

Id. Cendoj: 28079230062013100224
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/05/2013
Nº de Recurso: 404/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a nueve de mayo de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 404/11 que ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Bueno Ramírez en nombre y representación de **GRUPO PRISA/GRUPO ZETA 2**, contra Resolución de fecha 4 de julio de 2011 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 GOMEZ, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte actora interpuso en fecha 29 de julio de 2011, 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 literalmente dijo:

*" **SUPlico A LA SALA** que tenga por presentada esta demanda en tiempo y forma y en su virtud declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de 4 de julio de 2011 de la CNC en el Expediente R/0072/11 GRUPO PRISA/GRUPO ZETA 2, acuerde retrotraer los hechos al momento de la solicitud por parte del Grupo Prisa y Grupo Zeta de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0232/10 e indicar que la CNC dispone aún de un plazo de seis meses y cinco días para poner fin al procedimiento sancionador y en la medida necesaria para dar validez a lo anterior, declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de 24 de noviembre de 2011 del Consejo de la CNC en el expediente R/0232/10 PRISA/ZETA por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del Grup o Prisa y grupo Zeta."*

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: No solicitado el recibimiento del pleito a prueba 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 30 de abril 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 la Competencia de fecha 4 de julio de 2011, por la cual se acuerda *"desestimar el recurso interpuesto por la representación de Promotora de Informaciones S.A., Ediciones El País, S.L., Grupo Empresarial de Medios Impresos S.L., Promotora General de Revistas, S.A. y Box News Publicidad S.L. (GRUPO PRISA) y Grupo Zeta S.A y Ediciones Primera Plana S.A. (GRUPO ZETA), contra el acuerdo de 29 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, al considerar este Consejo que no se ha producido indefensión ni perjuicio irreparable en los derechos o intereses legítimos de los recurrentes"*.

El previo acuerdo que se cita se refiere a la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente R/0072/11, expediente sancionador dirigido contra los ahora recurrentes.

1. Son antecedentes relevantes para la presente decisión los siguientes:

- Con fecha 25 de mayo de 2010, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra Promotora de Informaciones S.A y sus filiales Ediciones El País, S.L. y Grupo Empresarial de Medios Impresos S.L., y Grupo Zeta S.A ahora recurrentes, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC, en relación con sus acuerdos de comercialización conjunta de sus publicaciones periódicas.

- Con fecha 24 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación acordó cerrar la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados ese mismo día.

- Con fecha 25 de febrero de 2011 la DI dictó y notificó a las partes la propuesta de resolución. Dicha notificación administrativa fue recibida por las partes el día 28 de febrero de 2011.

- Con fecha 18 de marzo de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de los representantes legales de Grupo Prisa y Grupo Zeta solicitando el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional.

- La Dirección de Investigación, con fecha 29 de marzo de 2011, acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento.

- Con fecha 14 de abril de 2011, tuvo entrada en la CNC recurso de las ahora recurrentes, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de 29 de marzo de 2011, solicitando se declare contrario a derecho y nulo dicho acuerdo, con petición

subsidiaria de anulación.

- La Dirección de Investigación, con fecha 30 de marzo de 2011, remitió al Consejo de la CNC copia del expediente junto con su informe.

- Con fecha 24 de mayo de 2011, se presentó escrito de alegaciones de los recurrentes.

- Por último, el Consejo de la CNC resolvió en el sentido más arriba indicado, mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

SEGUNDO: 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 n° 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."

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.

TERCERO: 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. Según las demandantes la resolución no razona sobre esa posibilidad excepcional de inadmitir a trámite una solicitud, lo que provoca indefensión y entienden que la Dirección de Investigación no puede inadmitir de plano una solicitud como la presentada por las hoy actoras, sino que debe tramitarla para que el órgano competente para resolverla, que es el Consejo de la CNC, decida.

Además en la demanda también se hace un análisis de la infracción imputada y de la sanción que por una resolución posterior de la CNC se les ha impuesto, pero que es objeto de otro recurso contencioso-administrativo tramitado ante esta misma Sección con el nº 718/11 y deliberado conjuntamente con el presente, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, debiendo desde este mismo momento desestimarse la alegación de inadmisibilidad promovida por el Abogado del Estado de pérdida sobrevenida de objeto, pues si bien la estimación del presente recurso condicionaría sin duda la resolución del segundo, no ocurre lo mismo en caso de desestimación.

CUARTO: Las razones alegadas por la CNC en la resolución impugnada para no iniciar actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador, siguiendo con ello el criterio mantenido por la DI, han sido las siguientes:

1.- Por el momento en que se ha solicitado, ya que cuanto antes se adopten las medidas que restablezcan la situación de competencia previsiblemente distorsionada, mayor es el beneficio para el interés público y mayor justificación encontrará el iniciar un procedimiento de terminación convencional, por el contrario cuanto más perfilada esté la infracción, especialmente una vez que el órgano instructor formule propuesta de resolución, como ocurre en el presente supuesto, mayor es la dificultad para observar y justificar que existe un interés público que permita a la Administración no sancionar una conducta que ha calificado en el PCH y confirmado en la PR como infractora, sobre todo cuando el Consejo además de imponer en la resolución sanciones económicas, puede imponer las condiciones u obligaciones necesarias para que cesen las conductas prohibidas, así como ordenar la remoción de los efectos restrictivos que se hayan podido producir.

2.- Y que a diferencia de lo ocurrido en el procedimiento S/246/10 incoado por la DI contra Vocento y Grupo Godó en el que la solicitud de terminación convencional se produjo al inicio de la tramitación del expediente antes de la elaboración del PCH, en el caso presente la solicitud se ha presentado cuando ha sido formulada y notificada la propuesta de resolución, añadiéndose además que el escrito de solicitud de inicio de la terminación convencional ha tratado fundamentalmente de rebatir la calificación de la infracción y solo en un párrafo final se refiere a la posibilidad de ofrecer en un futuro compromisos para resolver los problemas detectados.

3.- Que se trata de una conducta que para la DI, una vez concluida la instrucción del expediente, es muy grave, no siendo indiferente el tipo de conducta infractora de la normativa de defensa de la competencia y los efectos que haya producido o pueda producir, para valorar si el procedimiento puede o no terminar convencionalmente.

QUINTO: 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 como pretenden las recurrentes, 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.

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 cuando afirman 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.

SEXTO: Hemos también de descartar la indefensión. En efecto no ha existido indefensión desde el momento en que la resolución impugnada motiva la denegación de la apertura del expediente de modo suficiente para permitir con plenas garantías el ejercicio del derecho de defensa por parte de las hoy actoras y buena prueba de ello son las amplias alegaciones que han tenido ocasión de formular tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional.

Por último tampoco cabe apreciar lesión del principio de igualdad que también se invoca en la demanda ante la falta de prueba de la existencia de un término válido de comparación, tal y como viene exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

SÉPTIMO: 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 de 13 de julio de 1998, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

FALLO

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

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **GRUPO PRISA/GRUPO ZETA 2**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de julio de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas.

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 Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.