



## INFORME RELATIVO A LA PROPUESTA DE COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA SOBRE EL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, Presidente.

D. Fernando Cachafeiro García, Vocal.

En Santiago de Compostela, a 23 de mayo de 2013.

A la vista de la consulta pública a la que se somete el Proyecto de Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Programa de Clemencia, el Pleno del *Consello Galego da Competencia*, con la composición expresada y siendo ponente D. Fernando Cachafeiro García, acordó emitir el presente Informe, al amparo de lo dispuesto en los arts. 4 y 7 de la *Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia* (LCGC).

### I. ANTECEDENTES

Con fecha de 7 de mayo de 2013, el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia remitió al *Consello Galego da Competencia* copia del Proyecto de Comunicación sobre el programa de clemencia, a los efectos de que el *Consello* se pronuncie sobre el mismo. En cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), el Proyecto de Comunicación será posteriormente presentado ante el Consejo de Defensa de la Competencia, antes de su aprobación por el Consejo de la CNC.

El *Consello Galego da Competencia* se felicita por la presentación de la Propuesta de Comunicación sobre clemencia que viene a sustituir a las Orientaciones Provisionales sobre la materia publicadas con ocasión de la promulgación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia.

Las observaciones que se formulan en el momento presente se refieren únicamente a la colaboración institucional entre el *Consello Galego da Competencia* y la Comisión Nacional de la Competencia en el marco del programa de clemencia y, consiguientemente, no agotan las posibles observaciones que puedan formularse posteriormente respecto del proyecto de directrices de clemencia.

En fecha de 23 de mayo de 2013, el Pleno del *Consello Galego da Competencia*, con la composición expresada, adoptó el acuerdo de emitir el presente Informe.



## II. MARCO INSTITUCIONAL VIGENTE

A tenor de lo dispuesto en el art. 3 de la LCGC, el *Consello Galego da Competencia* es el órgano competente para la instrucción y resolución de los procedimientos que se tramitan sobre conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando las citadas conductas puedan alterar la competencia en el ámbito de la comunidad autónoma de Galicia, en los términos previstos en la la Ley de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (Ley de Coordinación).

Cuando el *Consello Galego da Competencia* instruye y, en su caso, resuelve un expediente por prácticas colusorias aplica, como es bien conocido, la Ley de Defensa de la Competencia, dado que las Comunidades Autónomas carecen de competencias legislativas en este ámbito. Así las cosas, las autoridades de competencia autonómicas son competentes para aplicar los arts. 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los arts. 46 a 53 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), en los que el legislador ha introducido en nuestro país el programa de clemencia. En suma, el *Consello* puede recibir, tramitar y –en su caso- conceder “clemencia” a las empresas que se lo soliciten y cumplan los requisitos.

Con estos antecedentes, entendemos que la Propuesta de Comunicación objeto del Presente Informe debería aludir a la posibilidad de que las solicitudes de clemencia se presenten ante las autoridades de competencia autonómicas y arbitrar mecanismos de coordinación para el caso de que esto suceda, conjuntamente con el resto de autoridades.

La omisión de cualquier referencia a las autoridades autonómicas en la Propuesta de Comunicación sorprende, asimismo, si se tiene en cuenta que el Reglamento de Defensa de la Competencia, objeto de desarrollo por la presente Comunicación, contiene un precepto (art. 53) expresamente dedicado a la coordinación con los órganos autonómicos “*en los procedimientos de exención del importe de la multa*”.

## III. LA SOLICITUD DE CLEMENCIA

### 1. El solicitante de clemencia

El párrafo 14 de la Propuesta de Comunicación dispone que “puede solicitar clemencia “cualquier empresa o persona física (...) participante en un cartel que afecte al *territorio español*”.



A nuestro modo de ver, la anterior afirmación resulta desafortunada por cuanto parece dar a entender que es preciso que el cartel tenga una determinada dimensión geográfica para poder beneficiarse del programa, excluyendo -por ejemplo- a los acuerdos que restringen la competencia en una parte del territorio. Así las cosas, entendemos que no hay razón para desmarcarse de la terminología que utiliza el legislador y emplear –en consecuencia- el tenor literal de la LDC, a saber, los participantes en cárteles que restrinjan la competencia “en todo o parte del territorio nacional”.

