



Roj: **SAN 3496/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3496**

Id Cendoj: **28079230062020100318**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **04/11/2020**

Nº de Recurso: **198/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000198 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02098/2015

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U.

Procurador: D^a. ANA MARÍA LLORENS PARDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: XFERA MÓVILES S.A

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

SENTENCIA N° :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 198/15 promovido por la Procuradora D^a. Ana María Llorens Pardo, actuando en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** y **TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U.** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 11 de febrero de 2015, desestimatoria del recurso interpuesto contra el Acuerdo de la dirección de competencia de la citada Comisión que deniega el inicio de la terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala dicte en su día sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo por cuya virtud:

" Declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNMC de 11 de febrero de 2015, expediente R/AJ/0391/14, que desestima el recurso administrativo interpuesto por TELEFÓNICA contra el acuerdo de la Dirección de Competencia que deniega el inicio de la terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13.

Condene a la CNMC a admitir, tramitar y resolver el incidente de terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13 y ordene en consecuencia la retroacción de dicho expediente al pronunciamiento de la Dirección de Competencia sobre el inicio del referido expediente de terminación convencional, pronunciamiento que deberá efectuarse en los términos anteriores

Condene en costas a la CNMC."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- La representación de XFERA MÓVILES, parte codemandada, presentó escrito de contestación a la demanda solicitando asimismo la desestimación del recurso.

CUARTO.- Mediante auto de 18 de noviembre de 2015, se acordó recibir el proceso a prueba teniendo por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo así como los incorporados por la parte recurrente en su escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valor probatorio.

QUINTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones y habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 28 de octubre de 2020, en que tuvo lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna TELEFÓNICA la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 11 de febrero de 2015, desestimatoria del recurso interpuesto contra el Acuerdo de la dirección de competencia de la citada Comisión que deniega el inicio de la terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13.

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 6 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia acordó la incoación de un expediente sancionador (expte S/0490/13). El Pliego de Concreción de Hechos se notificó a los interesados el 11 de septiembre de 2014.
2. Con fecha 7 de octubre de 2014, TELEFÓNICA presentó escrito a la CNM,C solicitando el inicio de actuaciones para la terminación convencional del procedimiento.
3. El 12 de noviembre de 2014, se notificó a TELEFONICA la decisión del Director de Competencia de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0490/13, decisión incluida como pronunciamiento en la Propuesta de Resolución de la DC, de 11 de noviembre de 2014.
4. El 25 de noviembre de 2014, TELEFÓNICA interpone recurso contra la decisión del director de Competencia de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional.
5. Con fecha 1 de diciembre de 2014, la Dirección de Competencia remitió su informe al Consejo de la CNMC proponiendo la desestimación del recurso.
6. Admitido a trámite el recurso, el 13 de enero de 2015, TELEFONICA presentó alegaciones a su escrito de recurso.
7. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de febrero de 2015, dictando la resolución que aquí se impugna.

SEGUNDO.- En dicha resolución se hace constar que :



La incoación del procedimiento sancionador vino motivada por prácticas restrictivas de la competencia vinculadas al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red LTE de YOIGO.

La recurrente propuso la terminación convencional del procedimiento el 7 de octubre de 2014 el mismo día que presentó sus alegaciones al PCH coincidiendo con el último día del plazo para formularlas.

En la medida en que el expediente se encuentra en un estado muy avanzado de su instrucción a la fecha de la solicitud de TELEFÓNICA el beneficio al interés público por la pronta finalización del expediente queda muy diluido.

La Dirección de competencia entiende que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos irreversibles sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación. Que la práctica objeto de investigación ha sido mantenida, según evidencias obrantes en el expediente, desde julio de 2013 y en el caso de alguna de las conductas desde abril de 2008, que los efectos en el mercado de estas conductas ya se habría producido, que esta práctica podría ser calificada como una infracción del artículo 1 LDC, atendiendo a la definición recogida en la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria.

Acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional supondría arriesgar la eficacia de la normativa de competencia y no estaría garantizando suficientemente el interés público.

Añadía la dirección de Competencia que " el principal daño a la competencia efectiva se produce en el verano de 2013 cuando TELEFÓNICA adquiere una ventaja competitiva injustificada e ilegal que distorsiona la dinámica competitiva de los mercados afectados al neutralizar la ventaja estratégica adquirida por sus principales competidores al adelantarse a telefónica en el despliegue de sus redes 4g. Lo anterior tiene efectos irreversibles en la medida en que dicha ventaja no puede recuperarse una vez que TELEFÓNICA ya ha desplegado su propia red 4G".

