



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/034/16, COMPAÑÍAS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 7 de julio de 2016

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/034/16, COMPAÑÍAS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario, A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.I.E.A., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail Deutschland AG, y DB Schenker Rail International Limited (en adelante, Grupo Deutsche Bahn) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2016, por el que acuerda dar por cerrado el trámite de terminación convencional iniciado el 25 de septiembre de 2015, en el marco del expediente S/DC/0511/14.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 21 de octubre de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) incoó expediente sancionador contra Renfe Operadora; Renfe Mercancías, S.A.; Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A.; Transportes Ferroviarios

Especiales, S.A.; Transfesa Rail, S.A.; Pool Ibérico Ferroviario A.I.E.; Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E.; y Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), así como en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

2. Por Acuerdo de 18 de abril de 2016, notificado el 19 de abril de 2016, la Dirección de Competencia (DC) acordó dar por cerrado el trámite de terminación convencional iniciado el 25 de septiembre de 2015, en el ámbito del precitado expediente S/DC/0511/14.
3. Con fecha de 30 de abril de 2016 la representación de Grupo Deutsche Bahn, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2016, por el que acuerda dar por cerrado el trámite de terminación convencional.
4. Con fecha 4 de mayo de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por Grupo Deutsche Bahn.
5. