



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/0391/14, TELEFONICA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortíz 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 11 de febrero de 2015

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/0391/14, TELEFONICA, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFONICA) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia, notificado el 12 de noviembre de 2014, de denegación de inicio de la terminación convencional, en el marco del expediente sancionador S/0490/13.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 6 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia (en adelante, DC) 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 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) solicitud de TELEFONICA de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.
3. Con fecha el 12 de noviembre de 2014, se notificó a TELEFÓNICA, 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 fecha 11 de noviembre de 2014.
4. Con fecha 25 de noviembre de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito en el que la representación de TELEFONICA interpone recurso contra el Acuerdo del Director de Competencia de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional.
5. Con fecha 27 de noviembre de 2014, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
6. Con fecha 1 de diciembre de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto por TELEFONICA.
7. Con fecha 19 de diciembre de 2014, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso de TELEFONICA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El día 12 de enero de 2015 la representación de TELEFÓNICA tuvo acceso al expediente.
9. Con fecha 13 de enero de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones adicionales de TELEFONICA a su escrito de recurso.
10. La Sala de Competencia deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de febrero de 2015.
11. Son interesadas en este expediente de recurso TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFONICA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DC, notificado el 12 de noviembre de 2014, que deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional solicitadas por TELEFONICA, en el marco del expediente sancionador S/0490/13.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo 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 su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que anule el Acuerdo de la DC notificado el 12 de noviembre de 2014 y ordene a la misma la iniciación de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador S/0490/13. TELEFONICA considera que la denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional se apoya en argumentos aparentes o formales que son incorrectos, y justifica la anterior solicitud en motivos relativos a (i) la corrección del plazo de presentación de la solicitud de terminación convencional; (ii) la existencia de expedientes similares en los que sí se acordó la terminación convencional, lo que generaría vulneración al principio de igualdad de trato como criterios para que se inicie el trámite de terminación convencional; (iii) la falta de prueba por la DC sobre la irreversibilidad de los efectos que las conductas que se imputan en el expediente S/0490/13 habrían tenido sobre la competencia; (iv) el hecho de que no se ha probado que tales conductas hayan generado efectos restrictivos y, finalmente, (v) la que la recurrente considera como arbitrariedad de la DC, al situar en distinta fecha el inicio de la infracción, en función de que se trate de TELEFONICA o el otro interesado en el expediente principal, YOIGO.

Por su parte la DC, en su informe de 1 de diciembre de 2014, propone la desestimación del recurso, en la medida en que no procede el inicio de la terminación convencional, porque, en su valoración, no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en el expediente sancionador S/0490/13

Considera además la DC que no se ha producido indefensión alguna de la recurrente, ni se ha causado perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, no reuniendo el recurso, por tanto, los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

SEGUNDO.- Improcedente solicitud de terminación convencional.

Conforme al artículo 52 de la 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."*

Como ha expresado el Consejo de la extinta CNC en anteriores recursos (por ejemplo, en las Resoluciones de 8 de mayo de 2013, Expte. R/0137/13, SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, de 21 de febrero de 2013, Expte. R/0124/12 AVIS, o de 5 de marzo de 2012, Expte R/0094/11 TRANSCALIT), así como este Consejo en sus resoluciones de 20 de febrero de 2014 (Expte R/0160/13 UDER) y 11 de septiembre de 2014 (Expte R/0276/14 FABRICANTES DE AUTOMÓVIL 2), de la dicción literal del precepto transcrito 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 sólo 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 consideración precedente, resulta adecuado reiterar que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la Terminación Convencional, no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la DC iniciar una terminación convencional por el mero hecho de haberse solicitado.

En este sentido, la decisión que se adopte sobre si procede o no iniciar la Terminación Convencional tiene carácter potestativo para la DC, de manera 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, su decisión debe entenderse ajustada a derecho.

En definitiva, debe ser la DC quien, a la que a la vista de las circunstancias del caso concreto, valore la pertinencia de iniciar la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción.

Efectuada esta precisión, y pasando a examinar el caso concreto, la DC consideró, haciendo uso del margen de apreciación de que dispone, que no procedía, a la vista de lo actuado en el expediente y de la información obrante en el mismo, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional. Por ello, el argumento del

recurrente de que su solicitud de terminación convencional reúne todos los requisitos exigidos por la LDC y la Comunicación sobre Terminación Convencional resulta insuficiente por las razones que más abajo se exponen.

Como ha declarado recientemente la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de enero de 2013 (recurso 57/2012):

“Ahora bien, no existe como pretenden las recurrentes, un derecho subjetivo de las empresas al acuerdo convencional, de manera que cualquier iniciativa 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 cuya tesis obligaría a la Administración a negociar, incluso aun cuando la Administración aprecie, siempre motivadamente, que no concurren las condiciones que resuelvan la situación anticompetitiva. De seguirse la tesis actora se obligaría a la Administración a iniciar un expediente cuando no se tiene voluntad de llegar a un acuerdo, no porque adopte una postura arbitraria, sino porque motivadamente considera innecesario iniciar un expediente de Terminación Convencional, pues con los datos de los que dispone lo considera inadecuado para establecer garantías sobre el comportamiento futuro y resolver los efectos perniciosos de las conductas anticompetitivas”.

Con respecto a la alegación que efectúa TELEFONICA basada en la pretendida falta de prueba por la DC respecto de que las conductas objeto del Expte. S/0490/13 hayan generado efectos restrictivos, esta Sala de Competencia de la CNMC ha de recordar que dichas cuestiones deben ser dilucidadas en el procedimiento sancionador, en el seno del cual será donde deban llevarse a cabo las actuaciones correspondientes en orden a clarificar los hechos y determinar en su caso responsabilidades e infracciones.

Por ello, la Sala entiende que no procede en estos momentos entrar a valorar el análisis efectuado por la recurrente al respecto, dado que en la resolución del presente recurso lo que se trata de dilucidar es si la denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional fue o no conforme a derecho.

El pronunciamiento recurrido no contiene ninguna imputación de cargo sino que, sobre la base a las evidencias obrantes en el expediente, se limita a señalar que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación en dicho expediente, señalando además que la práctica objeto de investigación habría sido mantenida desde julio de 2013, y en el caso de alguna de las conductas, desde abril de 2008, por lo que los efectos en el mercado de esta conducta ya se habrían producido, sin entrar en ningún otro tipo de valoración o consideración, y sin prejuzgar la resolución del fondo del expediente sancionador S/0490/13, de forma que en el momento procesal oportuno el recurrente podrá formular alegaciones y ejercitar sus derechos de defensa.

En relación a la alegación de TELEFÓNICA de que la falta de motivación del acuerdo de la DC recurrido, sin señalar las diferencias que separan este asunto de otros procedentes, vulnera el derecho de igualdad de trato por la Administración (artículo 14 CE) y el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) la misma debe ser desestimada.

Coincide esta Sala de Competencia con la DC en que no se justifica por TELEFÓNICA, tampoco en sus alegaciones adicionales de 13 de enero de 2015, que exista similitud entre las conductas objeto de investigación en el expediente S/0490/13 y las reflejadas en el precedente que se invoca. En tales casos, se produjo una solicitud de terminación convencional presentada en el último momento procedimental precedente, pero esta Sala debe recalcar que el del momento en el que se plantea la solicitud es sólo uno del conjunto de criterios a los que la DC atiende al denegar la solicitud de terminación convencional.

La existencia de los precedentes citados por TELEFONICA en los que sí se acordó la terminación convencional no suponen por tanto una vulneración del principio de igualdad ante la ley, pues para que dicha pretensión prosperara debería, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, aportarse por la recurrente un término de comparación suficiente y adecuado que permitiese constatar que ante situaciones de **iguales** se le habría dispensado un trato diferente, sin justificación objetiva y razonable. Nada de esto ocurre aquí, no pudiendo esta Sala estimar las alegaciones de la recurrente en cuanto a la posible **similitud**, que es una apreciación subjetiva de parte, entre las conductas que se le imputan y las reflejadas en los precedentes que invoca, y la vulneración del principio de igualdad de trato, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

El artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC, estableciendo que "*Las resoluciones y actos dictados 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.*"

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, la recurrente alega que el Acuerdo de la DC notificado el 12 de noviembre de 2014 no se encuentra razonado ni suficientemente motivado, resultando arbitrario, y en ese aspecto genera indefensión. Asimismo señala que el Acuerdo realiza un análisis erróneo de la conducta, además de internamente contradictorio, vulnerándose el principio interdicción de la arbitrariedad.

