



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/0067/14, AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL 2

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

VICESECRETARIO

D. Miguel Sánchez Blanco

En Madrid, a 4 de abril de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/0067/14, AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto conjuntamente por D. [XXX] y A&C AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL, S.L. (AGI) contra la Comunicación de la Unidad de Apoyo de la Dirección de Competencia (DC) de 9 de enero de 2014 en la que, en respuesta a los escritos de denuncia de [XXX]/AGI, se considera que no cabe calificar los hechos descritos en el mismo como infracciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y, por tanto, que no procede llevar a cabo ninguna actuación de investigación al respecto.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 3 de septiembre de 2013, tuvieron entrada en la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) cuatro escritos de [XXX]/AGI en los que denunciaba a la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares SA NOSTRA (SA NOSTRA), hoy Banco MARE NOSTRUM.
2. Con fecha 25 de noviembre de 2013 la Dirección de Competencia (DC) contestó a dichos escritos indicando que las actuaciones denunciadas no eran susceptibles de ser consideradas infracciones de la LDC, por lo que no procedía iniciar ninguna actuación al respecto. Dicha Comunicación fue notificada ese mismo día por fax y entregada por vía postal al interesado el 9 de diciembre de 2013.

3. Mediante escrito de 9 de enero de 2014 la DC amplió su respuesta de 25 de noviembre ante la interpretación de [XXX]/AGI de que la misma venía referida a uno sólo de los cuatro escritos presentados, recogiendo los hechos descritos en cada uno de ellos y reiterando los argumentos ya esgrimidos en relación con la ausencia de infracción de la LDC.
4. El 10 de enero de 2014, con entrada en la CNMC ese mismo día, [XXX]/AGI interpusieron conjuntamente el recurso previsto en el artículo 47 LDC y los de alzada y reposición recogidos en la LRJPAC contra la Comunicación de la DC de 25 de noviembre de 2013. Mediante Resolución de 7 de febrero de 2014, el Consejo de la CNMC inadmitió el mismo tanto por su extemporaneidad como por la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
5. El 10 de febrero de 2014, con entrada en la CNMC el 13 de febrero, [XXX]/AGI presentaron cuatro escritos contra la Comunicación de la DC de 9 de enero de 2014 en los que interponían el recurso previsto en el artículo 47 LDC.
6. El 16 de febrero de 2014, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre los recursos interpuestos.
7. Con fecha 24 de febrero de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre los recursos interpuestos por [XXX]/AGI, proponiendo la desestimación del recurso por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 3 de abril de 2014.
9. Son interesados: D. [XXX] y A&C AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley 3/2013) *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán*

realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

El artículo 47 LDC prevé 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 consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013 y el artículo 14.1.a) del RD 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el estatuto Orgánico de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de los recurrentes.

Los recurrentes interponen el recurso previsto en el artículo 47 LDC y solicitan al Consejo de la CNMC la revocación del escrito de la DC de 9 de enero de 2014, en tanto que entienden que de la documentación que aportan al expediente como a sus escritos de recurso se deducen infracciones de la LDC.

El contenido de sus escritos es el siguiente:

- Primer escrito: [XXX]/AGI exponen que SA NOSTRA cierra operaciones de compraventa de títulos y acciones a precios diferentes de los inicialmente acordados en su perjuicio, aplicando costos y gastos sobre dichas operaciones superiores tanto a los fijados en el contrato de 2 de agosto de 2006 como a los que ofrecen el resto de operadores.
- Segundo escrito: [XXX]/AGI indican que los costes de cargo de operaciones y transacciones de compraventa de acciones efectuados por SA NOSTRA en su cuenta de valores exceden de los costes y gastos acordados mediante contrato de 2 de agosto de 2006 en casi treinta puntos porcentuales.
- Tercer escrito: [XXX]/AGI manifiestan que SA NOSTRA ha obstruido e impedido la propuesta de cancelación de préstamo hipotecario planteada por un avalista de [XXX]/AGI y estos últimos dada la incomparecencia de SA NOSTRA en Notaría. A ello hay que añadir que SA NOSTRA aplica costos y gastos sobre las operaciones de préstamos hipotecarios superiores tanto a lo pactado como al que aplicaría de haber alcanzado un acuerdo con determinada entidad de crédito.
- Cuarto escrito: obstrucción e impedimento por SA NOSTRA, a través de una Correduría de Seguros, del resarcimiento de daños, conforme a la Póliza de Seguros correspondiente, ocasionados por los siniestros acontecidos en el local comercial en septiembre de 2005 y de 2007. Según [XXX]/AGI, en concepto de tales procedía no sólo el reintegro de la cantidad de los daños sino también la actualización de los intereses

Los recurrentes alegan, por un lado, infracción de los artículos 1, 2, 3, 36 y 49 LDC y añaden que la DC ha otorgado un tratamiento procesal erróneo al expediente al invocar el artículo 25 LDC, hoy derogado por la Ley 3/2013. Por otro lado, alegan infracción de los artículos 62, 109 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y siguientes. Por todo ello, entienden que procede la revocación del escrito de 9 de enero de 2014 y proseguir las actuaciones. En apoyo a sus pretensiones, adjuntan diversos anexos a sus escritos como pruebas documentales. Asimismo, solicitan la ampliación del plazo para resolver este expediente.

