

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0136/13, GOLDCAR)

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 8 de Mayo de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0136/13, GOLDCAR, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por GOLDCAR SPAIN, S.L (GOLDCAR) y GOLDCAR RENTING, S.L. (GOLDCAR RENTING) contra los Acuerdos de la Dirección de Investigación de 28 de febrero de 2013, de denegación de inicio de la Terminación Convencional.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de febrero de 2012 la Dirección de Investigación (DI) acordó incoar procedimiento sancionador S/0404/12 contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) ampliándose el 10 de abril de 2012 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., y con fecha 17 de diciembre de 2012 contra AURIGACROWN WEB, S.L., AENA AEROPUERTOS, S.A., CITER, S.A., AVIS EUROPE OVERSEAS LTD, GRUPO EMPRESARIAL CABRERA MEDINA, S.L., CENTAURO, S.L., EURAZEO, S.A., HERTZ GLOBAL HOLDINGS, INC, GOLDCAR RENTING, S.L., GO DE ALQUILER, S.L. y SIXT AKTIENGESELLSCHAFT, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas

en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes, en general, en intercambios de información comercial sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor arrendatarias de espacios comerciales.

2. Con fecha 26 de diciembre de 2012 se notificó a las empresas incoadas en dicho expediente el Pliego de Concreción de Hechos, a fin de que presentaran alegaciones.
3. Con fecha 25 de enero de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de GOLDCAR y GOLDCAR RENTING proponiendo la Terminación Convencional del expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC, si bien dicha propuesta no contenía las líneas generales de los compromisos que dichas empresas estarían dispuestas a presentar ni tampoco justificación alguna que fundamentara su petición de Terminación Convencional del expediente sancionador.
4. Con fecha 28 de febrero de 2013 la Dirección de Investigación dictó sendos Acuerdos por los que se deniega la solicitud de Terminación Convencional del expediente S/0404/12 Servicios Comerciales AENA formulada por la representación de GOLDCAR y GOLDCAR RENTING.
5. Con fecha 15 de marzo de 2013 tuvo entrada en la DI escrito de recurso de GOLDCAR y GOLDCAR RENTING contra los acuerdos de la DI de 28 de febrero de 2013, al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
6. Con fecha 19 de marzo de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. Con fecha 21 de marzo de 2013 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe, la DI considera que procede desestimar el recurso.
8. Con fecha 3 de abril de 2013 se admitió a trámite el recurso de GOLDCAR Y GOLDCAR RENTING, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. El 22 de abril de 2013 tuvo entrada en el registro de la CNC, escrito de alegaciones de los recurrentes, que incluía como último folio un breve anexo describiendo las líneas generales (cuatro) de los compromisos a presentar.
10. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de mayo de 2013.
11. Son interesados en este expediente de Recurso GOLDCAR SPAIN, S.L y GOLDCAR RENTING, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente. Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra los Acuerdos de la DI de 28 de febrero de 2013, que deniegan el inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional solicitadas por GOLDCAR SPAIN, S.L y GOLDCAR RENTING, S.L en el marco del expediente sancionador S/0404/12, Servicios Comerciales AENA.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, 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, las recurrentes solicitan del Consejo de la CNC que dicte resolución por la que se anulen los acuerdos de la DI recurridos, concediendo un nuevo plazo para la subsanación de los defectos formales que pudieran adolecer sus solicitudes.

La representación de GOLDCAR y GOLDCAR RENTING S.L justifica la anterior solicitud en un motivo único, el deber de la Administración de requerir al interesado y de otorgar un plazo de subsanación.

A juicio de ésta, conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la DI da entender que la solicitud no contenía los elementos necesarios para proceder a su tramitación, debería haber otorgado un plazo para subsanar defectos. Habiendo prescindido de este trámite de subsanación, resulta procedente anular los actos y restituir el procedimiento al momento en que se incurrió en la falta.

En su informe, emitido el 21 de febrero de 2013, la DI propone la desestimación del recurso de 15 de marzo de 2013, en la medida que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en el expediente sancionador S/404/12 Servicios Comerciales AENA, considerando igualmente que no se ha producido perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de las recurrentes, no reuniendo por tanto el recurso los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

SEGUNDO.- Improcedente solicitud de Terminación Convencional. Conforme al artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (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."*

Como ha expresado este Consejo en anteriores recursos (por ejemplo, la resolución de 21 de febrero de 2013, Expte. R/0124/12 AVIS, por el que se resuelve recurso frente a equivalente petición formulada por otra de las empresas interesadas en el expediente S/0404/12; en sentido equivalente, resolución de 5 de marzo de 2012, Expte R/0094/11 TRANSCALIT) 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 suerte 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 manera 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 (LRJAPPAC), 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 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, este Consejo debe reiterar la precisión sobre el valor que tiene la Comunicación sobre Terminación

Convencional ya expuesta en resoluciones anteriores (así, en la Resolución de 5 de marzo de 2012, Expte. R/0094/11 TRANSCALIT; o en la Resolución de 28 de diciembre de 2011, Expte. R/0085/11, AGEDI-AIE). Es evidente que dicha comunicación carece de naturaleza normativa y que el procedimiento de Terminación Convencional se rige exclusivamente por lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento de Defensa de la Competencia.

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, 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. En definitiva, esta comunicación, del mismo modo que las restantes adoptadas por la CNC, aclaran, como señala la Disposición Adicional Tercera de la LDC, "los principios que guían su actuación".

Efectuada esta precisión, y pasando a examinar el caso concreto, este Consejo no comparte la afirmación de la recurrente de que, conforme al artículo 71 de la LRJPAC y dado que la DI no requirió a GOLDCAR y GOLDCAR RENTING la subsanación de los defectos de los que adolecía su solicitud de Terminación Convencional, resulta procedente anular los actos y restituir el procedimiento al momento en que se incurrió en la falta.

