

# PRIMERAS EXPERIENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN ESPAÑA POR PARTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

ALFONSO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ y ANTONIO GUERRA FERNÁNDEZ  
Abogados\*

## Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia

*Transcurridos casi cuatro años desde la entrada en vigor del denominado «programa de clemencia» en el Derecho español de la Competencia, la CNC ya ha tenido ocasión de resolver varios expedientes en los que ha aplicado las nuevas reglas. Este artículo ofrece un resumen de las decisiones dictadas y de los principales problemas jurídicos suscitados.*

## First experiences in the application of the leniency program by the Spanish Competition Authority

*After almost four years since the entry into force of the so-called «leniency program» in Spanish antitrust law, the national competition authority has applied the new rules in several cases. This article summarizes these cases and the chief legal issues raised.*

### 1 - EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN DERECHO ESPAÑOL

El objetivo de los denominados «programas de clemencia»<sup>1</sup> es facilitar la lucha contra los cárteles, unas prácticas empresariales especialmente dañinas y de difícil detección. Si bien estos programas han mostrado una gran eficacia a nivel mundial, su utilización por empresas y autoridades plantea frecuentes problemas jurídicos anudados a las garantías que deben presidir en todo momento los procedimientos sancionadores tramitados por la Administración.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») introdujo en España la clemencia como cauce específico para obtener la exención o reducción del importe de la multa en casos de cárteles, como se venía haciendo en varias jurisdicciones de nuestro entorno. Aunque la LDC contempla en sus artículos 65 y 66 los requisitos para acogerse a la clemencia, su efectiva aplicación se demoró, en virtud de lo previsto en la disposición final tercera, hasta la entrada en vigor del Real

Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia («RDC»)<sup>2</sup>, que dedica la Sección 7.<sup>a</sup> de su Capítulo II a completar las previsiones de la LDC mediante el desarrollo de diversos aspectos relacionados con el contenido de las solicitudes de clemencia y el procedimiento aplicable para su tramitación<sup>3</sup>.

El régimen jurídico de la clemencia en España está directamente inspirado en el modelo comunitario<sup>4</sup>.

El artículo 65 LDC establece que podrán acogerse al programa de exención del pago de la multa aquellas empresas o personas físicas<sup>5</sup> que sean las pri-

2 El RDC fue publicado en el BOE de 27 de febrero de 2008 y entró en vigor al día siguiente.

3 La Comisión Nacional de la Competencia («CNC») ha publicado adicionalmente un documento titulado «Indicaciones de la CNC para la tramitación de las solicitudes de exención y de reducción del importe de la multa», con consideraciones de naturaleza práctica para la presentación de las solicitudes y que completan lo establecido en la LDC y el RDC.

4 Vid. Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11) publicada en el DOUE de 8 de diciembre de 2006. El modelo comunitario ha sido seguido en la gran mayoría de jurisdicciones de la Unión Europea. Los Estados miembros que ya disponían de programas de clemencia anteriores a la aprobación de la Comunicación han adaptado sus programas a los términos contenidos en esta. Por su parte, aquellos Estados miembros que no disponían de programas de clemencia en esa fecha, como era el caso de España, los aprobaron siguiendo casi miméticamente los términos de la Comunicación.

5 El apartado tercero del artículo 65 LDC establece también que «la exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las per-

\* Abogados del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

1 Se ha convertido en costumbre traducir al castellano como «clemencia» el término con el que se denominan habitualmente estos programas en inglés: «leniency». No estamos seguros de que el uso del término «clemencia» sea muy afortunado a estos efectos pero, por razones prácticas y dado que se trata de un término de uso generalizado en nuestro país, será el que se utilice en este artículo.

meras en aportar elementos de prueba para que la CNC pueda ordenar una inspección o detectar la existencia de un cártel. Además, la exención está condicionada a que el solicitante cumpla cinco obligaciones: (i) deber de cooperación plena, continua y diligente con la CNC; (ii) terminación inmediata de la participación en la presunta infracción (salvo que la CNC indique lo contrario con el fin de preservar la eficacia de una posible inspección); (iii) no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención; (iv) no haber revelado a terceros, distintos de las autoridades de defensa de la competencia, su intención de presentar la solicitud de exención o su contenido, y; (v) no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

Por su parte, el artículo 66 LDC establece que podrán solicitar la *reducción* del importe de la multa aquellas empresas o personas físicas<sup>6</sup> que, sin ser las primeras en acudir a la CNC, «*faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia [bien por haber sido aportados con anterioridad por otro solicitante de clemencia o bien por haber sido obtenidos de oficio por la CNC]*». Los solicitantes de reducción están sometidos a las mismas obligaciones establecidas en el artículo 65.2 LDC para los solicitantes de exención con la única excepción del punto (v) *supra*: esto es, una empresa que haya adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en el cártel no puede solicitar la exención del pago de la multa pero sí una reducción de su importe.

