

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0029/09, ECOVIDRIO)**

CONSEJO

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente
Don Fernando Torremocha y García Sáenz, Vicepresidente
Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero
Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera
Don Julio Costas Comesaña, Consejero
Doña María Jesús González López, Consejera
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 10 de diciembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada más arriba, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0029/09 por la que se resuelve el recurso interpuesto con fecha 11 de noviembre de 2009 por Don XXX en nombre y representación de SOCIEDAD ECOLÓGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación, de 28 de octubre de 2009, de no iniciar las actuaciones tendentes a una terminación convencional del expediente S/0065/08 que se instruye contra el recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La Dirección de Investigación (en adelante, DI) el 28 de octubre de 2009 adoptó el Acuerdo de no iniciar las actuaciones tendentes a una terminación convencional del expediente S/0065/08, dándole 10 días, a partir de la notificación, para recurrirlo ante el Consejo. El Acuerdo fue notificado al interesado, la SOCIEDAD ECOLÓGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO (en adelante ECOVIDRIO) el 29 de octubre de 2009.

ECOVIDRIO había propuesto el inicio de la terminación convencional en su escrito de 1 de octubre, en el trámite de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y como solicitud subsidiaria al archivo o sobreseimiento del procedimiento.

La DI en el Acuerdo recurrido responde negativamente a la propuesta de ECOVIDRIO de iniciar la terminación convencional por considerar *“que no existen compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente ente”* y añade *“En particular, esta Dirección de Investigación estima que no tiene sentido someter el sistema de gestión de ECOVIDRIO a compromisos adicionales a los que estableció el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución del expediente de autorización singular A 350/04, de 22 de abril de 2005, cuando la única garantía de que su funcionamiento no supone un perjuicio para la competencia en los mercados afectados es el estricto cumplimiento de tales compromisos”*.

2.- Por escrito recibido en la CNC el 11 de noviembre de 2009, ECOVIDRIO interpone contra dicho Acuerdo el recurso previsto en el artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) solicitando que *“conforme al artículo 52 de la LDC se anule y se deje sin efecto la resolución recurrida y se acepte la terminación convencional”*.

3.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia (en adelante RDC), el 17 de noviembre de 2009 la DI remitió copia del expediente y el informe preceptivo. En el mismo la DI, tras constatar que el recurso había sido interpuesto en plazo, propone al Consejo que desestime el mismo *“en todos sus términos respecto del acuerdo de denegación de terminación convencional de la Dirección de Investigación de la CNC, en la medida en que ninguno de los compromisos propuestos por la recurrente soluciona el problema de competencia”*

4.- El Consejo deliberó y resolvió sobre este procedimiento en su sesión de 2 de diciembre de 2009.

5.- Es Interesado la SOCIEDAD ECOLÓGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO (ECOVIDRIO)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El objeto del recurso según expone el recurrente en el *solicito* que se ha transcrito en el Antecedente nº 2, es 1) la anulación del Acuerdo de la DI de 28 de octubre de 2009, por el que la DI niega la apertura de la terminación convencional, y 2) la aceptación por el Consejo de la terminación convencional del procedimiento conforme al artículo 52 de la LDC.

En su extenso escrito de interposición del recurso ECOVIDRIO hace una descripción de su actividad, de los antecedentes de expedientes con las autoridades de competencia y lo que parecen ser alegaciones a las imputaciones del PCH del

expediente S/0065/08, negando que las infracciones que le imputa la DI supongan un incumplimiento de la Autorización Singular que el Tribunal de Defensa de la Competencia le había autorizado, con condiciones, por Resolución de 22 de abril de 2005. Asimismo explica el interés público de una solución pactada. Lo que no hace el recurrente es fundamentar el recurso respecto a los dos motivos ineludibles establecidos por la Ley para recurrir ante el Consejo los actos y resoluciones de la DI.

Por tanto y previamente a cualquier otra consideración de fondo, el Consejo debe decidir sobre la admisibilidad del recurso. Dado que, de acuerdo con el informe de la DI, el recurso ha sido presentado en plazo es necesario ahora analizar si cumple los requisitos que el artículo 47 de la LDC establece para el recurso administrativo contra los actos y resoluciones de la Dirección de Investigación, a saber, que dichos actos o resoluciones produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Por lo que se refiere a la *indefensión*, este Consejo y su antecesor el Tribunal de Defensa de la Competencia han reiterado en múltiples Resoluciones de recursos que *“el Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, señalando que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución Española es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado 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”*.

Por tanto, sin entrar en cuales son los compromisos presentados antes o ahora por ECOVIDRIO (según el informe de la DI aporta dos compromisos adicionales que no había presentado cuando solicitó la terminación convencional) o cual es la situación del procedimiento sancionador en trámite en sede de la DI, lo que el Consejo constata es que el escrito de recurso no fundamenta la indefensión, por lo que no procede pronunciamiento sobre un alegación que no ha tenido lugar.

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.

El Consejo no puede dejar de constatar que hasta el momento en el procedimiento sancionador S/0065/08, el interesado ha podido defender sus intereses, como reconoce en el propio escrito de recurso que lo ha hecho alegando al PCH. Y llegado el momento procesal oportuno podrá seguir ejerciendo real y efectivamente su defensa ante el Consejo en el momento en que la DI eleve a este el Informe y propuesta de resolución para decisión.

En este sentido ya se ha pronunciado el Consejo de la CNC en la Resolución de 10 de noviembre de 2009, Expediente R/0024/09, CONSENUR, en la que se establece que *“como señala el Tribunal Supremo, por todas en su sentencia de 7 de febrero de 2007 (recurso de casación nº 6456/2002), tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador y solo podrá ser invocada respecto a actos definitivos, y que por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador”*.

Por lo tanto, la alegación de indefensión identificada con actos de trámite es improcedente y no puede en modo alguno ser admitida como fundamento para justificar la interposición del presente recurso.

Respecto al *perjuicio irreparable* tampoco ha podido encontrar este Consejo una justificación suficiente en el escrito de 11 de noviembre de 2009. En la Alegación Cuarta argumenta ECOVIDRIO que la resolución denegatoria de la terminación convencional *“perjudica de forma irreparable (art 47 LDC) los intereses legítimos de ECOVIDRIO pues impide que se pueda adoptar una medida beneficiosa para ECOVIDRIO y para el interés general sin una motivación congruente”*, e insiste en su condición de operador económico diferenciado y en el daño al interés general de la negativa alegando que *“la ponderación de los intereses públicos en juego aconseja vivamente acceder a la terminación convencional, no solo para poner fin a este expediente, sino también a potenciales expedientes futuros”*.

La argumentación de ECOVIDRIO no puede de ninguna manera ser compartida por el Consejo ya 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.

En cualquier caso, no puede este Consejo evitar valorar la sugerencia de la parte respecto al perjuicio a la defensa de los intereses públicos que la decisión recurrida ocasiona a los intereses generales, puesto que por el contrario son esos intereses generales los que protege esta institución, defendiendo la competencia en los mercados tal y como le encomienda la Ley.

Teniendo en cuenta los anteriores fundamentos, el Consejo entiende que no procede la admisión del presente recurso por no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, que reserva dicha posibilidad únicamente a aquellos actos



de la DI que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*.

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

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por Don XXX en nombre y representación de SOCIEDAD ECOLÓGICA PARA EL RECICLADO DE LOS ENVASES DE VIDRIO contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación, de 28 de octubre de 2009, de no iniciar las actuaciones tendentes a una terminación convencional del expediente S/0065/08.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación 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 su notificación.