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, que la desestimación o rechazo a limine de la solicitud de incoación del incidente de terminación convencional del expediente sancionador es contraria a derecho porque la solicitud debió ser admitida, tramitada y resuelta. Considera que el art. 39.1 del reglamento de desarrollo de la LDC presenta una naturaleza reglada de tal modo que la Dirección de Competencia no puede decidir de plano y antes de tramitar el oportuno incidente resolver si procede o no la terminación convencional de un expediente sancionador; por el contrario, debe admitir a trámite las solicitudes de inicio de terminación convencional que reúnan los requisitos de admisibilidad establecidos en las normas aplicables.

En línea con lo anterior, si el interesado presenta una solicitud de terminación convencional del expediente sancionador en materia de defensa de la competencia que cumple los requisitos formales exigidos por las normas aplicables la Dirección de Competencia tiene el deber de admitir a trámite la solicitud e impulsar la instrucción del expediente de terminación convencional.

Considera que la resolución recurrida infringe la garantía del procedimiento de terminación convencional de los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia al haber adoptado la resolución sobre el fondo del incidente sin haber sustanciado con carácter previo los trámites propios del mismo incurriendo en arbitrariedad por infracción de los arts 52 LDC y 39.1 de su reglamento.

B) Denuncia que la motivación de la resolución recurrida es aparente o formal y manifiestamente errónea.

Cita tres expedientes S/0457/13 *General Motors España*, S/0337/11 *Distribuidores co2* y S/0012/07 *Puerto de Barcelona*, en los que la solicitud de terminación convencional fue presentada por los interesados con posterioridad a la notificación del Pliego de concreción de Hechos sin que ello impidiera la iniciación de la tramitación del expediente e incluso la aceptación por el Consejo de la terminación convencional por lo que se ha vulnerado su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

A su juicio, carece de fundamento la referencia que hace la resolución recurrida a la irreversibilidad de los efectos que las conductas habrían surtido sobre la competencia ante la ausencia de soporte probatorio de los efectos anticompetitivos que se declaran irreversibles.

Y considera arbitrario el argumento utilizado por la Dirección de Competencia para situar el inicio de la infracción imputada a TELEFÓNICA en relación con el pacto que limita la reventa de capacidad de la red de TELEFÓNICA en 2008 en vez de 2013.

Procede, por todo ello, declarar la nulidad de la resolución recurrida condenando a la CNMC a admitir, tramitar y resolver el expediente de terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13 y ordene la retroacción de dicho expediente al pronunciamiento de la Dirección de competencia sobre el inicio del referido incidente de terminación convencional.



CUARTO.- El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación. Describe el régimen normativo de la terminación convencional, destaca que responde al ejercicio de una potestad discrecional de la Administración por lo que la negativa a iniciar el procedimiento para su declaración no genera indefensión y concluye que la resolución recurrida motiva suficientemente las razones de su rechazo.

QUINTO.- La codemandada, XFERA MÓVILES S.A. tras analizar la figura de la terminación convencional y recordar los precedentes de esta Sala concluye que la solicitud de terminación convencional de TELEFONICA fue evaluada y desestimada mediante una motivación que la actora conoce perfectamente rechazando los argumentos de la demanda.

SEXTO.- Como sabemos, el régimen legal de la terminación convencional en el ámbito de los procedimientos sancionadores seguidos ante la CNMC por infracción de la normativa de competencia se encuentra, siguiendo la línea trazada por el Reglamento CE nº 1/2003, en el artículo 52 de la LDC, que dispone lo siguiente:

"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".

A su vez, el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece que:

"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."

De la regulación expuesta se deduce que la terminación convencional constituye una forma de terminación de un expediente sancionador incoado a raíz de una infracción sustantiva en materia de defensa de la competencia que se supedita a que el presunto infractor ofrezca voluntariamente unos compromisos tendentes a resolver los problemas de competencia que motivaron el expediente sancionador y que de ser aceptados por la Autoridad de Competencia finalizarán aquel expediente sin sanción.

En la sentencia de 14 de julio de 2016, rec. 312/2013, ya dijimos que:

"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".

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".

Luego recuerda el alcance de la potestad discrecional de la Administración en este ámbito en términos similares a resoluciones anteriores de la misma Sala y de este Tribunal."

La citada sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 2018, rec. 2781/2016 que citaba las de 5 de octubre de 2015, rec.. 3250/2012 y de 24 de septiembre de 2015, rec. 725/2013



En ella, confirma que la facultad de la Dirección de Investigación para proponer la iniciación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, incoado por la presunta comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, tiene naturaleza discrecional, facultad controlable a través de su motivación lo que excluye la indefensión.

