



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/309/14, AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL 3

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

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 23 de octubre de 2014

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actuando en Sala de Competencia, con la composición expresada al margen ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/309/14, AUDITORÍAS DE GESTIÓN INTEGRAL 3, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto conjuntamente por D. (JMF) 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 28 de julio de 2014 en la que, en respuesta a los escritos de denuncia de JMF/AGI, se considera que no cabe calificar los hechos descritos en los mismos 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 JMF/AGI en los que denunciaba a la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares SA NOSTRA, hoy Banco MARE NOSTRUM.
2. La Dirección de Competencia (DC) contestó a dichos escritos el 25 de noviembre de 2013, ampliando dicha respuesta posteriormente el 9 de enero de 2014. En la misma se concluía que las actuaciones denunciadas no eran susceptibles de ser consideradas infracciones de la LDC, por lo que no procedía iniciar ninguna actuación al respecto.

3. El 10 de enero de 2014, JMF/AGI interpusieron conjuntamente el recurso previsto en el artículo 47 LDC y los de alzada y reposición recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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.
4. El 28 de enero de 2014, JMF/AGI volvieron a presentar nuevos escritos en los que ponían de manifiesto presuntos ilícitos cometidos por BANKINTER, S.A.; BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., hoy BANCO DE SANTANDER; BANCAJA (hoy BANKIA) y BARCLAYS BANK, S.A, que le causaban un perjuicio económico e infringían la LDC y la LRJPAC.
5. El 10 de febrero de 2014, JMF/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. Mediante Resolución de 4 de abril de 2014, el Consejo de la CNMC inadmitió el mismo dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
6. El 28 de julio de 2014, la DC comunicó a JMF/AGI que no procedía iniciar ninguna actuación en relación con los hechos que había denunciado en tanto que la CNMC no tenía indicios de conductas tipificadas por la LDC.
7. El 21 de agosto de 2014 JMF/AGI presentaron ante el Registro General de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana seis nuevos escritos en relación con la Comunicación de la DC de 28 de julio de 2014 y de acuerdo con el artículo 47 LDC.
8. El 4 de septiembre 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.
9. Con fecha 10 de septiembre de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre los recursos interpuestos por JMF/AGI, proponiendo la inadmisión del recurso por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC.
10. La Sala de Competencia deliberó y falló el asunto en su reunión de 23 de octubre de 2014.
11. 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.

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 28 de julio 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 similar al de los presentados en anteriores recursos presentados por los mismos interesados (en concreto, los expedientes R/DC/0013/14 y R/AJ/0067/14), aunque difieren los sujetos denunciados:

- Primer escrito: JMF/AGI denuncian a la Entidad de Crédito Bankinter, S.A. por: (i) obstruir e impedir la propuesta de cancelación del préstamo hipotecario firmado con la misma; (ii) establecer modificaciones en el borrador de la escritura de hipoteca que debían formalizar posteriores a lo pactado, con importes y costes de operación fuera de los precios y tarifas establecidos en el mercado y (iii) formalizar una operación de préstamo con sobregarantías, que le supuso pérdida de los rendimientos correspondientes a dicha operación.
- Segundo escrito: los recurrentes alegan que BARCLAYS BANK, S.A. (i) ha efectuado sobrecobros en relación con los costes y gastos de una de sus cuentas

de valores acordados mediante contrato de 02/06/2005 y (ii) ha formalizado una operación de préstamo en condiciones perjudiciales para JMF/AGI en referencia a lo pactado en operaciones de préstamos anteriores, situando los costes por encima de los establecidos en el mercado y suponiéndole una pérdida considerable de los rendimientos correspondientes.

