

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0072/11, GRUPO PRISA/GRUPO ZETA 2)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 4 de julio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera María Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0072/11, GRUPO PRISA/GRUPO ZETA 2, por la que se resuelve el recurso administrativo contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación, de fecha 29 de marzo de 2011, de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0232/10.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de mayo de 2010, la Dirección de Investigación (DI), de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.1 de la LDC, 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, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC, en relación con sus acuerdos de comercialización conjunta de sus publicaciones periódicas.
2. Con fecha 24 de febrero de 2011, la DI, en virtud de lo previsto en el artículo 33. 1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), acordó cerrar la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados ese mismo día.
3. 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.
4. 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 del expediente S/0232/10, en virtud del artículo 52 de la LDC y el artículo 39 del RDC.

5. Con fecha 29 de marzo de 2011, la Directora de Investigación acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento. Dicho acuerdo fue notificado a las partes con la misma fecha.

6. Con fecha 14 de abril de 2011, tuvo entrada en la CNC recurso de GRUPO PRISA y GRUPO ZETA, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de 29 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, solicitando se declare contrario a derecho y nulo dicho Acuerdo, con petición subsidiaria de anulación.

7. Con fecha 30 de marzo de 2011, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50. 5 de la LDC, la Dirección de Investigación remitió al Consejo de la CNC el informe propuesta previsto en el artículo 50. 5 de la LDC, junto con el expediente.

8. Con fecha 24 de mayo de 2011, tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de alegaciones de los recurrentes.

9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de junio de 2011.

10. Son interesados 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 (en adelante GRUPO PRISA); y grupo Zeta, S.A y Ediciones Primera Plana S.A (en lo sucesivo GRUPO ZETA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 29 de marzo de 2011, de denegación de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0232/10, por entender que el citado Acuerdo está basado en una interpretación errónea de la LDC que resulta en una modificación definitiva de la posición jurídica de las partes en el expediente, causando un perjuicio irreparable de sus derechos e intereses legítimos.

En su recurso, los recurrentes solicitan que el Consejo de la CNC dicte resolución por la que se declare contrario a derecho y nulo el Acuerdo, o subsidiariamente, se anule el mismo.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- Se alega que el Acuerdo de 29 de marzo es un acto recurrible de acuerdo con el artículo 47 de la LDC.
- La motivación del Acuerdo de 29 de marzo se basa en una interpretación incorrecta de la LDC, careciendo de motivación alternativa.
- El Acuerdo de 29 de marzo genera indefensión ya que la calificación de los hechos contenida en la Propuesta de Resolución es cualitativamente distinta a la reflejada en el Pliego de Concreción de Hechos.
- La solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional dejaba constancia de la disposición de las partes para resolver los supuestos efectos identificados por la Dirección de Investigación y garantizar suficientemente el interés público.
- El Acuerdo de 29 de marzo aumenta el riesgo de decisiones contradictorias que distorsionen el mercado y produzcan situaciones de discriminación.

SEGUNDO.- Improcedente solicitud de iniciación 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.”*

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 suerte 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 (LRJAP-PAC), 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, y de forma ciertamente estricta, valore la pertinencia de la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción.

Pues bien, en el presente caso, este Consejo, que conforme al artículo 89 LRJAP-PAC, está obligado a resolver todas las cuestiones suscitadas en el procedimiento cuestionado, hayan sido o no planteadas por las partes, entiende que no procede siquiera iniciar la terminación convencional con base en las consideraciones que, a continuación, se efectúan.

Comenzando por el debate sobre la extemporaneidad de la solicitud formulada por la representación del GRUPO PRISA y GRUPO ZETA, este Consejo no puede ignorar, puesto que es evidente, las dificultades interpretativas que se derivan de la aplicación conjunta de los artículos 52.3 y 50.4 de la LDC, puesto si bien es cierto que el primero fija como límite a la solicitud de terminación convencional la elevación al Consejo de un informe, se remite para identificar tal informe al segundo precepto citado, en el que se regula la propuesta de resolución, que es un trámite anterior a aquél.

