

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0093/11, CETM)

CONSEJO

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0093/11, CETM, por la que se resuelve el recurso administrativo contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación, de fecha 29 de noviembre de 2011, de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0215/10 (TRANSCALIT).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 3 de mayo de 2011, la Dirección de Investigación (DI), de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), acordó la incoación de expediente sancionador contra la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) y otro interesado, la Federació Catalana de Transports de Barcelona (TRANSCALIT), por una supuesta infracción del artículo 1 LDC, quedando registrado este expediente con el número S/0215/10. En concreto, y por lo que se refiere a CETM, la supuesta infracción estaba relacionada con la emisión de una nota informativa el 25 de abril de 2006, elaborada por la recurrente, en la que, entre otras cuestiones, se recomendaba la repercusión del incremento del precio del gasóleo en las tarifas del transporte. La incoación de este expediente viene precedida a su vez, de la Resolución del Consejo de la CNC de 11 de abril de 2011, por la que se insta a la DI a la incoación del expediente sancionador tras haberle sido elevada por la DI Propuesta de Archivo el 7 de octubre de 2011.
2. Con fecha 25 de mayo de 2011, la DI formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), siendo notificado a CETM el día 31 de mayo.

- 3.** Con fecha 24 de junio de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de CETM al PCH, el cual contiene una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional, en virtud del artículo 52 de la LDC y el artículo 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC).
- 4.** Con fecha 19 de julio de 2011, se acordó por la DI Acuerdo de Ampliación de la incoación del expediente de referencia por considerar afectado el comercio intracomunitario (e incoándose por tanto el expediente también por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE), que fue notificado a la recurrente el 20 de julio de 2011. Mediante escrito de 26 de julio de 2011 CETM da respuesta a este Acuerdo de Ampliación de la incoación.
- 5.** Con fecha 11 de noviembre de 2011, la DI formuló Pliego de Concreción de Hechos Complementario (PCH Complementario) que fue notificado a la recurrente con fecha 14 de noviembre de 2011. CETM respondió al mismo mediante escrito de 1 de diciembre de 2011.
- 6.** Con fecha 29 de noviembre de 2011, la Directora de Investigación acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento, notificándose dicho acuerdo a la recurrente el 30 de noviembre de 2011.
- 7.** Con fecha 14 de diciembre de 2011, tuvo entrada en la CNC recurso de CETM, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de 29 de noviembre de 2011 de la DI, solicitando se acordara el inicio del procedimiento de terminación convencional.
- 8.** Con fecha 20 de diciembre de 2011, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del RDC, la Dirección de Investigación remitió al Consejo de la CNC copia del expediente de recurso junto con el correspondiente Informe.
- 9.** Con fecha 29 de diciembre de 2011 se admitió a trámite el recurso de CETM, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
- 10.** El 20 de enero de 2012, tuvo entrada en el registro de la CNC, el escrito de alegaciones de la recurrente.
- 11.** El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de febrero de 2012.
- 12.** Es interesada la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 29 de noviembre de 2011, de denegación de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0215/10, por considerar la DI que, desde una perspectiva sustantiva, la conducta investigada se agota en sí misma, dado que se trata de una nota informativa elaborada y difundida por CETM en 2006. Por otra parte, entiende la DI que los compromisos que la recurrente ofrece para la terminación convencional no son adecuados por cuanto que se centran en cumplir la legalidad y en acciones a futuro que difícilmente podrían resolver posibles restricciones a la competencia de informaciones difundidas en 2006.

En su recurso, CETM solicita que el Consejo de la CNC dicte resolución por la que se ordene a la DI el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, de conformidad con lo regulado en los artículos 52 LDC y 39 RDC.

