

RESOLUCIÓN
(Expte. R/099/12, AVPPM)

CONSEJO

Sres.:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a M^a Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Avila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 17 de mayo de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada y siendo Ponente Luis Diez Martín, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/099/2012, AVPPM, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por la Asociación de Vendedores Profesionales de Prensa de Madrid (AVPPM), contra el escrito de la Dirección de Investigación de 9 de febrero de 2012, en el marco del expediente VC/0119 DISTRIRUTAS/GELESA/SIGLO XXI/LOGINTEGRAL de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de junio de 2009, por entender que los hechos denunciados por AVPPM no suponían un incumplimiento de los compromisos adoptados en la citada Resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 10 de junio de 2009 se dictó Resolución del Consejo de la CNC, subordinando la autorización de la operación de concentración (C/119/08 DISTRIRUTAS/GELESA/SIGLO XXI/LOGINTEGRAL) al cumplimiento de determinados compromisos. La Dirección de Investigación (DI), encargada de la supervisión de este cumplimiento abrió el expediente de vigilancia VC/0119 DISTRIRUTAS/GELESA/SIGLO XXI/LOGINTEGRAL.

2. Con fecha 30 de septiembre de 2011 se recibió en la CNC, escrito de la AVPPM y de [XXX], titular de un quiosco de prensa, por el que se denunciaba el incumplimiento de los compromisos (xiv), (xv) y (xxi) adoptados en la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de junio de 2009.
3. El 10 de noviembre de 2011 la DI solicitó información sobre las cuestiones denunciadas a Dima Distribución Integral, S.L. (DIMA), sociedad resultante de la concentración económica autorizada con condiciones, que ostenta el 100% del capital de GELESA, DISTRIRUTAS y SIGLO XXI, habiendo sido LOGINTEGRAL absorbida por GELESA. La respuesta a dicha solicitud de información se recibió en la CNC el 22 de noviembre de 2011.
4. Con fecha 2 de diciembre de 2011 se recibieron en la CNC tres nuevas denuncias de la AVPPM por supuestos incumplimientos por parte de DIMA y del diario [XXX] de los compromisos (xiv) y (xv) anteriormente mencionados. En relación con estas denuncias, la DI solicitó información a DIMA el 14 de diciembre de 2011, respondiendo ésta al citado requerimiento el 28 de diciembre de 2011.
5. El 16 de enero de 2012 la DI remitió al Consejo de la CNC una nota informativa de los últimos acontecimientos en el marco del expediente de vigilancia VC/0119 DISTRIRUTAS/GELESA/SIGLO XXI/LOGINTEGRAL.
6. Con fecha de 9 de febrero de 2012 la DI, considerando que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de un incumplimiento de los compromisos adoptados en el Expediente de concentración C/0119/08, remitió un escrito a la AVPPM para informarle sobre este extremo.
7. El 23 de febrero de 2012 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por la AVPPM ante el Consejo de la CNC en virtud del artículo 47 de la LDC contra el escrito de la DI de 9 de febrero de 2012, por el que se informaba sobre las medidas adoptadas en relación con las denuncias presentadas por la AVPPM con fecha 30 de septiembre y 2 de diciembre de 2011.
8. El 29 de febrero de 2012 la DI emitió el informe previsto en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto de 261/2008, de 22 de febrero (RDC) en el que se ponía de manifiesto que el recurso se había interpuesto en plazo, proponiéndose su no admisión a trámite de manera argumentada.
9. En vista de todo lo anterior el Consejo de la CNC deliberó y adoptó esta Resolución en su reunión de 18 de abril de 2012.
10. Es interesada la Asociación de Vendedores Profesionales de Madrid (AVPPM).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

El recurso de la AVPPM, que tuvo entrada en la CNC el 23 de febrero de 2012, se promueve al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el escrito de la Dirección de Investigación de 9 de febrero de 2012 por el que se consideraba que los hechos denunciados por la AVPPM no suponían un incumplimiento de los compromisos (xiv), (xv) y (xxi) adoptados en la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de junio de 2009.