Obviada, por imposible, la interpretación literal, debiera acudir a los criterios interpretativos contenidos en el artículo 3 del Código Civil, conforme al cual “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en

relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

Pues bien, sin perjuicio de que los antecedentes, especialmente la tramitación parlamentaria, parezcan inclinar la balanza interpretativa del lado del informe propuesta, puesto que, hasta la introducción durante la tramitación parlamentaria de un nuevo apartado segundo, el artículo 50.4 se refería al informe propuesta, lo cierto es que este Consejo no considera tan clara esta cuestión si acudimos al espíritu y finalidad que persigue la norma y que, como se expondrá con posterioridad, invita a considerar que la terminación convencional sea preferentemente valorada por el órgano instructor, que es al que corresponde decidir la pertinencia de su iniciación, pudiendo ser incluso antes de que tenga formada definitivamente la convicción sobre la existencia de una infracción de la normativa de defensa de la competencia.

En todo caso, no resulta necesario en el recurso que nos ocupa determinar la cuestión formal anterior, en la medida en que existen razones de fondo que inducen a este Consejo a considerar improcedente la solicitud de terminación convencional. Teniendo en cuenta que la decisión final sobre la procedencia de la terminación convencional de un procedimiento sancionador corresponde, por disposición legal, al órgano resolutorio, difícilmente pueda mantenerse la tramitación si el criterio de éste es contrario siquiera a su inicio.

En primer lugar, por el momento en que se ha solicitado. En efecto, independientemente de la interpretación que se quiera dar al artículo 52.3 de la LDC, este Consejo considera necesario remarcar que no es indiferente el momento en que se presenta la solicitud de terminación convencional de un procedimiento sancionador. Y 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 y, por lo tanto, exista una convicción más fundada sobre su comisión, especialmente una vez que el órgano instructor formule propuesta de resolución, mayor es la dificultad que tiene el órgano resolutorio 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, conforme al artículo 53.2 b) de la LDC, 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.

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 Pliego de Concreción de Hechos, en el expediente S/0232/10, GRUPO PRISA y GRUPO ZETA sólo presenta su solicitud cuando ha sido formulada y notificada la Propuesta de Resolución, por lo tanto no estamos en presencia de situaciones idénticas ni siquiera similares, tal y como señalan los recurrentes, al menos desde la óptica de la defensa del interés público.

Más aun, el contenido del escrito de solicitud de inicio de esta terminación convencional presentado en fase tan tardía, se ha dedicado fundamentalmente a rebatir la calificación infracción de la propuesta de la DI, y solo en un párrafo final se refiere a la posibilidad de ofrecer en un futuro compromisos para resolver los problemas detectados.

Sin perjuicio de que, examinados los términos en que ha actuado GRUPO PRISA y GRUPO ZETA, parecen más interesados en la suspensión del procedimiento sancionador en curso que en su terminación convencional, lo cierto es que a la vista del momento en que ha sido solicitada, una vez formulada la PR, es decir, concluida por disposición legal la fase de instrucción y teniendo el órgano instructor la certeza de que existe una infracción de la normativa sobre defensa de la competencia, ha quedado absolutamente desdibujado el efecto de satisfacción del interés público que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente que permita una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia acreditada.

En segundo término, nos encontramos ante una conducta, la imputada, que para la Dirección de Investigación, una vez concluida la instrucción del expediente, es muy grave. Es criterio de este Consejo, expuesto en la Resolución de 29 de junio de 2011 (Expte. R-0071-11, AISGE), que no es indiferente el tipo de conducta infractora de la normativa de defensa de la competencia y los efectos que haya producido o podido producir para valorar si el procedimiento puede terminar convencionalmente.

Pero además y a diferencia del expediente S/ 246/10, que, como bien conoce el recurrente por ser parte en el mismo, no había siquiera una primera imputación, puesto que no se había emitido el PCH, en esta caso la DI tanto en el PCH como en la propuesta de Resolución, considera tener acreditado que los contratos analizados revelan la existencia de una conducta tan grave como un acuerdo para la fijación de los precios que, ha estado vigente durante un largo periodo, al menos desde el 18 de septiembre de 2002 para la comercialización de dominicales, y ha tenido a juicio de la DI efectos restrictivos sobre la competencia durante todo ese periodo. Más aun cuando, de acuerdo con la DI, tanto PRISA como ZETA, tras la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de febrero de 2010 [expediente C-0208/10, ZETA/PRISA/JV], eran concedores de que deberían autoevaluar su actuación y no lo hicieron.