La recurrente fundamentaba sus pretensiones en los siguientes argumentos jurídicos:

- La idoneidad de resolver un asunto mediante el procedimiento de terminación convencional cuando se tienen dudas sobre el carácter restrictivo de las conductas investigadas, ya que de este modo no se entra a valorar el fondo del asunto, adoptándose una decisión que resuelve los problemas encontrados sin mayores pronunciamientos. En este sentido, había indicios claros de que la DI tuvo dudas de que la conducta de la recurrente fuese restrictiva de la competencia, por cuanto que el 7 de octubre de 2010 propuso al Consejo el archivo de las actuaciones.
- En su escrito de alegaciones al PCH, la recurrente ponía de manifiesto que, por distintos motivos, la conducta que se le imputaba no era apta para restringir la competencia, y solicitaba el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional formulando una propuesta de compromisos que en su opinión cumplía con los requisitos del artículo 52. Sin embargo CETM no obtuvo respuesta sobre la terminación convencional hasta cinco meses después, pese a que en ese mismo período se le notificó Acuerdo de Ampliación de la Incoación del expediente y se emitió PCH Complementario. Esta falta de diligencia por parte de la DI frustra, en su opinión, uno de los objetivos de la terminación convencional como es el ahorro de trámites de instrucción, vulnerando otros principios como el de eficacia administrativa o interés público.

- Aunque la conducta investigada sea una recomendación efectuada en el año 2006, este tipo de comunicaciones se realiza con base a una norma legal vigente que regula la revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo. Además los compromisos propuestos no pretenden la remoción de efectos anticompetitivos - puesto que la recomendación no los tuvo-, sino resolver los problemas de competencia detectados, que pudieran darse en un futuro, garantizando así el interés público. Por otro lado, la recurrente tiene interés en que se aclare y reconozca su derecho a informar a sus asociados de los derechos que les reconoce la legislación vigente, como el de revisar sus precios en función del precio del gasóleo.
- Por último CETM alega que tanto la falta de diligencia de la DI como su negativa a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional que le ha privado de la posibilidad de resolver el expediente de forma eficaz sin que el órgano administrativo se pronuncie sobre la existencia de una infracción de la competencia, le han causado indefensión y un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos, requisitos ambos del artículo 47 de la LDC.

Asimismo, en las alegaciones de la recurrente al informe de la DI en relación con el recurso anteriormente citado, CETM insiste en estos argumentos jurídicos, añadiendo los siguientes:

- Si bien no se define ni en la LDC, ni en el RDC, ni en la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional de Expedientes sancionadores de octubre de 2011, qué cuestiones pueden ser objeto de terminación convencional, sí está dispuesta como una forma de finalización excepcional, cuyos límites vienen configurados por los casos claramente prohibidos (cárteles) para los que la cesación y sanción son una exigencia del cumplimiento de la Administración de sus fines constitucionales. De este modo, se puede afirmar que la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional, se trata de una decisión de contenido discrecional, siendo el criterio de oportunidad- configurado por el ahorro de trámites procesales que permita cumplir con el principio de eficacia administrativa y así poder destinar los mayores recursos a la lucha contra las prácticas restrictivas más graves-, uno de los límites a esta discrecionalidad de la DI. De este modo, y teniendo en cuenta que la conducta es dudosa y la instrucción del procedimiento no puede determinar con claridad la ilicitud de ésta, resulta injustificado declarar la improcedencia de la terminación convencional.

- Otros límites a la discrecionalidad de la decisión sobre la procedencia de la terminación convencional son la interdicción de la arbitrariedad y la exigencia de motivación propia de los actos administrativos. En este sentido, el Acuerdo de denegación de la DI de 29 de noviembre de 2011 y el informe de la DI al recurso, de 20 de diciembre de 2011, son, en su opinión, arbitrarios y carecen de motivación, por cuanto que lo único que alega la DI es que las conductas investigadas se agotan en si mismas. Entiende la recurrente que este motivo ni siquiera viene previsto en la ley ni está explícitamente excluido en la Comunicación de la CNC, sin que la DI haya sido capaz de fundamentar la razón de su improcedencia en el presente caso.

La adecuación o no de los compromisos al caso en cuestión no puede servir como justificación para determinar la procedencia o improcedencia del inicio de la terminación convencional: la DI primero debe decidir sobre la procedencia de la iniciación de la terminación convencional y después sobre la adecuación de los compromisos, existiendo, a fortiori, la oportunidad de modificar dichos compromisos si la DI no los considera adecuados para resolver los problemas de competencia o no garantizan el interés público.