- Tercer escrito: JMF/AGI señalan que BANCAJA (actualmente BANKIA), ha aplicado condiciones menos favorables en la operación de préstamo que los recurrentes suscribieron en 2008 con dicha entidad en relación con la suscrita en 2007, que situaba los importes y costes de la operación a formalizar fuera de los precios y tarifas establecidos en el mercado.
- Cuarto escrito: los recurrentes defienden que la cancelación de la póliza de crédito que tenían suscrita con BARCLAYS por parte de esta entidad resultaba improcedente dada la alta rentabilidad obtenida de los activos entre 2005 y 2007, siendo el resultado favorable a los recurrentes y provocando una pérdida considerable de los rendimientos referidos a dicha operación. Añaden que los sobrecostos producidos en el momento de la liquidación de la póliza se situaron por encima de los costes establecidos en el mercado, suponiéndole una pérdida de rendimientos.
- Quinto escrito: JMF/AGI alegan que BARCLAYS BANK, S.A. ha aplicado unos costes y gastos superiores a los acordados mediante contrato de 12/06/2007 en las operaciones de compraventa de valores, que fueron cerradas a unos precios diferentes a los que realmente correspondían.
- Sexto escrito: los recurrentes denuncian a BANCAJA (actualmente BANKIA) por: (i) el exceso de cargos en la cuenta asociada a la póliza que tienen suscrita con esa entidad a consecuencia de las liquidaciones efectuadas para la cancelación de una póliza anterior; (ii) la aplicación de costos situados por encima de la media del mercado y de lo pactado con la entidad en relación tanto con la cancelación de un préstamo con garantía personal como con la cancelación de una póliza de crédito.

Al igual que en los expedientes R/DC/0013/14 y R/AJ/0067/14, 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, aducen infracción de los artículos 62, 109 y 113 de LRJPAC. Por todo ello, entienden que procede la revocación del escrito de 28 de julio de 2014 y proseguir las actuaciones. Asimismo, solicitan la ampliación del plazo para resolver este expediente.

En su informe de 10 de septiembre de 2014 la DC considera que procede inadmitir los recursos en la medida en que en ningún caso producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de JMF/AGI.

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

Los recurrentes alegan similares infracciones de la LRJPAC y de la LDC a las que las Resoluciones del Consejo de la CNMC de 7 de febrero (expediente R/DC/0013/14) y de 4 de abril de 2014 (expediente R/AJ/0067/14) ya dieron respuesta.

- Respecto a la ausencia de infracción de la LRJPAC

Esta Sala se remite, pues, a lo expuesto en las citadas Resoluciones y, en concreto, reitera nuevamente 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 atenderse a la realidad de los hechos evaluados en el presente recurso”*.

Asimismo, se insiste en que la LDC, en relación con la interposición del recurso administrativo previsto en su artículo 47, indica expresamente que sólo cabrá contra aquéllos actos y resoluciones de la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Así lo corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 al advertir que no podrá estar basado 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” y volver a insistir en ello: “Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables”*.

- Respecto a la ausencia de infracción de la LDC.

Tampoco en esta ocasión los recurrentes justifican ni adecuada ni objetivamente que las conductas denunciadas infrinjan los artículos 1, 2 y 3 LDC. Se limitan a exponer de forma subjetiva lo que consideran infracciones de esta norma, como en los casos anteriores, sin datos ni documentación que lo avale.

Así, no motivan ni acreditan la existencia de un acuerdo, decisión o práctica concertada entre empresas independientes en orden a considerar infringido el artículo 1 LDC. Como en los anteriores expedientes mencionados, las relaciones denunciadas en los escritos que dan origen a este recurso se dan entre una entidad financiera, bien BANKINTER, S.A.; BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A (hoy BANCO DE SANTANDER); BANCAJA (actualmente BANKIA) o bien BARCLAYS BANK, S.A. y su

cliente, JMF/AGI sin mediar otros operadores, lo que implica la ausencia del elemento de multilateralidad necesario para la aplicación del citado artículo 1 LDC.

JMF/AGI tampoco justifican la infracción del artículo 2 LDC por parte de ninguna de las entidades denunciadas. Como en las ocasiones anteriores, se limita a afirmar que dicha posición es “pública y notoria” y a señalar que el denunciado ha abusado de la misma por las distintas actuaciones bancarias que han tenido lugar en un período concreto, sin aportar datos suficientes de los que se desprenda dicha posición de dominio ni apreciar el supuesto abuso de la misma por las entidades bancarias a las que se refiere.

Del mismo modo, no se aprecia razonamiento ni justificación documental que pueda acreditar la infracción del artículo 3 LDC por parte de las entidades denunciadas. Como en los expedientes anteriores, JMF/AGI hacen referencia al perjuicio de un interés privado sin demostrar la incidencia del mismo en el funcionamiento general del mercado y, por tanto, su afectación al interés público.