Cabe a este respecto señalar en primer lugar que reiterada jurisprudencia ha consolidado el alcance de dicho precepto, de forma que el deber de requerir la subsanación de que adolezca la solicitud inicial de un procedimiento se circunscribe a los defectos de carácter formal, no a los sustantivos (STS 11 febrero 1997). Se ha escrito, en este sentido, que debe requerirse de subsanación la falta o indebida acreditación de un requisito determinante del inicio del procedimiento, no así la falta de cumplimiento del mismo.

Así, la obligación para la Administración de requerir al interesado la subsanación de los defectos formales o las omisiones en el escrito de iniciación no puede confundirse con la existencia de una obligación absoluta e indiscriminada para la Administración de iniciar la tramitación de un procedimiento cuando el contenido de la solicitud no es susceptible de ser tomado en consideración.

Desde esta perspectiva, el hecho de que la DI no otorgara a las recurrentes un plazo para subsanar, no invalida el acto de ésta, al no existir circunstancias que justificasen la razonabilidad de disponer de un nuevo plazo.

La DI en su Acuerdos de 28 de febrero de 2013, consideró que (al margen de que las recurrentes no acompañase en su solicitud de Terminación Convencional las líneas generales de los compromisos que dicha empresa estaría dispuesta a presentar, ni tampoco justificación alguna que posibilite la terminación) a la vista de la información obrante en el expediente y los hechos considerados acreditados en el Pliego de Concreción de Hechos:

“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 ...”

En el momento de adoptar el acuerdo, la DI ya había emitido el Pliego de Concreción de Hechos, en el que consideraba acreditada una práctica prohibida por 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 arrendatarios de espacios comerciales de AENA y de AENA AEROPUERTOS, S.A. y mantenida por las empresas imputadas desde al menos el año 1997 hasta su finalización tras la incoación del expediente sancionador a principios de 2012, por lo que los efectos en el mercado de esta conducta ya se habría producido y, además, se había dictado también la Resolución del Consejo de la CNC desestimando el recurso interpuesto por AVIS precisamente contra un acuerdo anterior de la DI denegando el inicio de la Terminación Convencional solicitada por dicha empresa (Resolución de 21 de febrero de 2013, Expte. R/0124/12 AVIS)

La DI, por tanto, no inadmitió la solicitud por razones exclusivamente formales sino que, motivadamente, consideró innecesario iniciar un expediente de Terminación Convencional a la vista de la información y los hechos acreditados en el PCH, motivación, en opinión de este Consejo, suficiente para denegar el inicio del procedimiento de Terminación Convencional.

En este sentido, tal y como ha señalado recientemente la Audiencia Nacional en su sentencia de 30 de enero de 2013 (Recurso 06/57/2012):

“Ahora bien, no existe como pretenden las recurrentes, un derecho subjetivo de las empresas al acuerdo convencional, de manera que cualquier iniciativa 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.

Los recurrentes tienen 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.

Por ello la Sala no puede aceptar el argumento de las demandantes cuya tesis obligaría a la Administración a negociar, incluso aun cuando la Administración aprecie, siempre motivadamente, que no concurren las condiciones que resuelvan la situación anticompetitiva. De seguirse la tesis actora se obligaría a la Administración a iniciar un expediente cuando no se tiene voluntad de llegar a un acuerdo, no

porque adopte una postura arbitraria, sino porque motivadamente considera innecesario iniciar un expediente de Terminación Convencional, pues con los datos de los que dispone lo considera inadecuado para establecer garantías sobre el comportamiento futuro y resolver los efectos perniciosos de las conductas anticompetitivas.”

Por todo ello, procede desestimar la alegación de las recurrentes.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC. El artículo 47 de la LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo que: *"las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días".*

Respecto a la posible existencia de indefensión, sobre la que las recurrentes no formulan observación alguna, es necesario recordar 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/0008/08, Transitarios 1; y R/0009/08, Transitarios 2), de 22 de julio de 2010 (Exptes. R0048/10, Licitaciones de carreteras; y R0049/10, Campezo Asfaltos Castilla León), de 28 de diciembre de 2011 (Expte. R/0085/11, AGEDI-AIE), y de 5 de marzo de 2012 (Expte. R/0094/11, TRANSCALIT) en las que se declara lo siguiente: *"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». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando 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/0085/11, AGEDI-AIE:

"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"

En base a lo expuesto, es evidente que no resulta posible apreciar que los Acuerdos de la DI puedan haber causado indefensión; la decisión de denegar la iniciación de la Terminación Convencional como hemos visto en los fundamentos precedentes no sólo es correcta sino que se encuentra suficientemente motivada.

Por lo que se refiere a la otra de las condiciones exigidas por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, la existencia de un perjuicio irreparable, aspecto sobre el que las recurrentes tampoco han realizado alegación alguna, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Pues bien, sobre este punto, este Consejo se remite a lo ya expresado en la Resolución de 4 de julio de 2011, en la que se 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 los Acuerdos de la Directora de Investigación de 28 de febrero de 2013, de denegación de Terminación Convencional del procedimiento sancionador S/0404/12, hayan causado indefensión o perjuicio irreparable a los derechos de GOLDCAR y de GOLDCAR RENTING.

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 GOLDCAR SPAIN, S.L y GOLDCAR RENTING, S.L., contra los Acuerdos de la Dirección de Investigación de 28 de febrero de 2013, que deniegan la solicitud de Terminación Convencional formulada por los



recurrentes, en el ámbito del expediente sancionador S/0404/12, Servicios Comerciales AENA, por no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

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