Asimismo, la DI no puede denegar el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional cuando la ha aceptado en casos más graves para la competencia que el de autos, y cuyo denominador común es que tenían por objeto la investigación de conductas susceptibles de repetición (en otras palabras, de "tracto sucesivo") que, por definición, han tenido mayores efectos en el tiempo que una conducta como la de autos de "tracto único". Tal es el caso de los expedientes S/0127/09 Procuradores (Resolución de 20 de mayo de 2010), S/0189/09 Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (Resolución de 28 de julio de 2010), S/0162/09 Semillas de Girasol (Resolución de 13 de septiembre de 2010), S/0002/07, Consejo Superior de Arquitectos de España (Resolución de 29 de noviembre de 2010), S/0255/10 Puntos de Suministro E.On (Resolución de 30 de noviembre de 2010), S/00203/09 COAPI (Resolución de 22 de diciembre de 2010), S/0302/10 Orona/Omega (Resolución de 22 de septiembre de 2011), así como la recién adoptada en el expediente S/0235/10 Convenios FEMP- Consejos Superiores de Colegios (resolución de 28 de diciembre de 2011), entre otros. No justificar por qué concede un tratamiento más favorable a unos expedientes cuyos efectos para la competencia han sido más perjudiciales que la conducta investigada, es a juicio de la recurrente, una actuación arbitraria de la DI.

- Insiste CETM en que la nota informativa que elaboraron, donde se recomendaba la repercusión en los costes del incremento del precio del gasóleo y que es el objeto del expediente sancionador, es consecuencia

directa de la aplicación de la normativa en vigor en 2006, así como del Acuerdo de 18 de octubre de 2005 adoptado por el Comité Nacional de Transporte de Mercancías, por las principales asociaciones que representan a las empresas cargadoras y por el Ministerio de Fomento.

- Por último, considera, como ya hizo en el recurso, que los compromisos propuestos no pretenden la remoción de los efectos anticompetitivos en 2006, puesto que la recomendación no los tuvo — ni siquiera era apta para restringir la competencia —, pero resuelven de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados que podrían repetirse fácilmente en el futuro, garantizando de esa manera el interés público.

SEGUNDO.- Improcedente solicitud de iniciación de terminación convencional.

Conforme al artículo 52 de la LDC “el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.”

De la dicción literal del precepto, se puede deducir sin dificultad que es necesario un equilibrio entre los requisitos que se exigen para que un procedimiento sancionador pueda concluir convencionalmente, de suerte que aunque los compromisos puedan resolver los problemas de competencia planteados, si se considera que el interés público no queda suficientemente garantizado, no procederá la terminación convencional. Ello debe ser así no solo al tiempo de valorar los compromisos ofrecidos por el interesado, sino también, y con carácter previo, al tiempo de valorar la solicitud, de forma que si el órgano competente no aprecia que ambas condiciones se cumplen, no procede siquiera su iniciación.

Al hilo de la afirmación precedente, es fundamental precisar que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, que no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la CNC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse. En este sentido, la decisión que se adopte sobre si procede o no la terminación convencional, o, en su vertiente más prematura, si procede o no iniciarla, tiene carácter discrecional, de suerte que si cumple con las exigencias de la motivación, ex artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y no se revela arbitraria, debe entenderse ajustada a derecho. Entender lo contrario implicaría dejar en manos de los

presuntos infractores la decisión sobre cuándo la Administración debe ejercitar su potestad sancionadora y cuándo no, lo que resulta inadmisibles si tenemos en perspectiva que estamos en procedimientos en los que se analiza la comisión de infracciones del ordenamiento jurídico que, por la voluntad del legislador plasmada en la LDC, deben ser sancionadas con severidad para garantizar no solo la finalidad represora, sino también la disuasoria predicable de la actividad sancionadora de la CNC.

Desde esta perspectiva también, privar del margen de discrecionalidad de que debe gozar la CNC a la hora de decidir la pertinencia de la terminación convencional, además de resultar jurídicamente inadmisibles, diluiría la citada finalidad marcadamente disuasoria que tiene la potestad sancionadora en el ámbito de defensa de la competencia, trasladando el mensaje a los potenciales infractores de que no es importante cometer una infracción en la medida en que, por muy grave que sea, siempre se tendrá la opción de terminar convencionalmente sin sanción.

En definitiva, debe ser la CNC la que, a la vista de las circunstancias del caso concreto, y de forma ciertamente estricta, valore la pertinencia de la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción.