Niega que " la Ley de Defensa de la Competencia ni la Ley procedimental administrativa confieran a la persona afectada por un expediente sancionador un derecho subjetivo de carácter procedimental -inscrita en el deber de buena administración-, que obligue a la Administración a promover la terminación convencional del procedimiento por el sólo hecho de solicitarlo, y, singularmente, a la terminación del procedimiento sancionador, ya que, según se infiere de las disposiciones legales y reglamentarias analizadas, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia -en el ejercicio de su función de propuesta, respecto de la procedencia de iniciar los trámites tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador, y la propia Comisión Nacional de la Competencia, como órgano resolutor de este incidente procedimental-, deben ponderar los intereses públicos concurrentes, valorando la gravedad de la conducta infractora y la capacidad de los compromisos presentados por el presunto infractor para solventar los efectos lesivos sobre la libre competencia que se hayan producido, en la medida en que otra interpretación de las citadas disposiciones comportaría dejar al arbitrio de los presuntos infractores la decisión sobre cuando la Administración Pública debe ejercer la potestad sancionadora.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2015 (RC 725/2013), ya mantuvimos este criterio con la exposición de los siguientes razonamientos:

"[...] 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".

"el designio del legislador -que se expresa en el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia- de flexibilizar el régimen de terminación del procedimiento sancionador, que habilita a la Dirección de Investigación a promover "un trámite de negociación" con el presunto infractor, con el objeto de acordar los compromisos que se revelen adecuados y proporcionados para resolver los efectos sobre la libre competencia derivada de la conducta investigada en el expediente sancionador, no autoriza a entender que el presunto infractor pueda disponer del procedimiento sancionador, pues la decisión respecto de la terminación convencional del procedimiento está condicionada a que "quede garantizado suficientemente el interés público", según se refiere en el artículo 52.1 del referido texto legal.

(..) la introducción de fórmulas o técnicas de terminación convencional de un procedimiento, que favorecen la comunitarización de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, está sujeta a límites, en la medida que los acuerdos procedimentales no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, y deben ajustarse formalmente a las reglas procedimentales establecidas legalmente y dirigirse al logro de un fin de interés general determinando por la disposición legal que atribuye la potestad de acordar.

(...) Rechaza que el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador es un acto reglado, con el significado de que no cabe denegar la apertura de dicho procedimiento sin dar la oportunidad al solicitante de realizar propuestas de compromiso, porque entendemos que corresponde a dicha autoridad administrativa valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, puesto que la utilización de este instituto procedimental no resulta viable cuando por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor".

Y añadía:

"En este sentido, cabe significar que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia goza de un margen de apreciación para valorar las circunstancias concurrentes, que en este supuesto, ante la naturaleza y entidad de la prácticas imputadas, el elevado número de afectados y la dificultad de que se alcancen



unos compromisos adecuados para solventar los efectos sobre la competencia, no apreciamos que se haya ejercitado de forma irrazonable o arbitraria, por lo que rechazamos que la Sala de instancia haya eludido su deber constitucional de controlar plenamente la legalidad de la actuación administrativa cuestionada".

(...) El hecho de que la DI no haya detallado exhaustivamente los posibles efectos en el acuerdo impugnado, no impide tales conclusiones, pues es en la Propuesta de Resolución, donde deben señalarse tales efectos, tal y como se indica expresamente en el artículo 34 del Reglamento."

SÉPTIMO.- La doctrina expuesta por el Tribunal Supremo sobre la terminación convencional proyectada sobre el presente caso, nos lleva a la desestimación del recurso.

La incoación del procedimiento de terminación convencional de un procedimiento sancionador no responde a una potestad reglada que obligue a la CNMC a iniciarlo si concurren los requisitos formales como sostiene la parte recurrente, pues no existe un derecho subjetivo del presunto infractor a que se inicie la tramitación del citado expediente.

Por el contrario, aquella facultad se inserta en el ámbito de una potestad discrecional en la que la Dirección de Competencia goza de un amplio margen para decidir si inicia o no ese procedimiento que debe entenderse desde la perspectiva de los intereses que protege la normativa de defensa de la competencia a través del ejercicio de la potestad sancionadora. Puede suceder que esos intereses aconsejen acceder a la terminación convencional en aquellos casos en que los compromisos ofrecidos por el presunto infractor permitan garantizar una efectiva competencia y la defensa de consumidores y usuarios pero paralelamente es posible que por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor.

El control del recto ejercicio de esa facultad debemos hacerlo a través del examen de la motivación empleada para denegar la incoación del procedimiento.

Así, recordemos que la resolución recurrida indica que "*La recurrente propuso la terminación convencional del procedimiento el 7 de octubre de 2014 el mismo día que presentó sus alegaciones al PCH coincidiendo con el último día del plazo para formularlas.*

En la medida en que el expediente se encuentra en un estado muy avanzado de su instrucción a la fecha de la solicitud de TELEFONICA el beneficio al interés público por la pronta finalización del expediente queda muy diluido.

