de los incoados, una de las garantías fundamentales del Derecho de la Competencia, **se permite el acceso** de aquellos datos o documentos de las solicitudes de clemencia presentadas que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar el PCH.

18. Todo ello, sin perjuicio de que, en relación con las declaraciones efectuadas por el solicitante de clemencia de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud, ya sean escritas o verbales, los **interesados no puedan obtener copias de éstas**, aunque sí serán accesibles y se podrán tomar las notas que se estimen oportunas.

19. Ello no obsta, además, el **deber de secreto** que la LDC establece para todos los que toman parte en la tramitación de los expedientes y tienen acceso a éste, así como su utilización exclusiva para los fines determinados en la LDC, respecto a la defensa de sus derechos a efectos de procedimientos judiciales o administrativos de aplicación de las reglas de competencia que sean el objeto del procedimiento administrativo sancionador al que corresponde el expediente y, en ningún caso, con el carácter de información pública. La utilización con fines distintos supondría la violación del deber de secreto, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que correspondan.

2.2. *Incentivos para la presentación de solicitudes*

20. La **eficacia** del programa de clemencia depende, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de exención y/o reducción de la posible multa. Entre otros, en el caso del programa de clemencia español, podemos destacar:

- a) Posibilidad de presentar una solicitud de clemencia tanto por **una empresa como por una persona física** que, formado parte de un cártel, solicite beneficiarse del programa de clemencia.
- b) Posibilidad de presentar solicitudes de clemencia **con posterioridad a la incoación del expediente y hasta la notificación del PCH** e incluso, respecto de las solicitudes de reducción, tras dicha notificación cuando, teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la naturaleza o el contenido de los elementos de prueba aportados así los justifiquen, incentivando de esta manera el aporte de información y pruebas que permitan corroborar los hechos hasta prácticamente el final del procedimiento.
- c) Las **garantías procedimentales** ofrecidas en el programa de clemencia, que garantizan desde el primer momento el anonimato al solicitante de clemencia, así como una total transparencia en

cuanto a las condiciones que ha de cumplir para obtener la exención o, en su caso, la reducción del importe de la multa.

- d) Finalmente, un **nivel suficientemente elevado de las sanciones** que puedan ser aplicadas a los participantes en un cártel, considerada una infracción muy grave en la LDC, pudiendo imponerse una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, como se ha reafirmado en la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

3. Coordinación con otros órganos de competencia

21. En cuanto a la coordinación con otros órganos de competencia, en el RDC se han desarrollado los mecanismos de coordinación con los **órganos autonómicos de defensa de la competencia** (actualmente existen doce) en los procedimientos de clemencia, que complementan lo previsto en la legislación ya existente².

22. Respecto a la **Comisión Europea**, siguiendo el modelo del programa de clemencia de la Red de Autoridades de Competencia, en el supuesto de aplicación del artículo 81 del TCE para cárteles que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, se podrán presentar ante la Dirección de Investigación solicitudes abreviadas de exención en los casos en los que la empresa haya presentado o vaya a presentar una solicitud de exención del pago de la multa ante la Comisión Europea por ser ésta la autoridad de competencia particularmente bien situada.

23. En este punto hay que destacar la colaboración y coordinación entre la CNC y los servicios de la Comisión Europea y **otras Autoridades Nacionales de Competencia de la Unión Europea (ANCs)**, designando puntos de contacto en materia de clemencia. Ejemplo de esta coordinación es el Grupo de Trabajo de Clemencia creado por estas Autoridades y cuya última reunión se celebró el 20 de abril de 2009 en Madrid, en la que se analizaron, entre otros temas, los problemas comunes derivados de solicitudes de clemencia que afectan a varias jurisdicciones, es decir, a la Comisión Europea y a jurisdicciones nacionales de Estados miembros, así como la problemática derivada de solicitudes presentadas conjuntamente (joint venture, filiales y matrices, etc.).

24. Esta coordinación no es sólo necesaria para una correcta tramitación de las solicitudes de clemencia presentadas, sino también imprescindible para incrementar la información que se pueda compartir entre Autoridades de Competencia, dentro del respeto máximo a la confidencialidad, como es norma incluso dentro de la propia CNC y que debe garantizarse, en todo caso, para mantener la credibilidad del programa de clemencia, no sólo respecto de futuros solicitantes, sino también de cara a los abogados especialistas en competencia que pueden animar a sus clientes a presentar una solicitud de clemencia. Por ello, en todos los foros en los que la Autoridad española tiene la oportunidad de participar insiste en la necesidad de seguir mejorando esta coordinación y colaboración entre Autoridades de Competencia.

4. Conclusión

25. Tras algo más de un año de puesta en práctica del programa de clemencia español, se ha de destacar no sólo el significativo número de solicitudes de clemencia presentadas, sino también las

² 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.

consecuencias derivadas de la puesta en marcha de este programa respecto de la lucha contra los cárteles. Una de las consecuencias ha sido el significativo aumento de inspecciones realizadas por la CNC desde su entrada en vigor. Estas inspecciones, además, han provocado la incoación de nuevos expedientes, distintos del de clemencia original, fruto de la información recabada en algunas de ellas.

26. Siguiendo los plazos procedimentales establecidos en la LDC, el Consejo de la CNC deberá pronunciarse durante los próximos meses sobre los primeros expedientes fruto de este programa. Será esta una nueva ocasión para poner a prueba el nuevo procedimiento en su fase de resolución.

27. La creación de una unidad especializada en la detección de cárteles dentro del órgano instructor (Dirección de Investigación), se considera una pieza fundamental e imprescindible para garantizar al máximo la confidencialidad y del procedimiento y ,con ello, la seguridad jurídica de los implicados en estos expedientes. Más aún considerando que aquellos expedientes que se tramitan de acuerdo con el programa de clemencia siguen un procedimiento especialmente minucioso y detallado, como no podía ser de otra manera, distinto, en el caso español, del procedimiento administrativo aplicable al resto de expedientes sancionadores.

28. Una continua y estrecha colaboración entre la CNC y la CE así como con otras ANCs, especialmente comunitarias, resulta del todo necesaria y en este aspecto resulta especialmente necesario insistir en los foros internacionales.

29. El establecimiento y publicidad de unos procedimientos claros para la presentación y tramitación de solicitudes y la existencia de unos criterios transparentes de concesión de la posible exención o reducción, unidos a unos poderes de investigación reforzados y al incremento de la cuantía de las sanciones han permitido la creación de un clima de credibilidad y eficacia en cuanto a su efectiva aplicación que permite afirmar que se está consiguiendo el principal objetivo de su implantación.