Con carácter previo a valorar la actuación objeto del presente recurso es necesario reiterar las precisiones sobre la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional de Expedientes sancionadores de octubre de 2011 que este Consejo expuso en la reciente Resolución de 28 de diciembre de 2011 (Expte. R/0085/11, AGEDI-AIE). Como se advirtió entonces “[es] evidente, y por ello no resulta [SIC] efectuar mayores consideraciones al respecto, que, por un lado, dicha comunicación carece de naturaleza y, por lo tanto, de eficacia normativa y que, por otro, el procedimiento de terminación convencional se rige por lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento de Defensa de la Competencia. Cualquier debate que pretenda poner estas afirmaciones en cuestión resulta absolutamente estéril.

Por el contrario, el objetivo que persigue la Comunicación no es otro que, partiendo de la discrecionalidad de que goza la CNC para acordar esta forma extraordinaria de terminación del procedimiento y del carácter restrictivo con que se debe aplicar, establecer una serie de pautas, como son las relativas al momento, forma y términos en que es preferible solicitar su iniciación, que facilitan su tramitación, pero también poner de manifiesto una serie de criterios que, con carácter general, permiten a los interesados conocer la postura de la Comisión respecto a los casos en que se considera que procede o no su iniciación. O lo que es lo mismo, esta comunicación, al igual que las restantes adoptadas por la CNC, aclaran, como señala la Disposición Transitoria Tercera de la LDC, "los principios que guían su actuación".

Efectuada esta precisión, y pasando a examinar el caso concreto, la DI consideró, haciendo uso del margen de apreciación de que dispone, que no procedía el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional. Y parece ser que precisamente el ejercicio de esta discrecionalidad es una de las razones que conducen a la recurrente a calificar de arbitraria o carente de motivación la decisión de la DI. Sin embargo, al contrario de lo alegado por la recurrente, la decisión de la DI, compartida por este Consejo, sí cumple con la exigencias de la motivación, entendiéndose ajustada a derecho y no revelándose, por tanto, arbitraria. Entender que la nota informativa elaborada y difundida por CETM en 2006, es una conducta que además de ser susceptible de producir efectos anticompetitivos se agota en sí misma, sin que pueda encontrarse compromiso alguno que restablezca la alteración de las condiciones de competencia ocasionadas, es en opinión de este Consejo, un motivación suficiente para denegar el inicio del procedimiento de terminación convencional, careciendo de justificación lo alegado por la recurrente respecto a la falta de motivación en el Acuerdo de 29 de noviembre de 2011 de la DI.

En la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional, que como hemos dicho, sirve de guía a la actuación de la CNC en la materia, se establece que el objeto de la terminación convencional es doble. Por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público. Por otro lado, permite cumplir con el principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional.

De este modo, parece obvio que si el primero de los objetos no se puede cumplir, por cuanto que es imposible proteger el interés público ya vulnerado por unas recomendaciones difundidas en 2006, - sin que existan compromisos que puedan resolver las posibles restricciones a la competencia- , de nada sirve entrar a considerar las razones de eficacia administrativa. Resulta inoportuno, como pretende la recurrente, proceder al inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional tan sólo por razones de eficacia administrativa, ya que estas son, a todas luces, complementarias al objeto principal. La reducción de los trámites de instrucción, el acortamiento de los plazos de resolución del expediente y, en definitiva, la racionalización de los recursos de la CNC en que se traduce la eficacia administrativa, sólo podrán valorarse positivamente en la medida en que el objeto principal se cumpla, y no en caso contrario.

Directamente relacionado con el ahorro de trámites de instrucción y la eficacia administrativa se encuentra la alegación de la recurrente relativa a la falta de

diligencia de la DI por no atender la propuesta de iniciación de las actuaciones tendentes a la terminación convencional hasta cinco meses después de que fuera solicitada. Entiende el Consejo, nuevamente en consonancia con la opinión de la DI, que ni la LDC ni el RDC establecen un plazo para adoptar esta decisión, y que además, teniendo en cuenta que la DI amplió la incoación y realizó PCH Complementario por entender afecto el comercio intracomunitario, es obvio que no se pudo contestar inmediatamente a la solicitud de la recurrente. Tomar esta decisión supone realizar una valoración de las circunstancias y condiciones en las que se plantea, y no, como pretende la recurrente limitar su improcedencia a los casos de carteles. Lo relevante, al fin y al cabo, es que la DI respondió a la solicitud de la recurrente y de forma motivada, sin que en ningún momento esta supuesta tardanza le generara indefensión, como luego veremos.