El importe de la reducción dependerá del orden de llegada a la CNC de las empresas solicitantes: entre el 30 y el 50% si es la primera (se entiende que al margen de un posible solicitante de exención); entre el 20 y el 30% si es la segunda, y hasta el 20% para el resto de potenciales solicitantes de reducción.

Adicionalmente, el artículo 66.3 establece que «*la aportación por parte de una empresa o persona física*

*sonas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.*

**6** La solicitud de reducción del importe de la multa se extiende también a los representantes y personas que integran los órganos directivos de la compañía que hayan intervenido en el acuerdo prohibido siempre que colaboren con la CNC (vid. apartado cuarto del artículo 66 LDC).

*de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tenida en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe correspondiente a dicha empresa o persona física*». El objeto de esta disposición es evitar que se agrave la sanción que correspondería al solicitante de reducción como consecuencia de las pruebas que aporte a la CNC, por ejemplo si acredita una mayor duración del cártel, pues en tal caso el beneficio de la reducción podría verse neutralizado por la mayor multa correspondiente a una infracción más grave o más larga<sup>7</sup>.

Por su parte, y como señalábamos anteriormente, el RDC desarrolla las previsiones de la LDC en relación con el contenido de las solicitudes de clemencia (que incluye la posibilidad de presentar solicitudes abreviadas y/o verbales), su carácter confidencial, la tramitación y desarrollo del procedimiento ante la CNC así como los mecanismos de coordinación entre esta y los órganos autonómicos de defensa de la competencia. Los aspectos más relevantes se regulan en sus artículos 49 y 52.

El artículo 49.2 RDC desarrolla el concepto de «*valor añadido significativo*» en el marco de las solicitudes de reducción del importe de la multa, aclarando que son aquellos datos «*que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de la Competencia de probar los hechos de que se trate*»<sup>8</sup>.

**7** Esta previsión también está contemplada en la Comunicación de la Comisión pero con una redacción más clara que la de la LDC: «*Si el solicitante de una reducción de la multa es el primero en facilitar pruebas concluyentes en el sentido del punto 25 que la Comisión utilice para establecer hechos adicionales que redunden en un incremento de la gravedad o de la duración de la infracción, la Comisión no tomará en cuenta estos hechos adicionales cuando fije el importe de la multa a la empresa que haya facilitado dichas pruebas*».

**8** En este punto la Comunicación de la Comisión es más explícita que el RDC al señalar en su párrafo 25 que en la evaluación de si los elementos de prueba aportados suponen valor añadido significativo «*la Comisión, en general, concederá más valor a las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las pruebas establecidas posteriormente. Del mismo modo, los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que los que solo guarden relación indirecta con los mismos. Asimismo, el grado de corroboración de otras fuentes necesario para poder utilizar las pruebas presentadas contra otras empresas involucradas en el caso repercutirá en el valor conferido a dichas pruebas, de tal modo que se atribuirá un mayor valor a las pruebas concluyentes que a pruebas tales como las declaraciones que exigen corroboración en caso de ser contradictorias*».

Por su parte, el artículo 52 RDC concreta el deber de cooperación de los solicitantes de reducción y exención establecido en los artículos 65.2.a) y 66.1.b) LDC. En línea con el modelo comunitario (*vid.* párrafo 12.a de la Comunicación de la Comisión), el RDC establece que el deber de cooperación durante todo el procedimiento se materializa en las siguientes obligaciones: (i) facilitar sin dilación a la Dirección de Investigación de la CNC toda la información y elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición; (ii) quedar a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos; (iii) facilitar a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores; (iv) abstenerse de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes, y; (v) abstenerse de divulgar la presentación de la solicitud o su contenido antes de la notificación del Pliego de Concreción de Hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación. Como ya se ha indicado, el incumplimiento del deber de cooperación puede conllevar la retirada final del beneficio de la exención o de la reducción del importe de la multa al solicitante de clemencia.

A continuación se resumen las primeras decisiones en materia de clemencia, en las que ya se muestra la interpretación y aplicación por la CNC de las reglas que acaban de describirse.

## 2 · PRIMERAS DECISIONES DE LA CNC

### (i) «Fabricantes de gel»<sup>9</sup>

El primer día de entrada en vigor del programa de clemencia, Henkel presentó ante la CNC una solicitud de exención en relación con un supuesto cártel que afectaba al mercado de geles de baño y ducha. Su competidor Sara Lee también presentó una solicitud de exención, que hubo de reconducir a una reducción del importe de la multa al haber llegado más tarde al registro de la CNC. La Resolución exoneró a Henkel del pago de la multa que le hubiera correspondido (4,3 millones de euros) y redujo la de Sara Lee en un

40% (fijando la multa final en 3,7 millones en lugar de 6,2 millones de euros).

La CNC concedió la reducción a Sara Lee a pesar de que el valor probatorio de su solicitud era «*equivalente*» al aportado por Henkel (*vid.* F.D. Duodécimo). La razón es que, según la CNC, los elementos de prueba aportados por Sara Lee tenían un valor añadido significativo al haber «*contribuido en buena medida a corroborar las declaraciones de Henkel*». Como se verá más adelante, en Resoluciones posteriores la CNC ha sido mucho más exigente a la hora de evaluar la aportación o no de «valor añadido significativo» en el sentido del artículo 66 LDC.

### (ii) «Peluquería Profesional»<sup>10</sup>

Henkel solicitó la exención, en este caso respecto a un acuerdo de intercambio de información entre competidores en el mercado de la peluquería profesional. También hubo un solicitante de reducción del importe de la multa (Wella) pero, a diferencia de la Resolución «Fabricantes de Gel», la solicitud se presentó cuando la instrucción del procedimiento estaba muy avanzada.

La Resolución destaca por dos motivos: la aplicación de la clemencia a un intercambio de información (y no a un cártel)<sup>11</sup> y la retirada final a Wella de la reducción del importe de la multa en contra de la propuesta de la Dirección de Investigación<sup>12</sup>.

### (iii) «Bombas de Fluido»<sup>13</sup>

El Grupo Industrial Ercole Marelli y su matriz, UTC solicitaron una exención respecto a unos

<sup>10</sup> RCNC de 2 de marzo de 2011 (Expediente S/0086/08).

<sup>11</sup> La información intercambiada se refería a volúmenes de ventas, costes laborales y precios medios aplicados, aunque en algunas ocasiones las empresas habían intercambiado información sobre previsiones de incrementos futuros medios de sus precios de tarifa. La CNC consideró que el intercambio de previsiones sobre incrementos futuros de precios tiene una naturaleza equivalente a un cártel de precios (F.D.Séptimo).

<sup>12</sup> La RCNC consideró que los elementos de prueba aportados por Wella no suponían un «valor añadido significativo» en el sentido del artículo 66 LDC (*vid.* F.D. Decimocuarto de la Resolución). Se adopta así un criterio más rígido que el seguido en «Fabricantes de Gel», al no considerar si la documentación aportada por Wella había contribuido a corroborar los elementos de prueba facilitados previamente por el solicitante de exención. La Resolución concede a Wella una reducción del 5% en el importe de la multa, pero no en concepto de aplicación del programa de clemencia sino de atenuante por colaboración activa de la empresa con la CNC.

<sup>13</sup> RCNC de 24 de junio de 2011 (Expediente S/0185/09).

<sup>9</sup> RCNC de 21 de enero de 2010 (Expediente S/0084/08).

acuerdos entre competidores en el mercado de bombas industriales de fluido y equipos industriales contra incendios. La CNC concedió la exención al solicitante en relación con dos conductas infractoras, si bien sin pronunciarse con claridad sobre si la segunda constituía o no un cártel:

*«El que la calificación dada a los hechos relacionados con la segunda conducta por el Consejo pueda diferir de la propuesta por la DI en cuanto a su consideración como cartel, no debe llevar en este caso a penalizar al clemente. La empresa ha obrado en todo momento de buena fe aportando información también en relación a esta segunda conducta» (vid. FD. Décimo).*

(iv) «Transitarios»<sup>14</sup>

ABX Logistics presentó una solicitud de exención relativa a un supuesto cártel sobre servicios logísticos y aduaneros, produciéndose con posterioridad dos solicitudes de reducción de sanción. La primera de estas solicitudes de reducción se desestimó por razón del carácter genérico y vago de la información aportada por la empresa interesada.

(v) «Vinos Finos de Jerez»<sup>15</sup>

Complejo Bodeguero Bellavista y otra bodega de su grupo solicitaron exención en relación con un supuesto cártel que afectaba a la limitación de oferta de vino, el reparto de cupos de producción, la fijación de un precio mínimo y la creación de mecanismos de compensación entre productores. Las Bodegas González-Byass solicitaron una reducción de la sanción dos días después de las inspecciones domiciliarias realizadas por la CNC, si bien no se concedió por apreciarse falta de cooperación y de valor añadido significativo de la información aportada.

### 3 · PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS POR LA CLEMENCIA EN ESPAÑA

#### 3.1 · Tipos de conductas cubiertas

Los artículos 65 y 66 LDC dejan claro que la clemencia se aplica a los cárteles y solo a ellos, sin

extenderse a otras infracciones contempladas en la LDC. En este punto es esencial recordar que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho comunitario, la LDC contiene una definición legal de lo que debe entenderse por «cártel» en su disposición adicional cuarta:

*«A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.»*

Esto es, solo es un «cártel» en Derecho español un acuerdo de naturaleza secreta y cuyo objeto sea alguno de los incluidos en la disposición adicional cuarta. Por el contrario, muchos acuerdos entre competidores, incluso restrictivos y contrarios al artículo 1 LDC, quedan fuera de la noción legal de «cártel», como por ejemplo determinados acuerdos de estandarización, de investigación y desarrollo, de especialización, de compra conjunta o de comercialización<sup>16</sup>.

Sin embargo, y a pesar de la claridad de los preceptos citados, la CNC no se ha limitado a aplicar la clemencia a acuerdos que encajen en la definición legal establecida en la disposición adicional cuarta, sino también a conductas empresariales situadas en puridad fuera del perímetro del «cártel». Así, en «Peluquería Profesional» se aplicó la clemencia a un acuerdo de intercambio de información entre competidores al entender que esta se refería, en ocasiones, a previsiones de incrementos futuros de precios y que la reciente Comunicación comunitaria sobre acuerdos de cooperación horizontal considera que el intercambio entre competidores de información sobre previsiones de precios constituye una restricción de la competencia «por objeto» equivalente a un cártel.

Nos parece una interpretación cuestionable. A diferencia de lo que ocurre en Derecho comunitario, el legislador español ha optado por definir con precisión las conductas que deben tener la consideración de «cártel», limitando la clemencia a esta figura. La LDC no equipara el concepto de «cártel» a todos los acuerdos entre competidores restrictivos por su objeto, sino solo a algunos de ellos: los defi-

<sup>14</sup> RCNC de 31 de julio de 2010 (Expediente S/0120/08).

<sup>15</sup> RCNC de 28 de julio de 2010 (Expediente S/091/08).

<sup>16</sup> Sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, acuerdos de este tipo pueden formar parte de un cártel amplio que implique la fijación de precios o el reparto de mercados.

nidos por la disposición adicional cuarta, entre los que no se encuentran, por ejemplo, los acuerdos de intercambio de información.

Se desprende de lo anterior que una interpretación extensiva de las conductas infractoras de la LDC que pueden acogerse a los beneficios de la clemencia encuentra difícil acomodo en los explícitos términos de la LDC.

### 3.2 · Valor añadido significativo

El artículo 66.1 a) LDC exige, para reducir el importe de la multa, la aportación de *«elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia»*. Por su parte, el artículo 49 del RDC aclara 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 la Competencia de probar los hechos de que se trate»*.

La lectura combinada de los artículos 65 y 66 LDC revela que existen dos categorías de elementos de prueba relevantes a los efectos del programa de clemencia. Por un lado, los que descubran a la CNC la existencia de un cártel, permitiéndole ordenar una inspección domiciliaria o directamente la prueba de la infracción. Esta información puede dar lugar a una exención total del pago de la multa. Por otro lado, los elementos de prueba de «valor añadido significativo», esto es, que faciliten a la CNC la prueba de un cártel cuya existencia ya le consta; esta información no puede dar lugar a una exención total de la multa, pero sí a una reducción de su importe.

