

COMENTARIOS DEL GRUPO TELEFÓNICA SOBRE EL REGLAMENTO QUE DESARROLLA LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En primer lugar, TELEFÓNICA agradece al Ministerio de Economía y Hacienda la oportunidad que brinda a los agentes del sector de colaborar, realizando sugerencias al borrador de Reglamento propuesto, en el proceso de reforma del sistema español de defensa de la competencia.

Nuestros comentarios se centran en los siguientes preceptos:

- Artículo 1 y siguientes sobre la Regla *de minimis*. La Ley 15/2007 prevé la aplicación de una regla *de minimis* para aquellas conductas de menor importancia en relación con los artículos 1 a 3 de la Ley.. Sin embargo, el Reglamento no desarrolla lo dispuesto por la Ley respecto a los artículos 2 y 3 de la misma. En efecto, únicamente se limita a regular la aplicación de la regla de minimis en relación con las prácticas colusorias del artículo 1. Por ello, Telefónica estima que un desarrollo completo de lo establecido por la Ley es necesario; es decir, que deberían incluirse los criterios para la aplicación de la regla *de minimis* a los artículos 2 y 3 de la Ley

El legislador español ha optado por un esquema que no es novedoso y se repite en el derecho comparado, por ejemplo en el Reino Unido. En efecto, OFT establece una regla de *minimis* para las conductas susceptibles de ser un abuso de posición de dominio.

- Artículo 10. La exigencia de la designación de un domicilio en la sede donde se encuentra la autoridad de competencia no encuentra parangón en nuestro ordenamiento jurídico.
- Artículo 11.1.d). Errata. Ley 1572007 en vez de 15/2007.
- Artículo 11.1.e): El referido precepto nos parece incompleto. Añadimos en negrita nuestra propuesta.

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos, o hasta que haya transcurrido el plazo concedido para ello;

- Artículo 12.2: La frase, *que puedan servir para probar una infracción de especial gravedad* utiliza un concepto jurídico indeterminado, “infracción de especial gravedad”. Por ello, proponemos su sustitución por el concepto de ***infracción muy grave***, que se haya jurídicamente definido y es, por tanto, más respetuoso con el principio de seguridad jurídica.

Por otro lado, hallándonos ante una materia tan sensible como las inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, el artículo 12.2 del Reglamento debería tener un alcance más estricto. Así sólo se podrían autorizar investigaciones en domicilios particulares cuando existiesen fundados indicios de que las informaciones o documentos buscados por la CNC podrían no hallarse en la sede de la empresa.

- Artículo 12.5. En este artículo del reglamento habría de destacarse la confidencialidad de los documentos a los que este apartado se refiere y el mecanismo para que la Administración pueda solicitar una versión no confidencial al interesado. Por ello, entendemos que habría que añadir al mencionado precepto lo siguiente:

Los citados documentos tendrán el carácter de confidenciales. El personal inspector podrá hacer constar en el acta, o posteriormente comunicar por escrito a la empresa investigada, el plazo para presentar una versión no confidencial de los citados documentos.

- Artículo 15 relativo a la coordinación con los Presidentes de los órganos reguladores sectoriales. Este artículo es muy bien recibido por Telefónica. Una mayor coordinación entre las autoridades de competencia y los organismos reguladores es indispensable en términos de seguridad jurídica para el administrado. No obstante, y con el fin de profundizar en este objetivo, sería conveniente que se añadiera un párrafo que expresase la necesidad de hacer públicos todos aquellos acuerdos suscritos entre los presidentes de los organismos implicados en los que se arbitren los mecanismos de coordinación.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, las reuniones del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia con cada uno de los Presidentes de los Organismos reguladores sectoriales se celebrarán, al menos, anualmente o cuando se considere necesario por cualquiera de ellos, atendiendo a la situación de la competencia efectiva del sector económico respectivo o a circunstancias puntuales que le puedan afectar.

Los acuerdos entre los Presidentes por los que se establezcan los mecanismos de coordinación entre la CNC y los órganos reguladores sectoriales serán públicos.