Del mismo modo tampoco puede el Consejo estimar las alegaciones de la recurrente relativas a las supuestas dudas con respecto al carácter restrictivo de las conductas investigadas. Dudas que, en opinión de la recurrente, son un criterio determinante para resolver el expediente sancionador recurriendo a la terminación convencional. Y esto porque, aunque es cierto que la DI propuso tras su valoración el archivo de las actuaciones, fue este Consejo, órgano decisor de la CNC, el que, apreciando indicios de infracción, no compartió esa conclusión y, sobre la base de los argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de su Resolución de 11 de abril, instó a la DI a la incoación del expediente. Pero es que además, ni en la LDC, ni en el RDC, ni en la Comunicación sobre terminación convencional, se establece que la existencia de supuestas dudas sea un indicador determinante para aceptar dicha forma de finalización de expedientes. Por último, no puede pretenderse que exista *ex ante* una calificación indubitada de la conducta como restrictiva o no de la competencia porque esta es, en última instancia, la razón de ser del procedimiento y una garantía para el presunto infractor.

Otra de las alegaciones de la recurrente, como hemos visto, se ocupa de citar determinadas Resoluciones precedentes donde siendo, en su opinión, conductas más graves para la competencia, sí se recurrió a la terminación convencional como forma de finalización del procedimiento. Aceptar esta forma de terminación en esos casos y no hacerlo en el presente, es, para CETM, una actuación arbitraria e injustificada. Con respecto a esto, y tras el análisis de cada una de las ocho resoluciones citadas, el Consejo ha llegado a la siguiente conclusión:

En siete de estas ocho resoluciones se investigaba si las conductas eran contrarias al artículo 1 LDC (y en su caso, al artículo 101 TFUE), refiriéndose cinco de ellas a actuaciones de Colegios Profesionales (S/0127/09 Procuradores; S/0189/09 Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos; S/0002/07 Consejo Superior de Arquitectos de España; S/00203/09 COAPI y S/0235/10 Convenios FEMP-

Consejos Superiores de Colegios). Sin embargo ninguna de las cinco conductas tenía relación con acuerdos o recomendaciones sobre precios u honorarios. Las otras dos conductas investigadas se referían a actuaciones empresariales como la vinculación, mediante contrato, de la recogida de la semilla de girasol destinada a aceite para usos energéticos a la previa adquisición de la semilla de siembra (Expte. S/0162/09 Semillas de girasol) y a un posible pacto de no competencia limitativo de la distribución y de las ventas en el mercado de fabricación y venta mayorista de aparatos elevadores (S/0302/10; ORONA/OMEGA). En cuanto a la última de las conductas investigadas se analizaba si era susceptible de vulnerar el artículo 2 LDC y 102 TFUE (S/0255/10; PUNTOS DE SUMINISTRO E.ON), consistiendo el posible abuso en la relación de E.On Distribución con los Puntos de Servicio (PDS) y el servicio de atención a los clientes de E.On Distribución. Esta relación venía regulada por una serie de contratos firmados por cada PDS con la distribuidora y las comercializadoras del grupo E.On.

En definitiva ninguno de los casos analizados y que finalizaron convencionalmente, se refiere, ni tiene como elemento de base, la presunta recomendación de precios que se discute en el expediente actual ni otras conductas que hubieran agotado sus efectos. Así, como ya ha puesto de manifiesto el Consejo en distintas ocasiones, la diferencia de circunstancias entre los casos, justifican que la aceptación convencional del resto de expedientes no se pueda utilizar como término de comparación para el actual. En este mismo sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que para que una pretensión pueda prosperar, el que la deduzca debe aportar un término de comparación suficiente y adecuado que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable. La vulneración del principio de igualdad ante la ley requiere por tanto la presencia de dos presupuestos esenciales. La aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y un cambio de criterio inmotivado o con una motivación irrazonable o arbitraria. Nada de esto ocurre aquí, no pudiendo el Consejo estimar tampoco esta alegación de la recurrente.