La Dirección de competencia entiende que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos irreversibles sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación. Que la práctica objeto de investigación ha sido mantenida, según evidencias obrantes en el expediente, desde julio de 2013 y en el caso de alguna de las conductas desde abril de 2008, que lo efectos en el mercado de estas conductas ya se habría producido, que esta práctica podría ser calificada como una infracción del artículo 1 LDC, atendiendo a la definición recogida en la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria.

Acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional supondría arriesgar la eficacia de la normativa de competencia y no estaría garantizando suficientemente el interés público.

Añadía la dirección de Competencia que " el principal daño a la competencia efectiva se produce en el verano de 2013 cuando TELEFÓNICA adquiere una ventaja competitiva injustificada e ilegal que distorsiona la dinámica competitiva de los mercados afectados al neutralizar la ventaja estratégica adquirida por sus principales competidores al adelantarse a telefónica en el despliegue de sus redes 4g. Lo anterior tiene efectos irreversibles en la medida en que dicha ventaja no puede recuperarse una vez que TELEFONICA ya ha desplegado su propia red 4G".

Pues bien, no apreciamos que como dice la demanda, la resolución recurrida incorpore una motivación aparente o formal pues expresa las razones que, acertadas o no, amparan su decisión de no acordar la incoación del procedimiento de terminación convencional.

La actora sostiene que se vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley porque en tres expedientes que cita, la solicitud de terminación convencional fue presentada por los interesados con posterioridad a la notificación del Pliego de concreción de Hechos sin que ello impidiera la iniciación de la tramitación del expediente e incluso la aceptación por el Consejo de la terminación convencional.

Ahora bien, debemos precisar que en el ejercicio de una facultad discrecional como aquí sucede, la aplicación del principio de igualdad operará en principio con un menor rigor dada la mayor libertad de apreciación del que



goza la Administración a la hora de valorar las circunstancias que justifican acudir a la figura de la terminación convencional. Pero es que además, lo relevante no es tanto que en el presente caso, la solicitud se formulara el mismo día en que la actora presentara sus alegaciones al PCH y en los otros expedientes que cita la solicitud de terminación convencional fuera presentada por los interesados con posterioridad a la notificación del Pliego de concreción de Hechos. Ese es uno de los aspectos que toma en consideración la resolución recurrida pero añade, y esto es lo decisivo a juicio de la Sala, que no habría compromisos adecuados que pudieran restablecer los perjuicios a la competencia generados por las conductas denunciadas y a ello añade *que como la práctica objeto de investigación ha sido mantenida, según evidencias obrantes en el expediente, desde julio de 2013 y en el caso de alguna de las conductas desde abril de 2008, los efectos en el mercado de estas conductas ya se habría producido, que esta práctica podría ser calificada como una infracción del artículo 1 LDC.*

Acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional supondría arriesgar la eficacia de la normativa de competencia y no estaría garantizando suficientemente el interés público.

Añadía la dirección de Competencia que " el principal daño a la competencia efectiva se produce en el verano de 2013 cuando TELEFÓNICA adquiere una ventaja competitiva injustificada e ilegal que distorsiona la dinámica competitiva de los mercados afectados al neutralizar la ventaja estratégica adquirida por sus principales competidores al adelantarse a telefónica en el despliegue de sus redes 4g. Lo anterior tiene efectos irreversibles en la medida en que dicha ventaja no puede recuperarse una vez que TELEFONICA ya ha desplegado su propia red 4G

No es solo, por tanto, el elemento temporal el que determina el rechazo a la solicitud de terminación convencional sino que entiende que no habría compromisos adecuados y ese aspecto no lo discute la demanda que no argumenta cuales podría haber aportado y en que medida paliarían o evitarían los efectos anticompetitivos que pretende evitar la resolución recurrida con su decisión.

OCTAVO.- No altera esta conclusión la denuncia de la recurrente acerca de la falta de prueba de los efectos anticompetitivos que la resolución recurrida, dice, declara irreversibles así como de la arbitrariedad por parte de la Dirección de Competencia para situar el inicio de la infracción imputada a TELEFONICA en relación con el pacto que limita la reventa de capacidad de la red de TELEFONICA en 2008 en vez de 2013.

Y ello porque según el art. 34 del Reglamento de Defensa de la competencia es la propuesta de Resolución la que debe 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.."*

Es por tanto, en las alegaciones a la PR donde la actora puede cuestionar la ausencia de efectos anticompetitivos de su conducta y su alcance temporal sin que corresponda a la resolución que deniega la procedencia de la terminación convencional analizar tales efectos más allá de ponderar en que medida esta puede evitarlos y hacer innecesaria la finalización del procedimiento sancionador en los términos que hemos expuesto.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a Ana María Llorens Pardo, actuando en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U.** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 11 de febrero de 2015, desestimatoria del recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la citada Comisión que deniega el inicio de la terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/11/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