



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/093/18, VAILLANT ESPANA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 4 de diciembre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/093/18, VAILLANT ESPANA, por la que se resuelve el recurso interpuesto por VAILLANT S.L.U, SAUNIER DUVAL DICOSA S.A.U, VAILLANT SAUNIER DUVAL IBÉRICA S.L. Y RED OFISAT S.L. (en adelante, **VAILLANT ESPANA**), al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 26 de octubre de 2018 de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en el ámbito del expediente S/0629/18 Asistencia Técnica Vaillant.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de mayo de 2018, la Dirección de Competencia (**DC**) notificó acuerdo de incoación del procedimiento sancionador S/0629/18 por eventuales prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, “*consistentes en (i) una restricción a las ventas pasivas a clientes de los servicios oficiales de soporte técnico ubicados en áreas o territorios sujetos a exclusividad y (ii) la fijación de los precios de dichos servicios de apoyo técnico*”. La DC señaló con posterioridad que también sería objeto del procedimiento la imposición de restricciones al suministro de piezas de recambio, con obligación de compra de las mismas únicamente del fabricante original.
2. Con fecha 1 de agosto de 2018, VAILLANT ESPANA presentó, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), una propuesta de

terminación convencional del expediente sancionador antes citado, con base en los siguientes razonamientos: (i) presunta ausencia de efectos irreversibles en la competencia efectiva en el mercado de servicios de asistencia técnica oficial de los productos comercializados por VAILLANT ESPANA en España, (ii) el escaso impacto de la práctica en el mercado de asistencia post-venta, (iii) los compromisos presentados permitirían una regulación y clarificación de las actividades de VAILLANT ESPANA en el segmento de servicios postventa y (iv) el grupo VAILLANT no había sido sancionado a nivel nacional o comunitario las presuntas prácticas objeto del expediente sancionador de referencia.

3. Con fecha 26 de octubre de 2018, la DC valoró los compromisos propuestos y a la vista de los antecedentes obrantes de las incoadas, así como de la naturaleza de la presunta conducta ilícita contraria a la competencia realizada, acordó desestimar la propuesta motivada de terminación convencional, fundamentándose en que: (i) no había compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en el expediente de referencia, (ii) existían precedentes de reiterado incumplimiento por parte de VAILLANT S.L. de las condiciones exigidas por las autoridades de competencia en las resoluciones de autorización del modelo de contrato con los Servicios de Asistencia Técnica (SAT) y (iii) las presuntas prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC que se investigan se agotan en sí mismas, sin que existan compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos irreversibles ya producidos sobre la competencia a consecuencia de dichas prácticas. El acuerdo fue notificado a VAILLANT ESPANA el 29 de octubre de 2018.
4. Con fecha 14 de noviembre de 2018, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) el recurso interpuesto por VAILLANT ESPANA al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC y en el plazo de diez días que marca el citado artículo, contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 26 de octubre de 2018 de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en el ámbito del expediente S/0629/18 Asistencia Técnica Vaillant.
5. Con fecha 15 de noviembre de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por VAILLANT ESPANA.
6. Con fecha 21 de noviembre de 2018, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que no procede la anulación del acuerdo de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional de la DC de 26 de octubre de 2018, en la medida en que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en el expediente sancionador S/0629/18 Asistencia Técnica Vaillant, al no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de VAILLANT ESPANA, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

7. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 4 de diciembre de 2018.
8. Son interesadas en este expediente de recurso VAILLANT S.L.U, SAUNIER DUVAL DICOSA S.A.U, VAILLANT SAUNIER DUVAL IBÉRICA S.L. y RED OFISAT S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra el acuerdo de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional de la DC de 26 de octubre de 2018.

VAILLANT ESPANA solicita la anulación del acuerdo de 26 de octubre de 2018, por cuanto considera que, en caso de no atender su solicitud, se la estaría situando en una posible posición de indefensión y que el acuerdo recurrido adolece de falta de motivación requerida por el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), así como que se sustituya por otro acuerdo que inicie el trámite de terminación convencional.