La práctica más reciente de la CNC interpreta restrictivamente la noción de «valor añadido significativo», que no comprendería las pruebas de hechos ya acreditados por documentos incorporados al expediente antes de la solicitud de reducción de la sanción ni los elementos tendentes a probar una menor duración o gravedad del cártel<sup>17</sup>. Tampoco alcanzará a declaraciones genéricas e inconcretas, sino solo a las concretas y detalladas<sup>18</sup>. No obstante, en alguna ocasión ha reconocido un «valor aña-

didado significativo» a elementos que corroboran o confirman lo declarado por la empresa que descubre a la CNC la existencia del cártel<sup>19</sup>.

### 3.3 · Alcance del deber de cooperación

Según los artículos 65.2 a) y 66.1 b) LDC, la cooperación *«plena, continua y diligente»* con la CNC es condición necesaria para obtener una exención o una reducción del importe de la sanción. Por su parte, el artículo 52 RDC define con precisión el contenido del deber de colaboración, tal y como se indicó *supra*.

El artículo 52 RDC habla de *«requisitos»*, lo que sugiere que se trata de una lista cerrada de condiciones cuyo cumplimiento íntegro por el solicitante satisfará el deber de cooperación, sin que le sea por tanto exigible el cumplimiento de condiciones adicionales o no previstas. Sin embargo, la CNC considera que determinadas acciones del solicitante pueden impedir la cooperación plena y continua, incluso si *«esta conducta no se encuentra entre el listado del artículo 52»*<sup>20</sup>, como por ejemplo la inclusión de pruebas de descargo y de prescripción en la documentación facilitada a la CNC como soporte de la solicitud de reducción de la sanción o no adherirse plenamente al Pliego de Concreción de Hechos ni renunciar a realizar alegaciones de descargo<sup>21</sup>.

De nuevo se trata de una postura cuestionable. El concepto jurídico indeterminado de *«cooperar plena, continua y diligentemente»* establecido en el artículo 65.2 a) LDC ha sido cerrado por el artículo 52 RDC con una lista tasada de «requisitos» cuya satisfacción por el solicitante de clemencia debe suponer el cumplimiento del deber de cooperación. Particularmente criticable resulta la exigencia de la CNC de que el solicitante de clemencia renuncie a formular alegaciones al Pliego y de que acepte de plano los hechos y acusaciones de la Administración. Recuérdese que el objeto del programa de clemencia es facilitar a la Administración elementos fácticos que le permitan probar la existencia de acuerdos secretos (y por tanto difíciles de acreditar), pero no la simple confesión o allanamiento de

<sup>17</sup> RCNC «Peluquería Profesional», pág. 116.

<sup>18</sup> RCNC «Transitarios», pág. 126.

<sup>19</sup> RCNC «Fabricantes de Gel», pág. 65.

<sup>20</sup> RCNC «Vinos Finos de Jerez», pág. 126.

<sup>21</sup> RCNC «Transitarios», pág. 127. *Vid.* igualmente manifestación de la Dirección de Investigación en la RCNC «Vinos Finos de Jerez», pág. 6.

las empresas partícipes, pues precisamente así se relevaría a la Administración de la carga de probar las infracciones por las que sanciona. Este aspecto es además de gran importancia para las empresas solicitantes de clemencia, que tienen un interés directo en negar los cargos y las infracciones en atención a las subsiguientes reclamaciones de daños y perjuicios que puedan afrontar en la jurisdicción civil.

### 3.4 · Alcance del tratamiento confidencial previsto para las solicitudes de clemencia

En relación directa con el punto anterior, una de las principales preocupaciones de las empresas partícipes en un cártel es la consecuencia que la solicitud de clemencia podría tener en una posible acción civil de reclamación de daños y perjuicios que siguiera a la Resolución de la CNC. Los documentos aportados en la solicitud suponen un reconocimiento de responsabilidad en el cártel que, en manos del reclamante de los daños, y consiguientemente del juez, dificultaría la defensa del solicitante de clemencia en el procedimiento civil.

El artículo 51 RDC señala que se considerará confidencial *«el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa»*. No obstante, los apartados segundo y tercero de este mismo artículo intentan necesariamente dar satisfacción a los derechos de defensa del resto de interesados en el procedimiento administrativo asegurando que *«tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos»* pero negándoles la posibilidad de obtener *«copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud»*.