- Artículo 18 relativo a la vista ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. En su apartado 3, proponemos, en negrita, una matización adicional:

*La vista comenzará con la exposición de la propuesta de resolución e informe del representante de la Dirección de Investigación, y terminará con la exposición por los interesados de sus alegaciones, concediéndose a los interesados y al representante de la Dirección de Investigación, si así lo considera oportuno el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, un nuevo turno para que, brevemente, puedan aclarar, rectificar hechos o conceptos y concretar su posición. **Los interesados podrán apoyarse para ello en medios audiovisuales.***

*Con respecto al apartado 4 proponemos, en negrita, la siguiente modificación: **tendrá el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia todas las facultades necesarias para conservar y restablecer el orden en las vistas (suprimiríamos, por tanto, audiencias públicas de la redacción original del precepto)** y mantener el respeto debido al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto a los intervinientes, incluso pudiendo ordenar, si lo estimara necesario, desalojar la sala.*

*Finalmente, y también en relación con la vista, Telefónica considera adecuado la inclusión de un precepto en el que se establezca la **obligatoriedad de la celebración de una vista cuando fuere propuesta por el presunto autor de la infracción o cuando cualquier otro interesado lo propusiere sin que medie oposición de ninguna de las partes.***

- Artículo 27 sobre incoación del expediente. En su apartado 1, el artículo 27 marca el contenido mínimo que habrá de preverse en la incoación del expediente. Telefónica propone la inserción de un contenido mínimo adicional, que señalamos en negrita:

*a) **Identificación de los presuntos responsables y de los denunciantes, si los hubiere.***

*b) **Hechos que motivan la incoación y precepto eventualmente infringido***

*c) **Instructor y, en su caso, Secretario de Instrucción, con indicación del régimen de recusación de ambos.***

*d) **En su caso, personas que ostenten la condición de interesado.***

- Artículo 29 sobre la incorporación de información a un expediente. Telefónica considera necesario añadir al texto del precepto la parte que se resalta en negrita:

La Dirección de Investigación podrá acordar la incorporación a un expediente de la información obrante en otro cuando la misma sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos investigados en aquél. El acuerdo de incorporación será notificado a los interesados y a los

*terceros que hubieran remitido la información objeto de incorporación, concediéndoles un plazo de 5 días para que aleguen cuanto estimen conveniente para la defensa de sus derechos e intereses. **Se exceptúa de lo anterior aquellas pruebas obtenidas en el curso de una inspección domiciliaria practicada con mandamiento judicial.***

Con esta modificación se evita que, conforme a los principios del derecho penal de los que bebe el procedimiento administrativo sancionador, aquellas actuaciones que se realizan mediante una limitación de los derechos fundamentales autorizada judicialmente (y una investigación con mandato judicial lo es) no puedan ser utilizadas en el ámbito de otros expedientes para los que no ha existido una autorización judicial previa.

- Artículo 30 sobre acceso al expediente. Telefónica propone la siguiente redacción alternativa de este precepto:

Una vez incoado el expediente los interesados podrán acceder a éste y obtener copias individualizadas de los documentos obrantes en el mismo, ya sea mediante su personación en las dependencias de la Comisión Nacional de la Competencia de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de ésta, o, a solicitud del interesado, por medios electrónicos.

Telefónica considera necesaria esta modificación del contenido del artículo. Las compañías que son objeto de un procedimiento enfrentan numerosas dificultades a la hora de acceder al expediente lo que supone un quebranto a su defensa. La obligación de personarse en las dependencias de la CNC y la necesidad de hacer solicitudes específicas suponen un enorme esfuerzo tanto de tiempo como de recursos para las empresas y la Administración, y consume cierto tiempo de los plazos en la fase de instrucción.

Por ello, Telefónica estima que debería suprimirse la imposibilidad de formular solicitudes genéricas por parte de los interesados. Además, Telefónica propone la adopción de instrumentos más adecuados y modernos como los establecidos por la CE. El envío de los expedientes a las compañías afectadas a través de medios electrónicos debería ser una autoexigencia de la Administración en aras de una mayor eficacia y mejor servicio al administrado, pudiéndose evitar así la Administración el tener que dedicar un plazo de tiempo para que los interesados puedan acceder al expediente. Del mismo modo, el administrado tendría más facilidades para cumplir con los plazos establecidos.

- Artículo 32.2 Errata. En la primera línea habría de suprimirse la preposición **en**.
- Artículo 33. Errata. En lugar de referirse a los apartados 1 y 2, el mencionado precepto debería hablar de los **apartados 1 y 3**.