La recurrente estructura los fundamentos de derecho con una **previa** sobre el carácter recurrible del acuerdo de la Directora de Competencia de denegación del inicio de la terminación convencional, un primer fundamento de derecho sobre la **adecuación de la misma**, señalando que la propuesta de terminación convencional presentada ante la Dirección de Competencia el 1 de agosto de 2018 cumple con los requisitos tanto procedimentales, como sustantivos previstos para una terminación convencional del expediente sancionador, y un segundo fundamento de derecho sobre la **indefensión** como motivo del recurso en el que alega (i) sobre la manifiesta indefensión de las empresas recurrentes indicando que al no haber podido disponer de la documentación relativa al expediente A090/1994 Asistencia Técnica Vaillant, resuelto por el extinto Tribunal de Defensa de la competencia, no habrían podido verificar el contenido ni fundamentos de dicha resolución que, según ellos, era el fundamento de la denegación adoptada y, por tanto, se habrían vulnerado los legítimos derechos de defensa de VAILLANT ESPANA y (ii) sobre la falta de motivación del acuerdo de desestimación por sustentarse en *“un excesivamente breve y somero análisis de los hechos investigados, que habría llevado a la DC a prejuzgar los efectos que sobre el mercado habrían producido los contratos examinados”* y haber tenido lugar antes de que fuera notificado el pliego de concreción de hechos, no permitiendo a VAILLANT ESPANA *“acceso a documento alguno que precisara los hechos que la DC considera acreditados, la duración de las presuntas conductas anti-competitivas o los efectos que según la DC estas habrían producido”* que permitiera *“suplir la absoluta falta de motivación”*.

En su Informe sobre el recurso, de 21 de noviembre de 2018, la DC propone la desestimación del recurso interpuesto en todos sus términos, en la medida en que no

habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en el expediente sancionador S/0629/18 Asistencia Técnica Vaillant, considerando igualmente que no se ha producido un perjuicio irreparable o causado indefensión, no reuniendo por tanto el recurso los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

La DC precisa respecto a la previa, sobre el carácter recurrible del acuerdo, que *“la denegación o aceptación de la propuesta de terminación convencional del expediente de referencia queda dentro del ámbito de las potestades discrecionales de la Dirección de Competencia de la CNMC, que no actúa como órgano de resolución de actos finalizadores de los procedimientos sancionadores, y sobre los que cabría recurso. [...] La terminación convencional no es un derecho subjetivo de las empresas presuntamente infractoras, de manera que cualquier iniciativa puede ser rechazada por la CNMC con arreglo al artículo 52 de la LDC y al artículo 39 del RDC, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia de los mercados.”*

Respecto al primer fundamento de derecho, relativo a la adecuación de terminación convencional, la DC considera que *“las prácticas investigadas en el expediente principal [...] se agotan en sí mismas, no habiendo por tanto compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos irreversibles ya producidos sobre la competencia derivados de las mismas”*. Por ello, la denegación, de carácter potestativo por reiterada doctrina de la Sala de Competencia de la CNMC,¹ se fundamenta en la naturaleza de las conductas analizadas en el expediente principal y su extensa duración en el tiempo, conforme al párrafo 23 de la Comunicación de la CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores.

En cuanto a los motivos de recurso, en primer lugar, respecto a la indefensión de las empresas recurrentes, la DC considera que no se puede pretender que el acuerdo de denegación de la propuesta de terminación convencional carezca de fundamentación, ya que se señalaron tanto los motivos por los que se consideraba que no procedía finalizar el expediente sancionador mediante una terminación convencional (el hecho de que las conductas investigadas se agotan en sí mismas y habrían producido efectos irreversibles sobre la competencia) como la fundamentación jurídica de dicha denegación (el artículo 52 de la LDC y el artículo 39 del RDC). Por tanto, la presunta indefensión alegada por no poder tener acceso a la documentación de los expedientes de autorización singular instruidos por los extintos SDC y TDC carece de motivación

¹ Véase resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 21 de febrero de 2013, R/0124/12 AVIS; de 20 de febrero de 2014, R/0160/13 UDER; de 11 de septiembre de 2014, R/AJ/271/14 Fabricantes de automóvil; 7 de julio de 2016, R/AJ/035/16 RENFE, R/AJ/034/16 COMPAÑIAS; y de 15 de septiembre de 2016, R/AJ/317/16 PROSEGUR 2: *“En este sentido, la decisión que se adopte sobre si procede o no iniciar la Terminación Convencional tiene carácter potestativo para la DC, de manera que, si cumple con las exigencias de la motivación, ex artículo 54 de la LRJPAC, y no se revela arbitraria, debe entenderse ajustada a derecho. En definitiva, debe ser la DC quien, a la vista de las circunstancias del caso concreto, valore la pertinencia de iniciar la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción”*

alguna, ya que la DC no ha fundamentado su decisión en base a esos precedentes, sino a la naturaleza y persistencia de las conductas investigadas