En su informe de 24 de febrero de 2014 la DC considera que procede desestimar los recursos en la medida en que en ningún caso producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de [XXX]/AGI, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

TERCERO.- Sobre la ausencia de infracción de la LRJPAC y de la LDC.

Los recurrentes alegan las mismas infracciones de la LRJPAC y de la LDC a las que se refirieron en su escrito de recurso de 10 de enero de 2014 y a las que la Resolución del Consejo de la CNMC de 7 de febrero de 2014 ya dio respuesta, tras declarar extemporáneo el recurso.

- Respecto a la ausencia de infracción de la LRJPAC

Este Consejo se remite la citada Resolución y, en concreto, reitera que *“A pesar de la dificultad que entraña la comprensión de las exactas razones expuestas por los recurrentes para alegar infracción de la LRJPAC, dada la ausencia de argumentación que apoye las mismas, este Consejo entiende que las presuntas infracciones de la LRJPAC aducidas no permiten la admisión del recurso por los siguientes motivos: (i) los recurrentes no razonan, y ni siquiera alegan, en ningún momento, cuál es la indefensión o perjuicio irreparable derivados de las infracciones a las que se refieren, y (ii) en todo caso, las infracciones alegadas no existen ni se derivan de la Comunicación de la DC (...) recurrida, siendo algunas de las mismas alegadas en mera repetición de lo incluido en la norma legal que se considera infringida, sin atenerse a la realidad de los hechos evaluados en el presente recurso”*.

Se recuerda, en este sentido, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *“no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar “perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”*.

- Respecto a la ausencia de infracción de la LDC.

En relación a la presunta infracción del artículo 1 LDC, los recurrentes no justifican los requisitos mínimos establecidos en dicha norma para tipificar una conducta como colusoria. Como ya manifestó este Consejo en su Resolución de 7 de febrero de 2014, *“el primero de los requisitos que este Consejo debería examinar con el fin de dilucidar si se considera o no infringido el artículo 1 LDC, sería la existencia de un acuerdo, decisión o práctica concertada entre empresas autónomas”*. En este caso, al igual que entonces, tanto de lo señalado en sus escritos por los recurrentes como de la documentación aportada por los mismos no se acredita la existencia de ningún acuerdo de voluntades entre operadores independientes de los declarados prohibidos en el artículo 1 LDC. De hecho, como señala la DC, las relaciones se dan entre una entidad financiera y su cliente, entre [XXX]/AGI y SA NOSTRA (bien a través de sí misma, bien a través de su filial SERBROK) sin mediar ningún otro operador.

Con respecto a la infracción del artículo 2 LDC, los recurrentes tampoco justifican la existencia de una situación de posición de dominio por parte de SA NOSTRA, afirmando únicamente que dicha posición es *“pública y notoria”* y limitándose a señalar que el denunciado ha abusado de dicha posición por distintas actuaciones bancarias. Como ya expuso este Consejo en su anterior Resolución de 7 de febrero *“el artículo 2 LDC viene referido a la “explotación abusiva” de esa posición de dominio, es decir, que se requiere, por un lado, que exista posición de dominio y, por otro, que se abuse de dicha posición”*. Ni de los escritos presentados por los recurrentes ni de los anexos aportados al expediente se desprende la existencia de la mencionada posición de dominio por parte de SA NOSTRA. En consecuencia, tampoco es posible apreciar el supuesto abuso de la misma al que [XXX]/AGI se refieren.

Por último, los recurrentes alegan una infracción del artículo 3 LDC y, como consecuencia, del artículo 5 de la Ley 3/1991, de competencia desleal (LCD), basándose en similares argumentos a los anteriores. Como ya se indicó en la mencionada Resolución de 7 de febrero de 2014, *“En función de lo dispuesto en el artículo 3 LDC, para que la CNMC pueda entrar a conocer de los mismos deben concurrir dos requisitos, que se trate de actos de competencia desleal y que dichos actos falseen la competencia y afecten al interés público”*. Aunque en esta ocasión los recurrentes hacen referencia al ilícito de la LCD que consideran infringido (art. 5, actos de engaño), continúan sin motivar suficientemente dicha infracción ni demostrar que la conducta referida afecta al interés público. Como indica la DC en su informe, *“No es suficiente, por tanto, la afectación de un interés privado, sino que dicha afectación incida sobre el funcionamiento general del mercado”*. De nuevo, [XXX]/AGI no razonan ni justifican documentalmente la existencia de infracción del artículo 3 LDC, por lo que no es posible considerar que existan indicios de su infracción.

