



Roj: **SAN 3122/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3122**

Id Cendoj: **28079230062016100287**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **312/2013**

Nº de Resolución: **293/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3122/2016,**
STS 3829/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000312 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02948/2013

Demandante: SPECIAL PRICES AUTO REISEN S.L.

Procurador: D^a MARÍA LUISA SÁNCHEZ QUERO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a catorce de julio de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 312/13 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. D^a María Luisa Sánchez Quero en nombre y representación de **SPECIAL PRICES AUTO REISEN S.L.** , contra Resolución de fecha 8 de mayo de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre solicitud de terminación convencional; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por



el Sr. Abogado del Estado, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra . D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ , Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte actora interpuso en fecha 8 de julio de 2013, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia por la que se declare la procedencia de la terminación convencional propuesta con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO: De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó la desestimación de la demanda.

TERCERO: Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos, y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo lo que tuvo lugar el día 13 de julio de 2016, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 8 de mayo de 2013, por la cual se acuerda *"desestimar el recurso interpuesto por SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, S.L., contra el acuerdo de 28 de febrero de 2013 de la Dirección de Investigación, que eniega la solicitud de terminación convencional formulada por el recurrente en el ámbito del expediente sancionador S/0404/12 Servicios comerciales AENA, por no reunir los requisitos establecidos en el art. 47 LDC ."*

SEGUNDO: Son antecedentes relevantes para la presente decisión los siguientes:

1.- El 24 de febrero de 2012, la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acordó incoar procedimiento sancionador contra AENA por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Las prácticas mencionadas consistían, en general, en intercambios de información comercial sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales de AENA.

2.- Con fecha de 10 de abril de 2012 se amplió la incoación contra AVIS, AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ESPAÑOL S.A., AURIGACROWN CAR HIRE S.L., AUTOS CABRERA MEDINA S.L., CANARY ISLANDS CAR S.L., CENTAURO RENT A CAR S.L., CORAL CAR RENTAL S.L., EUROPCAR IB S.A., GOLDCAR SPAIN S.L., HERTZ DE ESPAÑA S.L., OWNERS CARS S.A., PAYLESSCAR S.A., RECORD-GO ALQUILER VACACIONAL S.A., RENT A CAR PIÑERO S.L., TOP CAR AUTO REISEN S.L., SIXT RENT A CAR S.L., SOLMAR ALQUILER DE VEHÍCULOS S.L. y SPECIAL PRICES AUTO REISEN S.L.

3.- El 25 de enero de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de SPECIAL PRICES proponiendo la terminación convencional del expediente, de conformidad con los artículos 52 LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero (RDC).

4.- El 28 de febrero de 2013, la Dirección de Investigación (DI) acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional por considerar que no habrían compromisos adecuados para resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación.

5.- Con fecha 20 de marzo de 2013 SPECIAL PRICES interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el mencionado Acuerdo de la DI de 28 de febrero de 2013.

6.- Con fecha de 21 de marzo de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 RDC, el Consejo de la CNC solicitó a la DI informe sobre el recurso interpuesto por SPECIAL PRICES, que fue emitido el 22 de marzo de 2013, proponiendo la desestimación del recurso interpuesto.

7.- Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha de 8 de mayo de 2013 y tras conceder a SPECIAL PRICES un plazo de 15 días para formular alegaciones, se desestimó dicho recurso lo que motiva el presente contencioso.

TERCERO: El artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone:



"1. 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.

2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.

3. Recibido el recurso, el Consejo podrán de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días".

Esta previsión específica constituye una aplicación de lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 en el ámbito sectorial de la defensa de la competencia. Se prevé un recurso administrativo especial y extraordinario ya que únicamente procede por motivos tasados, esto es, siempre y cuando se trate de resoluciones que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de los interesados.

CUARTO: El marco legal de la terminación convencional en el ámbito de los procedimientos seguidos ante la CNC se encuentra, siguiendo la línea trazada por el Reglamento CE nº 1/2003, en el artículo 52 de la LDC, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 52. Terminación convencional.