El artículo 47 de la LDC regula el Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación disponiendo que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En su recurso, la AVPPM solicita del Consejo de la CNC que admita a trámite el mismo y que declare nulo el acto impugnado por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o, en su defecto, su anulabilidad, por incurrir en infracción del ordenamiento jurídico, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de adoptar tal acto.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- En primer lugar, alega la AVPPM que el escrito de la DI de 9 de febrero de 2012, al que denomina “Resolución”, no es un acto de trámite, sino de naturaleza resolutoria finalizador del procedimiento instado con sus denuncias y que, por tanto, la inadmisión del recurso, y con ello la imposibilidad de recurrir en un momento futuro posterior, le causaría indefensión o perjuicio irreparable. Para defender esta postura, alega la recurrente la identidad entre la situación de este recurso y la del también interpuesto por la AVPPM contra el acuerdo de la DI que le denegaba la condición de interesado en el expediente VC/0119 y que fue admitido por el Consejo de la CNC dando lugar a la Resolución de 28 de diciembre de 2009 en el Expte. R/0023/09, Distrituras/Gelesa/ Siglo XXI/Logintegral. Asimismo, entiende la recurrente que al tener el recurso regulado en el artículo 47.1 de la LDC carácter previo y preceptivo a los presentados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, su inadmisión supondría denegar a la AVPPM la tutela de los tribunales en relación con el contenido de la Resolución impugnada.
- Igualmente, estima la AVPPM, que se le debe reconocer legitimación activa suficiente a los efectos del presente recurso, por cuanto que pretende con sus denuncias el cambio de determinadas conductas de la empresa resultante de la concentración económica citada, lo cual afecta a la esfera de derechos e intereses legítimos de la propia recurrente y de los puntos de venta de prensa a ella asociados. En este sentido, expone la recurrente, que no se debe olvidar que las obligaciones cuyo cumplimiento reclama en sus denuncias, fueron impuestas a las empresas notificantes de la

concentración económica con el fin de proteger la posición de los puntos de venta minorista de prensa, a raíz de la creación de un monopolio en la actividad de distribución mayorista de prensa diaria en Madrid.

- Por último, la recurrente opina que se ha vulnerado el artículo 42 del RDC. Y ello porque, en primer lugar, la Dirección de Investigación no ha llevado a cabo todas las actuaciones precisas para vigilar el cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de junio de 2009, como se puede deducir de la propia redacción del escrito de la DI en donde, lejos de realizar una afirmación categórica de la inexistencia de incumplimiento de las obligaciones, se manifiesta únicamente la hipotética posibilidad de ello, siendo esto considerado por la recurrente como una prueba de la insuficiencia de las actuaciones de investigación de la DI. Y, en segundo lugar, porque aun apreciando suficiente la labor de la DI, la posibilidad de que no se hubieran incumplido las obligaciones implicaba, a sensu contrario, una posibilidad de que sí se hubieran incumplido, por lo que debería haberse elaborado un informe de vigilancia y notificarse el mismo a los interesados para que efectuasen alegaciones y elevarse posteriormente al Consejo de la CNC, con el fin de que éste declarase si DIMA había cumplido los compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración.

En su informe emitido el 29 de febrero de 2012 la DI considera que procede inadmitir el recurso presentado, en la medida en que se ha interpuesto contra un acto de trámite, y no recurrible, puesto que no produce perjuicios irreparables ni indefensión a la AVPPM. En concreto esgrime los siguientes argumentos:

