



RESOLUCIÓN

(Expte. R/0124/12 AVIS)

CONSEJO

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

En Madrid, a 21 de febrero de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, en adelante el Consejo, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0124/2012, AVIS, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por AVIS ALQUILE UN COCHE S.A. (en adelante, AVIS) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de 27 de noviembre de 2012 de denegación de inicio de la terminación convencional, en el ámbito del expediente sancionador S/0404/12 Servicios Comerciales AENA.

ANTECEDENTES DE HECHO

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 7 de noviembre de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de AVIS proponiendo la terminación convencional del procedimiento, 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 27 de noviembre de 2012, 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. El acuerdo fue notificado ese mismo día a AVIS.
5. Con fecha 11 de diciembre de 2012 AVIS interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el mencionado Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012.
6. Con fecha de 12 de diciembre de 2012, 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 AVIS.
7. El 17 de diciembre de 2012, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por AVIS. En dicho informe, la DI propone la desestimación del recurso interpuesto.
8. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha de 9 de enero de 2013, se concedió a AVIS un plazo de 15 días para formular alegaciones. Dicho acuerdo fue notificado a AVIS el 15 de enero de 2013.
9. El 1 de febrero de 2013 tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones de AVIS. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de febrero de 2013.
10. Es interesada AVIS ALQUILE UN COCHE S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

AVIS interpone recurso el 11 de diciembre de 2012 al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012 de denegación de inicio de la

terminación convencional, en el ámbito del expediente sancionador S/0404/12 Servicios Comerciales AENA.

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

En su recurso, AVIS alega indefensión fundada en la falta de motivación del Acuerdo de la DI impugnado en base a los siguientes argumentos jurídicos.

Entiende que la DI se contradice al afirmar que los compromisos propuestos por AVIS no podrían resolver los “posibles” efectos sobre la competencia en el expediente de referencia cuando indica igualmente que tales “posibles” efectos “ya se habrían producido”. AVIS considera que la DI debía de haberlos especificado en su Acuerdo de 27 de noviembre de 2012, a fin poder presentar los compromisos más adecuados. Añade igualmente, que si los efectos se hubiesen producido ello no impediría que se pudiera declarar la terminación convencional ya que, dado que los compromisos deben de resolver los efectos dañinos en la competencia AVIS entiende que resulta evidente que algún efecto ha debido producirse.

Señala que ni la normativa vigente ni los precedentes de la CNC impiden que la CNC pueda acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional cuando las prácticas investigadas en un procedimiento sancionador lleven vigentes un período de tiempo determinado.

Asimismo, estima que existen circunstancias en el procedimiento sancionador de referencia que hacen viable el inicio de la terminación convencional como el hecho de que la presentación de su solicitud se efectuara en el momento procesal correspondiente, la ausencia de efectos restrictivos de las prácticas imputadas y las condiciones concretas del mercado de alquiler de vehículos sin conductor. Sobre éstas últimas, concreta que permiten descartar la concurrencia de efectos restrictivos de la competencia derivados del intercambio de información comercial sensible, ya que el mercado de referencia se caracteriza por ser un mercado altamente concentrado, complejo, poco estable y asimétrico.

Por último, AVIS analiza la naturaleza de la información intercambiada señalando que se trata de una información no confidencial, antigua y de nula utilidad que no está lo suficientemente desagregada y, además, que el mercado incluye aquéllos operadores no-concesionarios que prestan sus servicios de alquiler de vehículos en las intermediaciones de los aeropuertos.

Su argumentación se apoya en diversas Resoluciones del Consejo de la CNC, en la Comunicación sobre Terminación Convencional de expedientes sancionadores (La Comunicación), en las Directrices horizontales de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal así como en jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En su informe emitido el 17 de diciembre de 2012 la DI realiza las siguientes observaciones.

Señala que para que los procedimientos puedan finalizar convencionalmente es necesario tanto que los compromisos presentados puedan resolver los problemas de competencia como que el interés público quede suficientemente garantizado. Y añade que el solicitar la terminación convencional constituye un derecho que no implica una correlativa obligación para la DI de iniciarlo.