"1. 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.

2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.

3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4."

El art. 39 del RDC que lo desarrolla tiene el siguiente contenido: "1. 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 propuesta previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores 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, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional

2. Los presuntos infractores presentarán su propuesta de compromisos ante la Dirección de Investigación en el plazo que ésta fije en el acuerdo de iniciación de la terminación convencional, que no podrá ser superior a tres meses. Dicha propuesta será trasladada al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para su conocimiento.

3. Si los presuntos infractores no presentaran los compromisos en el plazo señalado por la Dirección de Investigación se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. Asimismo, se entenderá que los presuntos infractores desisten de su petición si, una vez presentados los compromisos ante la Dirección de Investigación y habiendo considerado ésta que los mismos no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, los presuntos infractores no presentaran, en el plazo establecido a tal efecto por la Dirección de Investigación, nuevos compromisos que, a juicio de ésta, resuelvan los problemas detectados.

4. La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados con el fin de que puedan aducir, en el plazo que se señale, cuantas alegaciones crean convenientes.

5. La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento. Recibida la propuesta de terminación convencional y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá:

a) Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados.



b) Resolver que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso, podrá conceder un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados. Si, transcurrido este plazo, los presuntos infractores no hubieran presentado nuevos compromisos, se les tendrá por desistidos de su petición y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia instará de la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.

6. La resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional establecerá como contenido mínimo:

- a) la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos,
- b) el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos.
- c) el objeto de los compromisos y su alcance, y
- d) el régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.

7. El incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4. c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio".

La LDC establece cuatro requisitos para la terminación convencional, a saber: a) que se solicite por los interesados; b) que verse sobre acuerdos y prácticas colusorias; c) que los compromisos a que se obligan las empresas restablezcan la competencia alterada y quede garantizado suficientemente el interés público; d) por último la solicitud debe presentarse antes de que la Dirección de Investigación de la CNC eleve el informe propuesta de resolución al Consejo.

La Ley sólo permite que la propuesta de acuerdo la formulen los particulares imputados con el aliciente de impedir la sanción, siendo el de la Administración evitar la incertidumbre y asegurarse la erradicación de la conducta colusoria. La resolución de un expediente sancionador mediante terminación convencional constituye, así, una forma de finalizar un procedimiento sancionador incoado por una infracción sustantiva de la legislación de defensa de la competencia, condicionada a que el presunto infractor ofrezca voluntariamente unos compromisos que buscan resolver los problemas de competencia detectados por la CNC. Si la CNC estima que dichos compromisos son suficientes para resolver los efectos sobre la competencia derivado de tales conductas y para garantizar el interés público, dicta una resolución de terminación convencional, que hace vinculantes dichos compromisos, sin sancionar a quien los ha propuesto. Con la terminación convencional se busca lograr un restablecimiento de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas prohibidas detectadas.

QUINTO: Considera la parte actora que la razón de ser de la resolución del Consejo que se combate gira sobre la facultad para decidir si se inicia o no el procedimiento de terminación convencional.

Y en este sentido todas las alegaciones que la actora realiza van dirigidas a justificar la procedencia de la terminación convencional, pero no a discutir el contenido de la resolución impugnada que desestima el recurso de reposición al no concurrir los requisitos exigidos por el art. 47 de la LDC y que son la indefensión o el perjuicio irreparable.

SPECIAL PRICES considera que el acuerdo de la DI acordando no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional por considerar que no había compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación predetermina el resultado del expediente sancionador, constituyendo una manifestación de pérdida de imparcialidad de la instrucción. A juicio de la recurrente los términos en que se expresa la resolución de 28 de febrero de 2013 no dan opción a debate alguno sobre las imputaciones, sino que dan por acreditadas las mismas, con mucha antelación y sin resolver los extremos alegados por las partes.