- Expone que el objeto del recurso no es una “Resolución”, sino un escrito en el que se pone en conocimiento de AVPPM que se ha dado trámite a las denuncias presentadas y se le informa sobre las conclusiones preliminares con respecto a éstas. Asimismo, entiende que llevó a cabo su labor de vigilancia del cumplimiento de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración, por cuanto que se abrió el expediente de vigilancia VC/0019, y se remitió al Consejo de la CNC, en cuanto órgano de resolución de las cuestiones suscitadas en la vigilancia, nota informativa sobre las cuatro denuncias de la AVPPM el 16 de enero de 2012. Además, la DI no dio mayor información a la recurrente acerca de esta nota porque no es parte interesada del expediente de vigilancia citado. Igualmente, estima la DI, la CNC no tiene obligación de resolver expresamente sobre el contenido de la denuncia de la AVPPM, más allá de comunicarle la iniciación o no del procedimiento, tal y como establece el artículo 11.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. La DI rechaza el argumento de que este recurso es previo y necesario a la vía contencioso-administrativa, ya que esto implicaría asumir que el escrito de la DI tiene naturaleza resolutoria y esto es improcedente, ya que el RDC es claro sobre las competencias en materia de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas en las resoluciones que se

adopten, que corresponde al Consejo de la CNC. Así, al ser un acto de mero trámite (a diferencia del acto de carácter resolutorio impugnado en el R/0023/09 aludido por la AVPPM y que sí fue admitido a trámite) el escrito de 9 de febrero de 2012, no puede haber vulnerado las garantías y derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española y, por otro lado, al no prejuzgar la resolución definitiva sobre el cumplimiento de las obligaciones que adoptará el Consejo de la CNC tampoco se puede apreciar la existencia de perjuicios irreparables.

- En cuanto a lo relativo a la vulneración del artículo 42 (apartados 2, 3 y 4) del RDC, señala la DI, el error de la recurrente, ya que este artículo regula la vigilancia de las resoluciones adoptadas en el marco del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas y no de las adoptadas en control de concentraciones, como es el caso, para lo cual existe el artículo 71 del mismo Reglamento. Sin embargo, aun así, estima que tampoco se ha vulnerado el procedimiento establecido porque, siendo una condición previa a la elaboración del informe del artículo 42.3 la presunción de incumplimiento de los compromisos, parece claro que la DI no tuvo, tras su análisis, esa presunción necesaria. Fuera de que tampoco tendría obligación de remitir ningún informe a la AVPPM ya que, aludiendo a la Resolución de 28 de diciembre de 2009 del Consejo de la CNC, confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2011, la recurrente no es parte interesada en el expediente de vigilancia VC/0119. Además, opina la DI, que es de resaltar el hecho de que la AVPPM ni conteste a los argumentos de la DI para concluir que los hechos denunciados no suponían un incumplimiento de los compromisos, ni aporte pruebas para desmentir algunos de los datos en que la DI basa su consideración, y sin embargo fundamente sus argumentos en la redacción del escrito de la DI. Redacción, que en opinión de la DI, utiliza tiempos verbales condicionales no porque tenga dudas de que los hechos denunciados no han supuesto un incumplimiento de las obligaciones de DIMA, sino porque el Consejo de la CNC es el único competente para resolver sobre las incidencias relacionadas con la vigilancia.
- La DI señala que en el marco del expediente VC/0119, llevó a cabo un continuo seguimiento de la implementación de los mecanismos necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los compromisos de la Resolución de 10 de junio de 2009, como lo demuestran los cuatro informes parciales de vigilancia que elevó al Consejo de la CNC; y, además, analizó todas las denuncias presentadas en relación con este cumplimiento de los compromisos, elevando notas informativas al Consejo de la CNC.

SEGUNDO.- Inadmisibilidad por falta de legitimación y no ser el acto susceptible de recurso.

Entiende este Consejo que, aun suponiendo que el escrito de la DI cuya legalidad se discute en la presente Resolución fuera recurrible – cuestión que se analizará

posteriormente- la AVPPM carece de la necesaria legitimación activa suficiente para ello.

En efecto, el Consejo, en su Resolución de 28 de diciembre de 2009 (Expte. R/0023/09, Distirutas/Gelesa/ Siglo XXI/Logintegral), desestimó el recurso que la misma AVPPM interpuso contra el acuerdo de la DI por la que se le negaba la condición de interesado en el expediente de vigilancia VC/0119; Resolución del Consejo de la CNC que fue confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional, de 20 de enero de 2011, que la DI cita en su Informe.