Por el contrario existe reiterada jurisprudencia sobre la posible ilicitud, desde la óptica de la defensa de la competencia, de las recomendaciones, indicaciones o consejos que desde una asociación reciben los operadores del mercado pertenecientes a dicha asociación, que incluso no siendo vinculantes, propician una pauta común de comportamiento apta para generar efectos anticompetitivos en el mercado. En este sentido existen numerosos expedientes de la CNC y de su predecesor, el TDC, que la recurrente no parece haber tenido en cuenta, y que, por contra, dieron lugar a resoluciones sancionadoras, como la RTDC 472/99 Colegios Farmacéuticos Valencia, la RTDC 479/99 UNESPA, la RTDC 556/03 Empresas cárnicas o, más recientemente la RCNC S/055/08 Inprovo, la RCNC S/044/08 Propollo, la RCNC S/0053/08 Fiab y Asociados, o RCNC S/0181/09 Conserveras. En estas

resoluciones la declaración de ilicitud ha venido precedida de un análisis del carácter objetivamente anticompetitivo de la recomendación, valorando para ello si por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, la recomendación tiene aptitud para distorsionar la competencia en el mercado. Así, en la RCNC S/055/08 Inprovo, el Consejo afirmaba: *“tiene objetivamente por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados (Expte. 453/99 Expertos inmobiliarios 2), en el sentido de repercutir al alza los costes de producción del huevo en España (cuantificados por la propia INPROVO en la nota) al precio futuro del mismo”*. Este análisis para distorsionar la competencia de las recomendaciones de incrementos de precios realizadas por las asociaciones ha sido ratificado por la AN en sucesivas sentencias.

Sin duda, los presupuestos del caso que se dilucida en el expediente sancionador S/0215/10 muestran mayor similitud con estos últimos que con los citados por la recurrente, que ni siquiera tenían como objeto las recomendaciones colectivas de precios o el aumento de los mismos.

En todo caso no es objeto de la presente resolución valorar el fondo del asunto del expediente sancionador S/0215/10, porque precisamente para discernir si estamos ante conductas contrarias al artículo 1 LDC y 101 TFUE, cuestión que aquí no se discute, se encuentra abierto ese procedimiento. No procede, por tanto, tener en cuenta las alegaciones de CETM relativas a si las recomendaciones de la nota informativa difundida se basan o no en la Ley 15/2009, en la normativa vigente en ese momento o en un Acuerdo de 2005. Es irrelevante para el caso actual donde lo que se pretende es decidir si la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional fue o no conforme a derecho.

Asimismo tampoco cabe estimar la alegación de la recurrente que pretende que se inicie el procedimiento y después valorar la suficiencia de los compromisos, ya que ciertamente, por la propia naturaleza de la conducta no hay remedio que pueda remover sus efectos ni compromisos que restablezcan las condiciones alteradas. De ahí que este Consejo comparta la decisión de la DI de no iniciar el procedimiento, incluso sin analizar los compromisos, los cuales, por otro lado, se centran en cumplir la legalidad y en acciones de futuro que difícilmente podrían resolver las posibles restricciones a la competencia de las recomendaciones difundidas en la nota informativa de CETM de 2006, que al fin y al cabo es la conducta objeto del expediente.

Nada que objetar, por último, con respecto a la pretensión de la recurrente relativa a su derecho a informar a sus asociados de los derechos que les reconoce la legislación vigente. El Consejo comparte con CETM que se pueden ejercer todos los derechos que se estimen convenientes a favor de los asociados, siempre y cuando no se infrinja la normativa vigente y, en particular, la LDC.

En definitiva, ninguno de los motivos que se esgrimen por la recurrente permite cuestionar la legalidad del Acuerdo de la Dirección de Investigación de 29 de noviembre de 2011.