Añade que además se ha vulnerado el art. 52 de la LDC y la Comunicación sobre la terminación convencional por cuanto existen circunstancias en el presente procedimiento sancionador que hacen viable el inicio de la terminación convencional, como es la adaptación de los contratos de concesión firmados por AENA para la asignación de las plazas de aparcamiento en los aeropuertos españoles y limitando la información intercambiada a partir de ese momento.



SEXTO: Las razones alegadas por la DI para no iniciar actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador, han sido las siguientes:

" En relación con la propuesta de terminación convencional presentada por SPECIAL PRICES AUTO REISEN , S.L., a la vista de lo actuado en el expediente y de la información obrante en el mismo, esta DI acuerda no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional por considerar que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en el expediente de referencia y que se han considerado en el PCH emitido por esta DI que constituyen una práctica prohibida por artículo 1 de la Ley 16/1989 , el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE , consistente en el intercambio de información sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales de AENA presentes en los distintos aeropuertos, con la colaboración de AENA y de AENA AEROPUERTOS, S.A.. En particular, esta DI estima que la práctica objeto de investigación ha sido mantenida, según evidencias obrantes en el expediente y como se ha declarado acreditado en el PCH notificado con fecha 26 de diciembre de 2012, desde al menos el año 1997 hasta su finalización tras la incoación de este expediente sancionador, por lo que los efectos en el mercado de esta conducta ya se habrían producido. Por todo ello, esta DI entiende que los compromisos ofrecidos por SPECIAL PRICES AUTO REISEN, S.L., adaptando los contratos de concesión firmados con AENA para la asignación de las plazas de aparcamiento en los aeropuertos españoles y limitando la información intercambiada a partir de este momento, no pueden resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación.

De ahí que en relación con la propuesta de terminación convencional presentada por SPECIAL PRICES AUTO REISEN S.L., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la LDC y en el artículo 39 del RDC, así como la Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, esta DI acuerda no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional."

Pero además consta en el expediente, folios 11 a 20, informe sobre el recurso interpuesto, conforme a lo ordenado en el art. 24 del RDC, en el que de manera más concreta señala que la resolución adoptada trae base de los siguientes hechos:

"Con fecha 25 de enero de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de AUTO REISEN proponiendo la terminación convencional del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC. En cuanto al objeto, justificación y circunstancias de su propuesta de terminación convencional, dicha empresa ofrecía los siguientes compromisos:

1. A modificar junto con AENA, en el plazo de un mes a partir de la adopción de la terminación convencional, todos y cada uno de los contratos públicos de concesión actualmente en vigor y que regulan sus derechos y obligaciones, en lo concerniente al contenido de la información recibida de AENA para la asignación de las plazas de aparcamiento en los aeropuertos españoles. En concreto, la información que AUTO REISEN recibirá de AENA con carácter anual se limitará a:

- Facturación total (anual) agregada del conjunto de empresas concesionarias en cada aeropuerto.*
- Posición que la empresa ocupa en el ranking de empresas concesionarias de cada aeropuerto y, en su caso, cuota de mercado individual de la empresa.*

En el supuesto en que el número de concesionarios de un aeropuerto fuese tres o menor de tres, únicamente se remitiría a cada concesionario la posición que ocupa en el ranking de dicho aeropuerto. Esta información se pondrá a disposición de cualquier tercero que la solicite, bajo criterios objetivos y no discriminatorios; si la CNC lo considera necesario, esta información será hecha pública en Internet, bien por AENA, bien por cada uno de los concesionarios. Este esquema de intercambio de información se mantendrá durante, al menos, 5 años.

2 Vigilancia por la CNC y transparencia: AUTO REISEN cooperaría con la CNC para permitir la vigilancia por ésta del cumplimiento de los compromisos anteriores. A tal efecto:

- AUTO REISEN remitiría a la Subdirección de Vigilancia de la DI en el plazo de 7 días laborables desde su modificación, copia de las versiones modificadas de los contratos públicos de concesión celebrados con AENA, actualmente en vigor, que reflejen los compromisos propuestos.