Analizada la controversia planteada en el presente recurso en su conjunto, la gravedad material de la conducta, unida al momento procedimental en el que se solicita, una vez que el órgano instructor manifiesta, a través de su propuesta de resolución, la convicción de que existe una infracción muy grave de la normativa de defensa de la competencia, impide que este Consejo pueda apreciar la concurrencia de las circunstancias a que hace referencia el artículo 52 de la LDC para siquiera iniciarse la terminación convencional del procedimiento.

TERCERO.- Ausencia de los requisitos exigidos por el 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”*.

Dado que de acuerdo con el informe de la DI, el recurso ha sido presentado en plazo, se trata ahora de analizar si el Acuerdo recurrido reúne las condiciones exigidas para serlo, a saber, que dicho Acuerdo produzca indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de los recurrentes.

I. Ausencia de Indefensión.

Respecto a la supuesta indefensión, 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)], y de 22 de julio de 2010 [Exptes. R0048/10 (Licitaciones de carreteras) y R0049/10 (Campezo Asfaltos Castilla León)] 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)."

En el presente caso las partes recurrentes alegan que el Acuerdo de 29 de marzo de la DI genera indefensión toda vez que la calificación de los hechos contenida en la Propuesta de Resolución es cualitativamente distinta de la contenida en el PCH.

Sobre dicha alegación deben hacerse las siguientes consideraciones:

En primer lugar, cabe señalar que el órgano instructor puede imputar cargos con un alcance más amplio que el contenido en la valoración jurídica contenida en el Pliego de Concreción de Hechos en un momento posterior sin infringir el derecho de defensa, así lo ha señalado el TDC en su Resolución de 25 de octubre de 1996; Expediente 355/94, asunto Máquinas Expendedoras). La única condición es que los hechos objeto de valoración hayan sido recogidos como acreditados en el pliego de concreción de hechos, circunstancia que concurre en el presente supuesto.

Por otro lado, este Consejo no puede dejar de constatar que hasta el momento en el procedimiento sancionador S/0232/10, los interesados han podido defender sus intereses, como reconocen en el propio escrito de recurso y podrán seguir ejerciendo sus derechos de defensa en los términos establecidos en la Constitución las leyes ante el órgano resolutorio.

A mayor abundamiento, y como ya señalamos en nuestra Resolución de 10 de diciembre de 2009, dictada en el marco del expediente R/0029/09 ECOVIDRIO:

"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.

II. Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto a la existencia de un supuesto perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es *"aquel que provoque que 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).

En este caso, se alega que el Acuerdo de 29 de marzo de la DI está basado en una interpretación errónea de la LDC que resulta de una modificación definitiva de la posición jurídica de las partes en el expediente, causando un perjuicio irreparable de sus derechos e intereses legítimos.

En concreto, aducen los recurrentes que la interpretación del límite temporal máximo para acordar la terminación convencional del procedimiento realizada por la DI es errónea e infringe el principio de interpretación de la normativa a favor del interesado.

A juicio de los recurrentes, el límite temporal máximo para poder acordar la terminación convencional viene dado por la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.5 de la LDC, no por la emisión de la propuesta de resolución como entiende la DI.

Asimismo, los recurrentes argumentan que en cualquier caso, ante la evidente incongruencia en la LDC, la Administración se encontraría obligada a respetar la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos de los administrados y debería permitir la terminación convencional en cualquier momento hasta la elevación del informe propuesta.

Sobre este punto, este Consejo se remite a lo ya expresado en la Resolución de 10 de diciembre de 2009, anteriormente citada 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”.

Asimismo, conforme a los argumentos previamente expuestos, por los que el Consejo entiende que la decisión de denegar la iniciación de la terminación convencional es correcta, y que, de admitirse que la decisión de la Dirección de Investigación adoleciese de algún vicio anulatorio, que no es el caso, supondría la conservación de su decisión, ex artículo 66 LRJAP-PAC, en la medida en que su sentido no se modificaría, difícilmente se puede apreciar alguna de las infracciones descritas, es evidente que no resulta posible admitir la alegación de GRUPO PRISA y GRUPO ZETA.

Teniendo en cuenta los anteriores fundamentos, el Consejo entiende que procede desestimar el presente recurso por no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO,**

RESUELVE

ÚNICO.- 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.

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