Sobre este particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

En este sentido el pronunciamiento de la DC respecto de la denegación de la solicitud de terminación convencional hace referencia a: (i) la incoación de un procedimiento sancionador contra TELEFONICA; (ii) que dicha incoación viene motivada por prácticas restrictivas de la competencia; (iii) que esas prácticas se vinculan al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFONICA sobre la red LTE de YOIGO; (iv) 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 TELEFÓNICA el beneficio al interés público por la pronta finalización del expediente queda muy diluido; (v) que la DC entiende que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos irreversibles sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación; (vi) 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; (vii) que los efectos en el mercado de estas conductas ya se habrían producido; (viii) 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 y (ix) que el conjunto de estos aspectos inhabilitan acordar el inicio de la terminación convencional.

Queda por tanto de manifiesto que en el acuerdo recurrido, expuestos los motivos de incoación del expediente sancionador, se detallaron las razones por las que la DC

entendía que en el seno del mismo no procedía la iniciación del procedimiento de terminación convencional: “acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional supondría arriesgar la eficacia de la normativa de competencia y no se estaría garantizando suficientemente el interés público”. Del mismo modo, se especificaron en el acuerdo las circunstancias tenidas en cuenta para resolver: *“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”*.

De esta forma, aunque dicho análisis pueda, a juicio de la recurrente, no ser exhaustivo y pormenorizado, el acuerdo de la DC estaría suficientemente motivado. Cuestión distinta es que TELEFÓNICA no comparta tales razones.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC (entre otras Resoluciones de 3 de febrero de 2009, Expte R/008/08 Transitarios 1, y de 22 de julio de 2010, Expte. R/0048/10 Licitaciones de Carreteras), y la Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 20 de febrero de 2014, Expte R/0160/13 UDER): *“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”*. Es decir, 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. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional 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).

Por otra parte, tal y como ha expresado la autoridad de competencia en anteriores ocasiones (entre otras Resolución del Consejo de la CNC de 10 de diciembre de 2009, Expte R/0029/09 ECOVIDRIO) *“la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión”*.

En atención a lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DC notificado el 12 de noviembre de 2014 ocasiona indefensión a la recurrente, ni que vulnere el principio de presunción de inocencia. La negativa a la terminación convencional no es sino un trámite dentro del procedimiento S/0490/13, que continuará

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 al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, la recurrente no realiza ninguna alegación específica al respecto en su escrito de recurso, ni en las alegaciones al informe de la DC, más allá de vincularlo a que el acto impugnado lesiona irreparablemente el derecho de TELEFONICA a la igualdad en la aplicación de la ley, reconocido constitucionalmente.

TELEFONICA plantea una serie de casos en los cuales la DC consideró oportuna la iniciación de actuaciones tendentes a la terminación convencional pese a que (i) las solicitudes se presentaron en momentos procesales análogos al presente; (ii) los acuerdos investigados en los expedientes en cuestión eran acuerdos entre competidores restrictivos de la competencia y los efectos restrictivos de la competencia no eran reversibles; (iii) la prácticas investigadas tenían carácter histórico.

El Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“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). Tanto la corrección formal como sustantiva de la actuación administrativa que ahora se recurre, como la existencia de trámites posteriores en los que TELEFONICA puede plenamente hacer valer sus derechos, impiden considerar que se haya producido vulneración alguna de derechos fundamentales ni se imposibilita, de haber existido, su restablecimiento, por lo que considera esta Sala de Competencia que tampoco cabe apreciar la existencia del requisito de perjuicio irreparable que exige el artículo 47 LDC.

La DC realiza en el acuerdo impugnado una valoración suficiente de los elementos relevantes para valorar la conveniencia de iniciar los trámites tendentes a la iniciación de una terminación convencional y concluye con un razonamiento expreso, y sin que pueda considerarse contrario al derecho de TELEFÓNICA a la igualdad en la aplicación de la ley, con la determinación del interés en que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resuelva, en su momento, sobre el fondo del procedimiento sancionador, para así salvaguardar, mediante un pronunciamiento expreso sobre la legalidad de la conducta de TELEFÓNICA, la dinámica competitiva del mercado de comunicaciones electrónicas.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFONICA) contra el Acuerdo del Director de Competencia de 11 de noviembre de 2014, de denegación de inicio de la terminación convencional, en el marco del Expediente S/0490/13.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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.