Por último, respecto a la falta de motivación del acuerdo de desestimación, la DC argumenta que *“el cumplimiento de los requisitos del artículo 52 de la LDC² debe analizarse en el momento de valorar los compromisos ofrecidos por los interesados pero también, previamente, en el momento de analizar la solicitud de inicio, de forma particular cuando el órgano instructor en razón de la naturaleza de la conducta y/o de las circunstancias concurrentes, aprecia que no es posible que se puedan ofrecer compromisos que cumplan cumulativamente ambos requisitos. Otra cuestión es que las empresas recurrentes no compartan la motivación de esta Dirección de Competencia al no iniciar el procedimiento de terminación convencional, pero en cualquier caso la decisión está fundada, habida cuenta del momento procesal [con carácter previo a la notificación a las partes del pliego de concreción de hechos (PCH)] en el que se ha solicitado la terminación convencional de dicho expediente.”*

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Como aclara la Audiencia Nacional en sentencia de 18 de mayo de 2011: *“El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC”.*

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *“los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI”.* Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la precitada Ley 39/2015 (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte de que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC

² solución o remedio a los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantía suficiente del interés público

deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *"En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*.

TERCERO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Como se acaba de señalar, el artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, 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"*.

Respecto a la posible existencia de indefensión, como acabamos de ver, la recurrente alega, en primer lugar, que la denegación de su solicitud de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento le provoca **indefensión** ya que, en el acuerdo de denegación recurrido, la DC parece prejuzgar los efectos que las prácticas investigadas habrían producido sobre el mercado, incumpliendo las exigencias de motivación debidas. Asimismo, la imposibilidad de acceder a la documentación relativa al expediente A090/1994, Asistencia Técnica Vaillant, resuelto por el Tribunal de Defensa de la competencia, le habría impedido verificar el contenido de dicha resolución que consideran el fundamento de la denegación adoptada

La doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por la Autoridad de la competencia en sus resoluciones sobre recursos, en la que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, conduce a entender que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Sobre este particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

En el presente caso nos encontramos ante motivación suficiente, pues se detallaron las razones por las que la DC entendía que en el seno del mismo no procedía la iniciación del procedimiento de terminación convencional, por lo que, aunque dicho análisis pueda, a juicio de la recurrente, no ser exhaustivo y pormenorizado, el acuerdo de la DC estaría suficientemente motivado y no sería susceptible de causar indefensión en VAILLANT ESPANA.

En este sentido se pronuncia también la Audiencia Nacional en las sentencias número 35/2016, de 26 de enero de 2016, (rec. 164/2013) y número 293/2016, de 14 de julio de 2016 (rec. 312/213): “[...] Hemos también de descartar la indefensión por cuanto la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.”

No resulta tampoco posible apreciar que la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional contenida en el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 26 de octubre de 2018 ocasione indefensión a la recurrente, pues dicha negativa no es sino un trámite dentro de este procedimiento sancionador principal, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.

El propio Tribunal Supremo en su reciente Sentencia núm. 1634/2018 de 16 de noviembre de 2018, ha dictado que “[...] no compartimos [...] que el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador es un acto reglado [...] porque entendemos que corresponde a dicha autoridad administrativa valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, puesto que la utilización de este instituto procedimental no resulta viable cuando por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor”.

De este modo, ratifica sus pronunciamientos jurisprudenciales previos en el mismo sentido: “[...] la facultad de la Dirección de Investigación para proponer la iniciación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, incoado por la presunta comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, tiene naturaleza discrecional, advirtiendo que ello no excluye que para evitar que se produzca indefensión, la decisión del órgano instructor deberá «cumplir la exigencia de la motivación», puesto que en el supuesto enjuiciado se aprecia que la Directora de Investigación ha cumplido con dicha exigencia legal, ya que expone las razones de carácter formal y sustantivas que justificaron la denegación de la solicitud formulada por la Asociación de Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), lo que le permite concluir que no puede tacharse la decisión administrativa impugnada de arbitraria.” (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015).

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un **perjuicio irreparable**, VAILLANT ESPAÑA considera que el acuerdo recurrido y la negativa de la DC a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento le produce “un indudable perjuicio irreparable” además de indefensión, pero no desarrolla en mayor medida este argumento, más allá de la referida falta de motivación.

El Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). Como hemos visto a lo largo de la presente resolución la denegación por parte de la DC del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pone fin de manera definitiva al expediente sancionador S/0629/18, que seguirá su curso sin que pueda adelantarse en este momento cuál será su resolución definitiva, por lo que no cabe tampoco apreciar la existencia del requisito de perjuicio irreparable que exige el artículo 47 de la LDC.

Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido, motivo por el cual, no ha lugar a entrar en el fondo de las demás pretensiones alegadas por VAILLANT ESPANA en su recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso presentado por VAILLANT S.L.U, SAUNIER DUVAL DICOSA S.A.U, VAILLANT SAUNIER DUVAL IBÉRICA S.L. Y RED OFISAT S.L. contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 26 de octubre de 2018 de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en el ámbito del expediente S/0629/18 Asistencia Técnica Vaillant, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.