Sobre la procedencia o no de la terminación convencional concreta que tiene carácter discrecional y que estando motivada y no revelada arbitraria, se entiende ajustada a derecho. Señala que su Acuerdo de 27 de noviembre de 2012 está suficientemente motivado en tanto que detalla las razones por las que entiende que no debe de iniciarse el procedimiento: (i) que no habría compromisos adecuados para resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas investigadas, (ii) que dicha conducta ha sido mantenida desde 1997 y (iii) que, por tanto, los efectos de esta conducta ya se habrían producido. Explica que si los posibles efectos en el mercado no se detallaron exhaustivamente en su Acuerdo, se debió a que los mismos han de indicarse en la Propuesta de Resolución, en virtud del artículo 34 RDC.

Aclara que el intercambio entre competidores de información comercialmente sensible es una infracción muy grave de las normas de competencia e indica que la solicitud de confidencialidad de los datos objeto de investigación efectuada por AVIS demuestra la sensibilidad de la misma.

Por último, manifiesta que el Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012 no genera indefensión a AVIS en tanto que es un trámite dentro del procedimiento sancionador S/0404/12 no susceptible de generarla y que la recurrente ha podido y puede defender sus intereses en el seno del mismo.

SEGUNDO. Sobre la iniciación de terminación convencional.

En virtud de lo establecido en el apartado 1 del artículo 52 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 dicho precepto se puede deducir que es necesario un equilibrio entre los requisitos que se exigen para que un procedimiento sancionador pueda concluir convencionalmente, tal y como señala la DI en su Informe, de forma que tanto los compromisos deben de poder resolver los problemas de competencia planteados como el interés público quedar suficientemente garantizado. Y ello en el momento de valorar los compromisos ofrecidos por el interesado pero, también, previamente, en el momento de valorar la solicitud, de forma que si el órgano competente no aprecia que se cumplen ambas condiciones, no procederá su iniciación. Es en base a esto mismo por lo que la DI acuerda no iniciar el procedimiento de terminación convencional en el

presente caso, en tanto que entiende 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”*.

Es necesario precisar, en este sentido, que la normativa de defensa de la competencia reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, pero no a que se termine convencionalmente un procedimiento. Por ello no existe una correlativa obligación de la CNC a concluir de esta forma un procedimiento simplemente por el hecho de haberse solicitado, como explica la DI. Así lo confirma el artículo 39.1 del Real Decreto de Defensa de la Competencia, que establece que *“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[...]”*.

Esto es, la decisión acerca de si procede o no la terminación convencional tiene carácter discrecional, de manera que si cumple con los requisitos de motivación establecidos en el 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. Lo contrario implicaría dejar en manos de los presuntos infractores la decisión de cuándo la Administración debe ejercitar su *ius puniendi*, resultando ello inadmisibles en tanto que nos encontramos ante procedimientos en los que se analiza la comisión de infracciones del ordenamiento jurídico, que por voluntad del legislador plasmada en la LDC deben ser sancionadas para garantizar tanto la finalidad represora como la disuasoria 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 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 que, por muy grave que sea, siempre se tendrá la opción de terminar convencionalmente sin sanción. Por tanto, debe ser la CNC la que, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, y de forma ciertamente estricta, valore si procede o no la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción.

Por los motivos expuestos, el hecho de que, según la recurrente, su solicitud cumpla con los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 52 LDC y en los apartados 11 y 22 de La Comunicación, en relación con la presentación de la misma en el momento procesal correspondiente, es insuficiente.

En referencia al análisis que AVIS efectúa de las características del mercado del alquiler de coches y la naturaleza de la información intercambiada, este Consejo ha de recordar que dichas cuestiones deben de ser dilucidadas en el seno del procedimiento

sancionador. No es objeto del Acuerdo de la DI que se recurre ni de la presente Resolución entrar a valorar si han tenido lugar o no las mencionadas prácticas restrictivas de la competencia, pues ésta es la razón que fundamenta la incoación del procedimiento sancionador, en el seno del cual será dónde deban llevarse a cabo las actuaciones correspondientes en orden a clarificar los hechos y determinar, en su caso, responsabilidades e infracciones. Por ello, este Consejo entiende que no procede, en estos momentos, entrar a valorar el análisis efectuado por la recurrente al respecto.