- Artículo 34 sobre pruebas y actuaciones complementarias. El apartado 1 del artículo 34 dispone lo siguiente: *Recibido el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la práctica de pruebas, bien de oficio o a instancia de los interesados, instando a la Dirección de Investigación su práctica. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá rechazar la práctica de aquellas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación no lo hubieren sido.*

Con el objeto de mantener el carácter efectivo de la separación entre la fase de instrucción y la fase de resolución, Telefónica considera que el precepto debería ser claro a la hora de establecer que la práctica de la prueba se realizará por y ante la autoridad competente en la fase, es decir, el Consejo de la CNC sin perjuicio de que pueda ser asistida para su práctica por la Dirección de Investigación pero siempre bajo la dirección del vocal ponente.

- Artículo 38 sobre terminación convencional. El citado precepto contempla el plazo y procedimiento de inicio de la terminación convencional. Telefónica considera que para hacer coherente lo manifestado en este artículo con la situación contemplada en el 35 (cambio de calificación) deberían contemplarse como excepción los casos en los que se haya producido un cambio de calificación por parte del Consejo de la CNC. De no ser así, podría darse la situación en la que el Consejo elaborase una nueva propuesta de resolución con un cambio de calificación y, por tanto, habiendo ya precluido el plazo para que el presunto autor pudiera iniciar el procedimiento de terminación convencional en relación con la nueva calificación. Por tanto, se propone la siguiente redacción del artículo 38:

*De conformidad con el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio **y con excepción del caso previsto en el artículo 35 de la citada Ley**, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta del presunto autor de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados. Contra este acuerdo no cabrá recurso alguno. **Para los supuestos de cambio de calificación contemplados en el artículo 35 la propuesta se deberá realizar con carácter previo a la presentación del escrito de alegaciones contemplado en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007.***

Esta modificación no sería contraria al texto de la Ley 15/2007 en la medida en que, una necesaria interpretación sistemática y coherente de la norma, nos debería llevar a concluir que la prohibición contenida en el artículo 52.3 de la Ley ("la terminación convencional del procedimiento

en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta contemplado en el artículo 50.4") se refiere exclusivamente al informe de la Dirección de Investigación del 50.4 y no al del Consejo que precisamente viene contemplado en otro artículo, el artículo 51.4 de la Ley.

- Artículo 40. Errata. Ley 15/2007 en vez de 15/2007.
- Artículo 49.5 Errata. "comunicará **al** la empresa" en vez de "comunicará a la empresa".
- Artículo 55 sobre la forma y el contenido de la notificación. Parece haber una incongruencia entre los apartados 3, 4 y 5 al contemplar, por un lado, que la notificación se entenderá presentada en forma cuando estén cumplimentados todos los apartados del formulario (apartado 4). De no ser así, es decir, si alguno de los apartados no fuera cumplimentado la CNC podría rechazar la notificación (apartado 5) pero a la vez se contempla la posibilidad de que la información suministrada fuera incompleta (apartado 6), lo que necesariamente haría que el formulario no estuviera cumplimentado. Sin embargo, en este caso la CNC deberá otorgar al administrado un plazo de 10 días para subsanación. Parece que la interpretación conjunta de estos apartados permitiría bastante discrecionalidad a la hora de determinar cuando una notificación es incompleta y sus consecuencias, rechazo o subsanación, por lo que se propone que se encuentre alguna redacción alternativa que delimite claramente los supuestos de inadmisión de los de subsanación de la notificación.
- Artículo 57.4. Errata. Cuando se utiliza "**informa adicional**" pareciera querer decir "información adicional".
- Artículo 68.2. La redacción carece de sentido cuando se refiere a un "plazo mínimo de diez días". Debería poner un "plazo máximo de diez días". De tal modo que la redacción quedaría de la siguiente manera:

*A los efectos del artículo 60.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de Ministros, a través del Ministro de Economía y Hacienda, podrá solicitar informe a la Comisión Nacional de la Competencia que deberá emitirlo en el **plazo máximo de diez días**.*

- Artículo 80.2 Errata. Cuando se refiere al **artículo 72** del Reglamento debería hacerlo al 76.