En relación a la pretendida infracción del derogado artículo 25 LDC y el tratamiento procesal dado al presente expediente, como la DC indica en su informe, dicho artículo 25 no resulta aplicable, ni por el sujeto de la denuncia ni por su contenido, dado que regulaba la actuación de la extinta CNC en cuestiones relativas a la defensa de la competencia cuando fuera consultada por *“las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones*

locales, los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios”, lo que no ocurre en este caso.

En cuanto al resto de infracciones de la LDC alegadas, este Consejo no entiende en qué medida se pueden considerar infringidos por el acto recurrido el artículo 36 LDC (referido a los plazos máximos del procedimiento) y el 49 LDC (relativo a la iniciación del procedimiento). En este sentido, debe recordar que el procedimiento sancionador se inicia de oficio por la DC, aun en el caso de haber sido formulada denuncia, pero siempre y cuando la DC observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas de la LDC, requisito que no se ha dado en este caso. Cuando no existan indicios de infracción, la DC procederá a la no incoación del procedimiento y el archivo de las actuaciones, de conformidad con el artículo 49.3 LDC, como correctamente manifestó a los recurrentes en su comunicación de 9 de enero de 2014, *“A la vista de todos estos factores y al no tener la CNMC indicios de conductas tipificadas en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, no procede llevar a cabo ninguna actuación con respecto a los hechos por usted denunciados en sus escritos”*.

Como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 de febrero de 2014, en relación con otra denuncia archivada por la extinta CNC por no apreciar indicios de una conducta infractora de la LDC y no considerarse competente para resolver, *“En el presente caso, no resulta que la conducta, al margen de que no existan indicios de abuso, afecte a la libre competencia ni tiene aptitud para ello. Las conductas descritas en la demanda, o bien están justificadas, o no tienen aptitud para vulnerar la libre competencia, o ambas cosas. (...), al margen de que en los actos denunciados puedan concurrir elementos que los configuren como abusivos en el ámbito negocial, lo cierto es que tal cuestión ha de ventilarse ante la Jurisdicción civil, y ello, de una parte porque la controversia gira en torno a determinados aspectos de la contratación y de otra parte, porque, como decíamos, aún cuando existiera abuso, que no ha quedado acreditado, no resulta racionalmente, que el mismo pudiese afectar a la libre competencia, único caso en el que la Ley 15/2007 atribuye la competencia a la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora”*.

Por ello, este Consejo considera que de los hechos denunciados y de la información aportada por los recurrentes no se deducen indicios de infracción de la LDC.

CUARTO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por [XXX]/AGI supone verificar si el escrito de la DC de 9 de enero de 2014 ha ocasionado o no indefensión o perjuicio irreparable a los recurrentes.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC y también por la Sala de Competencia de la CNMC, debe recordarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, *“no se da indefensión cuando ha existido la*

posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos" (STC 64/1986). Analizando las circunstancias del caso, resulta evidente no sólo que la comunicación de la DC de 9 de enero de 2014 no ha supuesto la imputación de cargo alguno a los recurrentes sino también que la presente resolución, que resuelve sobre el escrito de recurso presentado por aquéllos, deja expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, por lo que no es posible estimar lesionados sus derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC, 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). Los recurrentes no alegan perjuicio irreparable en ninguno de sus escritos. En cualquier caso, este Consejo considera que la comunicación de la DC de 9 de enero de 2014 no es un acto per se capaz de producir perjuicio irreparable, especialmente si se tiene en cuenta que los propios recurrentes reconocen en sus escritos la competencia de otras entidades públicas para conocer de las conductas denunciadas: *"dos de las cuatro denuncias planteadas eran competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al tratar sobre la compraventa de títulos valores o acciones, cuestiones estas de competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las dos denuncias restantes eran cuestiones estrictamente bancarias y por tanto competencia del Banco de España y excluidas de la competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores"*.

De este modo, ni puede apreciarse que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de [XXX]/AGI ni que la CNMC sea el órgano competente para entender de las denuncias formuladas por estos últimos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto [XXX] conjuntamente con la mercantil A&C AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL, S.L. contra la Comunicación de la Dirección de Competencia de 9 de enero de 2014 por la que se acordaba no iniciar actuaciones en relación con los hechos denunciados por los recurrentes, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de los recurrentes.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, 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 el día siguiente al de su notificación.