Por último, en relación con que la CNC ha declarado la terminación convencional de expedientes sancionadores en los que los efectos en el mercado ya se habían producido, cabe recordar lo dispuesto en el apartado 17 de La Comunicación que señala que *“Conviene recordar que las decisiones de inicio y aceptación tienen un carácter discrecional para la CNC, y que cada expediente sancionador presenta sus propias especificidades, por lo que la CNC debe aplicar caso a caso el margen de apreciación del que dispone”*.

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

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

I. Ausencia de Indefensión

Alega la recurrente falta de motivación del Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012. Afirma que ello constituye un defecto de forma que le causa indefensión y que, en base a lo dispuesto en el artículo 62.1.a) LRJAP-PAC, sería nulo de pleno derecho por lesionar un derecho susceptible de amparo constitucional, el artículo 24.2 de la Constitución española.

Sin embargo, señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, a la que la misma hace referencia, que *“[...] 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.”*

En este sentido, el Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012 hace referencia a: (i) la incoación de un procedimiento sancionador, el 24 de febrero de 2012, contra AENA y a su ampliación a otras empresas, entre las que se encuentra la recurrente; (ii) que dicha incoación viene motivada por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 LDC y 101 TFUE; (iii) que esas prácticas restrictivas consisten en intercambio de información comercial sensible de empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales de AENA; (iv) que AVIS propuso a la

DI la terminación convencional del procedimiento el 7 de noviembre de 2012; (v) 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; (vi) que la práctica objeto de investigación ha sido mantenida desde al menos el año 1997 hasta su finalización tras la incoación del expediente sancionador; (vii) que como consecuencia de lo anterior, los efectos en el mercado de esa conducta ya se habrían producido, (viii) que los compromisos ofrecidos por AVIS, limitando la información intercambiada a partir de ese momento, no pueden resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación; (ix) que, por ello, de conformidad con los artículos 52 LDC y 39 RDC y la Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, la DI acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional y (x) la posibilidad de interponer el recurso previsto en el artículo 47 LDC ante el Consejo de la CNC en el plazo de diez días hábiles.

Queda de manifiesto, pues, que se analizaron las cuestiones planteadas en la medida en la que, expuestos los motivos de incoación del expediente sancionador mencionado, se detallaron las razones por las que la DI entendía que en el seno del mismo no procedía la iniciación del procedimiento de terminación convencional: *“no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación”*. Del mismo modo, se especificaron las circunstancias tenidas en cuenta para resolver *“la práctica objeto de investigación ha sido mantenida, según evidencias obrantes en el expediente, 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”*.

De esta forma, aunque dicho análisis pueda, a juicio de la recurrente, no ser exhaustivo y pormenorizado, el Acuerdo de la DI estaría suficientemente motivado, tal y como indica la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012. Cuestión diferente es que AVIS no comparta dichas razones.

Asimismo, tal y como afirma la DI, los efectos producidos en el mercado deberán indicarse en la propuesta de resolución, en función de lo dispuesto en el artículo 34 RDC, que establece que *“La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado (...)”*.

A lo anterior hay que añadir que el propio Acuerdo hace referencia a la posibilidad de interposición de recurso contra el mismo en virtud de lo establecido en el artículo 47 LDC, lo que evidencia que la DI en ningún momento ha tenido intención de limitar el derecho de defensa de la recurrente, muestra de lo cual son tanto la interposición del recurso objeto de la presente resolución como la interposición de alegaciones al Informe de la DI de 17 de diciembre de 2012.

En este sentido, hemos de recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su

Resolución de 22 de febrero de 2012 (Expediente R/0089/11, Colegio de Ingenieros de Caminos) en la 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 CE es sólo aquélla 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 más a más, como el Consejo de la CNC ha expuesto en diversas resoluciones, entre ellas, su Resolución de 5 de marzo de 2012 (Expediente R/0093/11, CETM) *"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."*

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012, ocasione indefensión a AVIS.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

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

Pues bien, sobre este punto, este Consejo se remite a lo ya expresado en la Resolución de 22 de febrero de 2012 (Expediente R/0089/11, Colegio de Ingenieros de Caminos), 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 27 de noviembre de 2012, de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, en el que se fundamenta el presente recurso, haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de AVIS.

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,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por AVIS ALQUILE UN COCHE S.A. contra el Acuerdo de la DI de 27 de noviembre de 2012 de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional en el seno del expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 47 LDC.

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