Como se señala en la citada Resolución de 28 de diciembre de 2009, la vigilancia en materia de control de concentraciones se configura como un procedimiento que presenta ciertas particularidades, tanto por su relación con el procedimiento autorizatorio previo como por el papel central que ocupa el obligado a su cumplimiento y lo sensible de la información que se maneja.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 41 de la LDC establece que *“la CNC vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones”*. Esta previsión se desarrolla, no en el artículo 42 del RDC al que se refiere la recurrente, sino en el artículo 71 del mismo cuerpo normativo, que determina que, de conformidad con el artículo 35.2.c) de la LDC, será la DI la encargada de llevar a cabo las actuaciones necesarias para realizar dicha vigilancia. Y añade en su apartado 4º que *“Se considerará interesado en la vigilancia al responsable del cumplimiento de la obligación dispuesta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, o sus normas de desarrollo, resolución o Acuerdo en materia de control de concentraciones sobre la que se esté llevando a cabo la vigilancia.”*

Refiriéndose a estos mismos preceptos, la Sentencia de 20 de enero de 2011 de la Audiencia Nacional, señala que *“Resulta en consecuencia que la ley establece un procedimiento en líneas generales para la vigilancia del cumplimiento de sus resoluciones, tanto en materia sancionadora como de medidas cautelares, y en lo que aquí interesa, en materia de control de concentraciones. Debe estarse, según el propio tenor del precepto que se ha reproducido, a lo que establece el Reglamento de Defensa de la Competencia, y en su caso a lo que establezca la propia resolución cuya vigilancia se lleva a cabo”*.

Con respecto a lo establecido en el mencionado artículo 71.4 del RDC, y con el objeto de concretar la condición de interesado, la mencionada sentencia añade que *“[e]ste precepto establece una delimitación del concepto de interesado que es específica para el procedimiento de vigilancia en materia de control de concentraciones otorgando la normativa de defensa de la competencia la protección específica que implica el reconocimiento de la condición de interesado en este concreto procedimiento administrativo, exclusivamente a aquellos que promovieron el procedimiento de concentración, bien motu proprio bien requeridos por la CNC, y no considera como tales a quienes comparecieron en el procedimiento de concentración”*. Y a estos efectos, distingue entre la legitimación

para impugnar en vía contencioso-administrativa las resoluciones administrativas adoptadas en el procedimiento de vigilancia y la legitimación en este procedimiento administrativo señalando que “[l]a interpretación más favorable al derecho que de la legitimación impone el art. 24.1 de la Constitución no es aplicable directamente en el procedimiento administrativo, al vincularse a la tutela “judicial”. Es por esto que la Administración no está sometida como los Jueces y Tribunales a la obligación de interpretar de manera amplia el derecho a la intervención de los administrados en el procedimiento administrativo”.

Estando, pues, confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2011 el hecho de que la recurrente no ostenta la condición de interesado en el expediente de vigilancia VC/0119, es obvio que carece de legitimación para recurrir en vía administrativa ningún tipo de actuación que se derive de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 10 de junio de 2009. Entender otra cosa equivaldría, por vía indirecta, a permitirle una intervención en el procedimiento similar a la que pueda ostentar quienes en él son interesados, lo cual es inadmisibles y, además, contravendría un pronunciamiento judicial que vincula a la CNC.

Aun cuando el precedente argumento no fuese estimable, el resultado de la presente resolución no variaría en absoluto, en la medida que, a juicio del Consejo, la actuación de la Dirección de Investigación no es recurrible. En efecto, al ser la AVPPM un tercero ajeno al procedimiento de vigilancia, no puede equiparar las actuaciones que, en relación con él, haya podido realizar la Dirección de Investigación, con trámites específicos del procedimiento reservados exclusivamente a los interesados, como son los previstos por el artículo 42 (apartados 2, 3 y 4) del Real Decreto 261/2008, que, por cierto, se refieren a la vigilancia de resoluciones sancionadoras. De hecho, ni en la LDC ni en el RDC existe referencia alguna a trámites del procedimiento de vigilancia que deban realizarse con terceros que no ostenten la condición de interesados, lo que constituye prueba evidente de la posición que respecto a él ocupan.