- AENA remitirá a la Subdirección de Vigilancia de la DI copia de los modelos de Pliegos de Bases y de Pliegos de Cláusulas Particulares aplicables a los concursos para adjudicación de la concesión del alquiler de vehículos sin conductor en los aeropuertos españoles, que recojan las modificaciones correspondientes en aplicación de los compromisos propuestos, así como cada uno de los contratos celebrados en aplicación de los referidos Pliegos.

- AUTO REISEN remitiría, a la Subdirección de Vigilancia de la DI en el plazo de 7 días laborables a partir de su comunicación por AENA, copia de la información anual enviada por AENA a AUTO REISEN.



- En todo caso, AUTO REISEN remitiría a la CNC cualquier información solicitada por ésta en relación con la información suministrada por AUTO REISEN a AENA en el marco de la actividad de explotación de la actividad de alquiler de vehículos sin conductor en los aeropuertos en los que esté activa."

SÉPTIMO: Debe señalarse que tanto la Ley 30/92 como la LDC incluyen la expresión "podrán" seguida en el caso de la LRJAP de "celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho" y en el caso de la LDC de "resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas". En el caso del Reglamento de Defensa de la Competencia, el artículo 39 con claridad establece que "la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional".

La discrecionalidad administrativa, en el supuesto de estos procedimientos de Defensa de la Competencia, se sitúa por tanto en el propio inicio del procedimiento, y no en la valoración y resolución de los compromisos propuestos, que por tanto escapa del análisis de la cuestión litigiosa ahora planteada.

En todo caso, la potestad discrecional de la Administración ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto administrativo y con arreglo a la doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de la 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.

Tanto el Legislador como la Jurisprudencia han sido conscientes de la necesidad de profundizar en una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución). La motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, pero en el terreno formal constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo, con posibilidad de criticar las bases en que se fundamentó, facilitando, además y en último término el control jurisdiccional de la Administración con arreglo al artículo 106.1 de la Constitución .

En el presente caso nos encontramos ante motivación escueta, pero suficiente, teniendo en cuenta el conjunto del expediente y no solo la resolución impugnada, que se remite precisamente a aquél, pues se detallan las razones por las que la DI no considera debe iniciarse el procedimiento, tal y como las recoge la actora en su demanda y han sido reproducidas anteriormente. Cuestión distinta es que dicha parte no comparta dichas razones, pero en cualquier caso la decisión está fundada. No existe en consecuencia indefensión, puesto que la actora ha conocido las razones de la negativa y ha podido cuestionarlas.

Efectivamente, el acuerdo de la DI de 28 de febrero de 2013 hace referencia a la incoación de un procedimiento sancionador el 24 de febrero de 2012, contra AENA y su ampliación a otras empresas, entre ellas, la actora; que dicha incoación viene motivada por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la LDC y 101 TFUE ; que dichas prácticas consisten en intercambio de información comercial sensible de empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales por AENA; que AUTO REISEN propuso a la DI la terminación convencional del procedimiento el 25 de enero de 2013; que la DI entiende que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación y que la practica objeto de investigación ha sido mantenida desde al menos el año 1997 hasta su finalización tras la incoación del expediente sancionador; que como consecuencia de lo anterior, los efectos en el mercado de esa conducta ya se habrían producido; que los compromisos ofrecidos por AUTO REISEN limitando la información intercambiada a partir de ese momento, no pueden resolver los posibles efectos sobre la competencia derivado de las conductas objeto de investigación.

OCTAVO: Ciertamente la terminación convencional del procedimiento sancionador pone de relieve, al igual que en Derecho Penal existen las sentencias de conformidad, la disponibilidad que el Estado tiene sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Una cosa es que en la imposición de sanciones opere el principio de legalidad y otra distinta que al perseguir las infracciones en el ámbito de la Defensa de la Competencia la CNC pueda basarse en consideraciones de oportunidad, con la posibilidad de control último por los Tribunales.

Ahora bien, no existe un derecho subjetivo de las empresas al acuerdo convencional, de manera que cualquier iniciativa no puede ser rechazada por la Administración, que con arreglo al artículo 52 LDC y al artículo 39 del RDC, tiene una facultad y no una obligación, una vez que se propone por parte de los administrados, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia de los mercados.