## 2. Preparación de la solicitud

El párrafo 18 de la Propuesta de Comunicación señala que “la empresa o persona física que esté contemplando presentar una solicitud de clemencia, *podrá dirigirse al personal de contacto de la Dirección de Investigación de la CNC (Dirección de Investigación) indicado en la página Web de la CNC para recibir asistencia sobre la presentación de dicha solicitud*”.

El *Consello Galego da Competencia* es competente para aplicar los artículos 65 y 66 de la LDC y, por lo tanto, las personas físicas o jurídicas que tengan intención de participar en el programa, también pueden dirigirse a la Subdirección de Investigación del *Consello* para recibir asistencia previa a la presentación de la solicitud. Lo mismo puede afirmarse, lógicamente, del resto de las autoridades de competencia autonómicas.

## 3. Lugar de presentación

El párrafo 19 de la Propuesta de Comunicación indica que “*la solicitud de clemencia debe ir dirigida a la Dirección de Investigación*”, sin perjuicio de que el solicitante pueda presentarla en cualquier registro administrativo en aplicación del art. 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En la línea que venimos sosteniendo, sería más acertado disponer que la solicitud debe ir dirigida a la Dirección de Investigación de la CNC o al correspondiente organismo de las autoridades de competencia autonómicas.

Así lo reconoce, por otro lado, el ya mencionado art. 53 del RGC, el cual alude a “los supuestos en los que la solicitud de exención se *formule ante una autoridad autonómica de competencia*”.

## IV. ASIGNACIÓN DE LA FECHA Y HORA DE PRESENTACIÓN

El programa de clemencia descansa en un estricto principio de prioridad temporal de ahí que la fecha y hora de la presentación de la solicitud constituya un aspecto de especial relevancia para las empresas participantes.



Al respecto, el párrafo 19 de la Propuesta de Comunicación dispone que “a los efectos de establecer su orden de recepción, de acuerdo con el RDC, éste viene determinado por la fecha y hora de entrada en el registro de la CNC de dicha solicitud”.

La Comunicación debería indicar que el orden de recepción de las solicitudes viene determinado por la fecha y hora de entrada en el registro de la CNC o de la autoridad de competencia autonómica de la que se trate.

En efecto, si una solicitud se presenta en el registro del *Consello Galego da Competencia*, parece lógico pensar que el *Consello* asigne la fecha y hora de presentación de solicitud, pues –de no ser así– se generaría incertidumbre jurídica y se podría perjudicar a las empresas que presentan sus solicitudes de clemencia ante una autoridad de competencia autonómica, que se verían relegadas en el orden de prelación sin ninguna razón que lo justifique.

Esta interpretación es la que resulta también del tenor literal del art. 53 del RDC el cual únicamente dispone que, antes de resolver sobre el fondo del asunto, las autoridades de clemencia deben someter las denuncias recibidas en el marco del programa de clemencia al trámite de asignación común a todos los expedientes, pero sin que este hecho suponga menoscabo alguno para la empresa que presentó la solicitud ante la autoridad autonómica.

Con estos antecedentes, pueden darse dos escenarios. Que la autoridad de competencia autonómica reciba una solicitud de clemencia, el expediente se someta al trámite de asignación previsto en el art. 2 de la Ley de Coordinación y que, como resultado del mismo, la autoridad autonómica resuelva la totalidad del expediente, incluida la solicitud de clemencia. O bien que presentada la solicitud, la CNC asuma la competencia en asignación y resuelva sobre el fondo del asunto, respetando el orden de prelación marcado por el lugar de presentación de la solicitud.

## **V. CAMBIO DE ASIGNACIÓN DEL EXPEDIENTE**

La Ley de Coordinación contempla la posibilidad, altamente infrecuente, de que un expediente pueda ser resuelto por una autoridad distinta del que lo incoó, con las salvedades previstas en su art. 2.4. Pues bien, en tales supuestos el art. 53.3 del RDC dispone que se deberá reconocer la exención condicional en el supuesto de que hubiese sido concedida con anterioridad al cambio de asignación.



## VI. CONCLUSIÓN

El *Consello Galego da Competencia* da la bienvenida a esta iniciativa para tratar de dotar de mayor seguridad jurídica a las solicitudes de clemencia, lo que redundará en un mayor éxito del programa y, por ende, de la lucha frente a los cárteles en España.

El *Consello Galego da Competencia* considera, sin embargo, que la Propuesta de Comunicación debe adaptarse al sistema de aplicación pública vigente en nuestro país a los efectos de contemplar la participación de este Consello y del resto de las autoridades autonómicas en la programa de clemencia.