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

El artículo 47 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."*

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, la recurrente se limita a remitir a la tardanza de la DI en pronunciarse con respecto a su solicitud de terminación convencional y a alguna que otra alegación imprecisa relacionada en gran medida con la eficacia administrativa, pero en ningún momento justifica en qué medida la denegación ha afectado a sus derechos de defensa. En este sentido conviene hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/008/08 (Transitarios 1) y R/0009/08 (Transitarios 2)], y de 22 de julio de 2010 [Expedientes R0048/10 (Licitaciones de carreteras) y R0049/10 (Campezo Asfaltos Castilla León)] en las que se declara que *"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses"* señalando que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa"* (STC 71/1984, 64/1986).

A mayor abundamiento, y como ya señalamos en nuestra Resolución de 10 de diciembre de 2009, dictada en el marco del expediente R/0029/09 ECOVIDRIO: *"Aun en el caso de que el recurrente lo hubiera hecho, la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción S/0065/08, que continuara 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 Consejo no puede dejar de constatar que hasta el momento en el procedimiento sancionador S/0065/08, el interesado ha podido defender sus intereses, como reconoce en el propio escrito de recurso que lo ha hecho alegando al PCH. Y llegado el momento procesal oportuno podrá seguir ejerciendo real y efectivamente su defensa ante el Consejo en el momento en que la DI eleve a este el Informe y propuesta de resolución para decisión"

A este respecto, en este caso tampoco el Consejo puede dejar de constatar que, en el procedimiento sancionador S/0215/10, la recurrente ha podido defender sus intereses, sin que en ningún momento se le haya negado su derecho de defensa. CETM ha tomado vista del expediente, ha obtenido copias del mismo con posterioridad a su solicitud de terminación convencional y ha formulado cuantas alegaciones estimó pertinentes. Igualmente se le notificó y motivó el Acuerdo de 29 de noviembre de 2011 que ahora recurre con el presente recurso, y no puede, por tanto, admitirse la tesis de que se han frustrado sus derechos de defensa porque la denegación no le permite disfrutar de un ahorro de trámites. El mero hecho de solicitarse la terminación convencional de un procedimiento no supone que la Administración deba concluir de esa forma el mismo siempre y en todo lugar. Para ello está su discrecionalidad para valorar el caso concreto, lo cual no atenta directamente al derecho de defensa de la otra parte.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DI pueda haber causado indefensión. La decisión de denegar la iniciación de la terminación convencional, como ya se ha visto en los fundamentos precedentes, es correcta y está suficientemente motivada.

Por otro lado, y si, como alega la recurrente, los hechos carecen de naturaleza infractora, goza del resto del procedimiento y, lo que es más importante, de todos los derechos y garantías que la ley pone a su disposición para suscitarse en el órgano instructor, primero, y en el resolutorio, después, la convicción de que no existe infracción. No obstante, tal no es una cuestión que deba ser objeto de debate en este recurso ni mucho menos que incida en el juicio de legalidad de la decisión recurrida.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, la recurrente se limita a enunciar que éste se ha producido al verse privado de la posibilidad de resolver el expediente sin que el órgano administrativo se pronuncie sobre la existencia o no de una infracción de la competencia. Cabe recordar al respecto que el Tribunal Constitucional entiende que perjuicio

irreparable es *"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).

Pues bien, sobre este punto, este Consejo se remite a lo ya expresado en la Resolución 10 de diciembre de 2009, dictada en el marco del expediente R/0029/09 ECOVIDRIO, en la que señaló que: *"no siendo la terminación convencional una obligación sino ante una potestad de la CNC delimitada por la propia Ley por una doble condición, la capacidad para solventar los problemas de competencia y la seguridad del interés público, la negativa a iniciarla o a adoptarla no puede considerarse como generadora de perjuicios irreparables. Por el contrario, el único perjuicio que le podría ocasionar la continuación del procedimiento sancionador sería la imposición de una sanción, pero, como resulta evidente, tal es un acto distinto al aquí recurrido, futuro y, en todo caso, incierto, gozando de suficientes trámites posteriores al presente para intentar evitarlo y que no puede esgrimirse como fundamento de un recurso administrativo como el que nos ocupa, puesto que su finalidad no es proteger de situaciones meramente hipotéticas y futuras sino de perjuicios reales y actuales ocasionados por un acto concreto"*.

De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que el Acuerdo de la DI, de 29 de noviembre de 2011, de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0215/10, en el que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de CETM.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por CETM contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 29 de noviembre de 2011 por el que se deniega el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0215/10.

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