La recurrente tiene derecho a formular la solicitud y a que dicha solicitud tenga respuesta por parte de la Administración, tal y como en este caso aconteció, pero no tienen derecho a obligar a la Administración a incoar el expediente de terminación convencional, facultad legalmente reservada a la Administración habida cuenta que el objetivo de este expediente es satisfacer el interés general, que no el interés particular de los que presuntamente han realizado las prácticas prohibidas.

La apelación al interés público como límite último del acuerdo o terminación convencional, además de reiterar la exigencia del artículo 88 de la Ley 30/1992 y por el artículo 103 de la Constitución, da un amplísimo margen a la CNC para aceptar o no la propuesta.

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, terminando convencionalmente sin sanción, lo que la propia CNC ha calificado de inadmisibles en su Resolución de 20 de junio de 2011, R/0071/11 AISGE, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, 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. En esta misma idea inciden los párrafos 10 a 12 de la Comunicación sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores de la CNC.

Por ello la Sala no puede aceptar el argumento de la demandante cuando afirma que sostener que la Dirección de Investigación puede decidir no iniciar el procedimiento supone hurtar "a limine" una facultad reservada por el artículo 52 de la LDC al Consejo, pues es éste el único que puede acordar la terminación convencional. En efecto, como bien se alega por el Abogado del Estado hay que distinguir entre, de una parte, la facultad que corresponde a la Dirección de Investigación (*"podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional"*); y, de otra, la facultad de resolver la terminación convencional del expediente, esto es, la decisión de finalizar el expediente sin imponer la sanción que es, a propuesta de la Dirección de Investigación, una decisión que corresponde exclusivamente al Consejo. Dicho en otros términos, la Dirección de Investigación no puede decidir por sí misma la terminación convencional, pero sí que puede servir de filtro/propuesta y decidir no iniciar el procedimiento o bien proponer la terminación convencional, sin perjuicio de los recursos que procedan en Derecho y cuya resolución corresponda al Consejo.

De la dicción literal del art. 52 de la LDC se deduce que es necesario un equilibrio entre los requisitos 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 suerte que si el órgano competente no aprecia que ambas condiciones se cumplen, no procede siquiera su iniciación.

NOVENO: 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.

En el presente caso la recurrente reprocha a la DI que en su acuerdo de denegación del inicio de la terminación convencional predetermina el resultado del expediente sancionador, lo que constituye una manifestación de pérdida de imparcialidad de la instrucción, dando por acreditadas las imputaciones y generándole indefensión.

Hay que recordar que en el acuerdo recurrido no se señalaba ninguna imputación, limitándose a indicar la incoación del expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, consistentes, en general, en intercambios de información comercial sensible de empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales de AENA, así como la posterior notificación del PCH.

La resolución impugnada motiva la denegación de la apertura del expediente de modo sucinto pero suficiente y ha permitido a la actora ejercer con plenas garantías el derecho de defensa.

"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)".

El hecho de que la DI no haya detallado exhaustivamente los posibles efectos en el acuerdo impugnado, no es óbice a tales conclusiones, pues es preciso recordar que es en la Propuesta de Resolución, donde deben señalarse tales efectos, tal y como se indica expresamente en el artículo 34 del RDC.

Señala el informe que *"De este modo, parece obvio que si dicho objetivo no se puede cumplir, por cuanto que es imposible proteger el interés público ya vulnerado por una práctica que lleva produciendo efectos en el mercado desde hace 15 años, sin que existan compromisos que puedan resolver las posibles restricciones a la competencia ya producidas, por la propia naturaleza de la conducta objeto de investigación, sin que pudieran presentarse compromisos que pudieran remover los efectos ya producidos o restablecer las condiciones alteradas, pues los compromisos de futuro propuestos por AUTO REISEN difícilmente podrán resolver las posibles restricciones a la competencia de la información comercialmente sensible intercambiada entre dicha empresas y las demás incoadas en el citado expediente sancionador."*

En este sentido debe tenerse en cuenta que el intercambio entre competidores de información comercialmente sensible es una infracción muy grave de las normas de competencia. Pero en todo caso no es objeto ni del acuerdo denegando el inicio de la terminación convencional ni de esta Sala valorar el fondo del asunto del expediente sancionador S/0404/12 Servicios Comerciales AENA.