En la práctica la Dirección de Investigación de la CNC mantiene confidenciales todos los documentos relacionados con la solicitud de clemencia hasta la remisión del Pliego de Concreción de Hechos. En ese momento levanta la confidencialidad respecto a la documentación que haya sido utilizada en el Pliego permitiendo obtener copias de la misma salvo de la transcripción de la declaración verbal del solicitante (a la que se da acceso pero respecto de la que no se facilitan copias). Es decir, en relación con el procedimiento administrativo el RDC ha previsto un distinto grado de protección de la documenta-

ción aportada en el marco de las solicitudes de clemencia; otorgándose una mayor protección a aquellos documentos (por ejemplo, declaraciones) creados *«de forma específica»* para la solicitud.

No obstante, como decíamos antes, la mayor preocupación de los solicitantes de clemencia no se refiere tanto al tratamiento confidencial de la solicitud durante el procedimiento administrativo sino a las garantías de que el contenido de su solicitud no va a terminar en las manos de un juez en el marco de un procedimiento civil de reclamación de daños y perjuicios.

En este sentido, la disposición adicional segunda de la LDC introdujo un nuevo artículo 15 bis en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC») en el que se establece un principio general de cooperación entre la CNC y los órganos judiciales en el marco de dichos procedimientos civiles. Este principio general de cooperación abarcaría a la remisión mutua de información y documentación salvo lo referido *«a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas»*.

Según esta previsión, la CNC parece poder negarse a facilitar a un órgano judicial toda la documentación aportada por un solicitante de clemencia en el marco de su solicitud durante el procedimiento administrativo. No cabe duda de que, de ser así, se trata de una garantía extraordinaria para los solicitantes de clemencia. Más aun cuando esta previsión no contiene ninguna distinción entre la diversa tipología de documentos aportados en la solicitud de clemencia. A diferencia de lo que ocurría en relación con el procedimiento administrativo (vid. artículo 51 RDC), el artículo 15 bis LEC no prevé un tratamiento distinto para los documentos *creados específicamente* para la solicitud de clemencia y el resto de documentos sino que, en principio y según el tenor de dicho artículo, la CNC podría negarse a facilitar al órgano judicial *todos* los documentos aportados por el solicitante de clemencia.

En España aun no ha habido oportunidad de comprobar la aplicación práctica de este precepto pero esta cuestión sí está planteándose ya en otros Estados miembros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resolvió el 14 de junio de 2011 una cuestión prejudicial planteada por un juez alemán sobre este aspecto<sup>22</sup>. En concreto el órgano

judicial alemán preguntaba al TJUE si el levantamiento de la confidencialidad de las solicitudes de clemencia en procedimientos civiles sería contrario al Derecho comunitario de la Competencia.

La respuesta del TJUE ha sido que a nivel de Derecho comunitario no existe ningún impedimento para el levantamiento de la confidencialidad por lo que el juez nacional deberá tomar una decisión en función de los méritos del caso llevando a cabo un balance entre los dos intereses contrapuestos: por un lado, el riesgo que puede derivarse del levantamiento de la confidencialidad como desincentivo para la presentación de futuras solicitudes de clemencia, y, por otro lado, el derecho de todos los interesados de reclamar los daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. El Tribunal señalaba a este respecto que las normas nacionales que regulen esta materia no pueden hacer imposible en la práctica la reclamación de dichos daños.

Merece la pena resaltar que la opinión del Abogado General Mazak previa a la resolución de la cuestión

prejudicial era distinta. El Abogado General proponía distinguir entre dos tipos de documentos: (i) los creados específicamente por el solicitante de clemencia para preparar su solicitud, y (ii) los documentos pre-existentes. Según el Abogado General la protección de la confidencialidad en el sentido al que nos estamos refiriendo aquí abarcaría solo a la primera tipología de documentos, esto es, una autoridad administrativa de defensa de la competencia no debería poder negarse a facilitar a un órgano judicial documentación aportada por un solicitante de clemencia en un procedimiento administrativo salvo que hubiera sido creada expresamente para la preparación de dicha solicitud.

Como hemos visto anteriormente, el contenido del artículo 15 bis LEC parece ir más allá de la sugerencia del Abogado General y referirse a toda la documentación aportada en el marco de la solicitud de clemencia, pero en virtud de lo señalado por el TJUE en la citada cuestión prejudicial no parece, en principio, ser contrario al Derecho comunitario de la Competencia.