Tampoco se le puede atribuir a dicho acto una naturaleza resolutoria en la medida en que, por un lado, el procedimiento de vigilancia sigue en tramitación en la actualidad, y, en segundo término, dicho carácter solo lo puede tener, por motivos evidentes, respecto a quien sea interesado en el procedimiento, y la AVPPM no lo es.

Desde este punto de vista, la contestación de la Dirección de Investigación se podría entender como un mero acto de comunicación con un tercero que podría equipararse, en cierto modo, a la contestación que la Administración pueda dar a un ciudadano que ejercita el derecho de petición previsto por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. Es decir, se debe contestar, y ni siquiera con el detalle de la actuación recurrida, pero el derecho se agota en la contestación.

En definitiva, este Consejo entiende que no sólo es que la recurrente no esté legitimada para recurrir la actuación de la Dirección de Investigación, sino que ésta, por su naturaleza, no es susceptible de recurso.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Como se ha advertido anteriormente, el artículo 47 de la LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo que *"Las resoluciones y actos dictados de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días."*

De esta forma el mencionado artículo 47 de la LDC sólo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la DI que *"produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos"*, de suerte que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda.

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, recordemos que estamos ante un procedimiento de vigilancia respecto a una resolución de autorización de una operación de concentración en la que, como ha señalado este Consejo en anteriores resoluciones, por todas, la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de mayo de 2010 (R/0038/10), no puede ocasionarse indefensión en la medida en que no existe imputación alguna de la que defenderse, y mucho menos si de quien estamos hablando es de un tercero ajeno al obligado por la autorización.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que en el escrito de la DI pueda causar indefensión a la AVPPM. En tanto que la AVPPM no es considerada parte interesada en el expediente de vigilancia y, además, el escrito de la DI es considerado un acto de mero trámite, no resulta posible apreciar que el escrito de la DI pueda haber causado indefensión a la recurrente.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos del art. 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar al respecto que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Alega la recurrente que el escrito de la DI de 9 de febrero de 2012, no es un acto de trámite, sino de naturaleza resolutoria y que, por tanto, la inadmisión del recurso le estaría negando la posibilidad de impugnar, en un futuro, la legalidad de este escrito que la AVPPM denomina "Resolución", produciéndole un perjuicio irreparable en sus derechos e intereses legítimos.

Sin embargo, siendo que la AVPPM ni siquiera ostenta la condición de interesado en el expediente de vigilancia VC/0119 y que, coincidiendo este Consejo con el parecer de la DI en lo relativo a la catalogación del escrito de 9 de febrero de 2012 como un acto de trámite, que no prejuzga la resolución definitiva sobre el cumplimiento de las obligaciones, pues tal y como se establece en el artículo 71.3 del RDC, ésta será adoptada por el Consejo de la CNC a la hora de resolver la vigilancia, no se puede apreciar, bajo ninguna perspectiva, que se le haya causado a la recurrente un perjuicio irreparable en sus derechos e intereses legítimos.

Además, conviene reiterar al respecto que el Consejo viene teniendo conocimiento del expediente de vigilancia VC/0119, que continúa abierto, sin perjuicio de que en la propia autorización de la concentración, tal y como indica la Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2009 ya citada, se prevean una serie de mecanismos e instrumentos específicos que permiten garantizar la satisfacción de los intereses de terceros sin necesidad de intervenir en la vigilancia y sin que se pueda hablar de perjuicio irreparable de ningún tipo.

Así, no se entiende que la AVPPM, sin ostentar la condición de interesado en el expediente de vigilancia, pueda alegar ahora un perjuicio irreparable en sus derechos o intereses legítimos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO,**

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por AVPPM contra el escrito de la Dirección de Investigación de la CNC de 9 de febrero de 2012, por el que se consideraba que los hechos denunciados no suponían un incumplimiento de determinados compromisos adoptados en la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de junio de 2009.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese ala recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.