Tales criterios han sido mantenidos por el Tribunal Supremo. Así en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2015, recurso 725/2013 , que confirma la sentencia de esta Sala de fecha 30 de enero de 2013 recaída en el recurso 57/2012 , se señala lo siguiente:

"La voluntad del legislador con este tipo de solución convencional es flexibilizar el procedimiento y lograr una mayor eficacia en la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia a través de la asunción de compromisos por parte de las implicadas para reestablecer con prontitud las condiciones de la competencia.

La decisión de seguir estas actuaciones tendentes a la solución consensuada resulta relevante en cuanto a los efectos y consecuencias que conlleva, y compete pues, en exclusiva a la Dirección de Investigación, que para decidir la opción deberá ponderar de forma motivada y razonada las circunstancias concurrentes para seguir tal vía o, como la que analizamos, para descartar acudir a esta finalización atípica del procedimiento sancionador. La mera solicitud de terminación convencional formulada por la parte afectada por el expediente y el ofrecimiento de concretos compromisos no es suficiente ni tiene un carácter vinculante para la Dirección de Investigación a la que incumbe ponderar si procede concluir el expediente sancionador de forma normal o a través de una fórmula atípica que, insistimos, su conveniencia deberá justificarse con la correspondiente valoración objetiva y razonable de los concretos intereses en juego, así como el alcance y eficacia de los compromisos propuestos para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente .

La parte recurrente insiste en que en la Ley y el Reglamento citados se configura un derecho subjetivo que da acceso a un procedimiento regulado, obviando que precisamente la regulación legal y reglamentaria de la terminación convencional atribuye en todo caso la decisión discrecional de acudir a este tipo de solución al órgano de investigación. El ámbito subjetivo de este procedimiento se limita a dar intervención a los presuntos autores de conductas prohibidas a través de la formulación de una propuesta de compromisos, pero la presentación de la propuesta no comprende el efecto asociado que las partes recurrentes deducen, pues únicamente obliga al órgano competente a su evaluación y a resolver sobre su viabilidad de forma razonada y motivada.

De aceptar la tesis de las partes recurrentes, la mera formulación de la propuesta de compromisos comportaría siempre la finalización convencional del expediente sancionador, cuando en este tipo de expedientes concurren un conjunto de intereses tanto públicos como privados que han de valorarse en cada caso concreto, sin que pueda despojarse al órgano competente de sus facultades para la consecución de los fines que le competen. La terminación convencional del expediente sancionador ha de responder a una concreta y precisa finalidad que realmente la justifique tras la consideración de las circunstancias concurrentes, los intereses públicos implicados y la asunción de compromisos por parte de los presuntos infractores que sirvan para resolver los efectos sobre la competencia. Estos factores objetivos determinan la pertinencia de finalizar de forma flexible el expediente sancionador, sin que pueda desnaturalizarse transformándose en una alternativa al alcance del presunto autor de la conducta prohibida. No cabe, en fin, transmutar la finalización del expediente sancionador en el que concurren relevantes intereses públicos, ni cabe aceptar que sea la conducta del presunto infractor la que determine en exclusiva la modalidad de finalización del expediente, con independencia de dichos intereses públicos concernidos."



DÉCIMO : Idéntico criterio ha sido el mantenido en la sentencia de fecha 18 de enero de 2016, recaída en el recurso nº 164/2013 respecto a AVIS. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho y de conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA procede imponer las costas a la parte actora.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SPECIAL PRICES AUTO REISEN S.L.** contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de mayo de 2013, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho. Se impone las costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/07/2016 doy fe.