En cuanto al resto de infracciones de la LDC alegadas, esta Sala no entiende en qué medida se pueden considerar infringidos por el acto recurrido el derogado artículo 25 (relacionado con la actuación de la extinta CNC como órgano consultivo), el artículo 36 LDC (referido a los plazos máximos del procedimiento) y el 49 LDC (relativo a la iniciación del procedimiento), entre otras cosas, porque los recurrentes no explicitan los motivos de tales infracciones, remitiéndose únicamente a un “*tratamiento procesal erróneo*”.

Se recuerda, tal y como se indicó en las Resoluciones del Consejo de la CNMC de 7 de febrero y de 4 de abril de 2014 mencionadas, 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*”. De modo que cuando no existan indicios de infracción, la DC no incoará el procedimiento, archivando las actuaciones, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.3 LDC. Esto es lo que la DC, tal y como procedía, manifestó a los recurrentes en su comunicación de 28 de julio 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*”.

La propia Audiencia Nacional se manifiesta en este sentido en su sentencia de 15 de abril de 2014, en la que, en relación con otra denuncia archivada por la extinta CNC por no apreciar indicios de una conducta infractora de la LDC, indica que “*La cuestión que debe abordarse en el presente caso es la relativa a delimitar cuales son las obligaciones de la autoridad de competencia cuando una persona física o jurídica presenta una denuncia por práctica anticompetitiva, y más en concreto si existe por parte de dicha administración una obligación de investigación, el curso en que en cuanto al fondo debe darse a cada denuncia y la extensión del control jurisdiccional en estos casos*”.

La STPI de 18 de septiembre de 1992 (TJCE 1992, 158) asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, respondió a estas cuestiones con una doctrina que se ha mantenido inalterada con el paso del tiempo". Y a continuación reproduce los apartados 73 a 81 de la misma, dados su interés y aplicabilidad al caso, para acabar concluyendo que "La anterior doctrina plantea y resuelve un supuesto que va, incluso, más allá de la realidad que subyace en el presente caso, pues subraya por una parte que no existe un derecho subjetivo del denunciante a obtener una declaración sobre la existencia o no de la infracción, lo que implica que no existe un deber jurídicamente exigible que imponga a la Comisión la obligación de iniciar una investigación, y por otra, que la autoridad de competencia, para el correcto ejercicio de las potestades que le han sido confiadas, puede, incluso, establecer grados de prioridad en las investigaciones". Esto es, no existe un deber jurídico que exija a la DC la obligación de iniciar una investigación ante la interposición de una denuncia.

Por todo ello, esta Sala 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.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por JMF/AGI implica verificar si el escrito de la DC de 28 de julio 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 presente caso, como en los anteriores, no sólo que la comunicación de la DC de 28 de julio 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.

A ello se refiere la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de abril de 2014, ya mencionada al final del fundamento jurídico anterior, tras hacer referencia a la doctrina que establece, por una parte, que no existe un derecho subjetivo del denunciante a obtener una declaración sobre la existencia o no de infracción y, por otra, que la autoridad de competencia puede establecer grados de prioridad en las investigaciones: "*En ambos casos, las referidas decisiones, tomadas necesariamente sobre la base de un examen pormenorizado de los hechos y alegaciones formulados por la denunciante, están sujetas a un ulterior control jurisdiccional, que excluye la valoración de la oportunidad en la toma de la decisión.*"

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 28 de julio 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 todos sus escritos la competencia de otras entidades públicas para conocer de las conductas denunciadas: *"sólo una parte de los Expedientes citados eran competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al tratar sobre la compraventa de títulos valores o acciones, cuestiones éstas de competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Mercado de Valores v el resto de denuncias 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 lo que queda claramente detallado no sólo por el texto de las denuncias planteadas sino además por la documentación aportada a dichas denuncias"*. Por tanto, reconociendo expresamente los recurrentes las entidades competentes para resolver, este Consejo no entiende la razón por la que éstos insisten en que la CNMC investigue conductas en materias ajenas a las propias de este organismo.

Como se indicó en las Resoluciones del Consejo de la CNMC de 7 de febrero y de 4 de abril de 2014, es aplicable en el presente expediente lo expuesto por 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"*.

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 JMF/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, la 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 28 de julio 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.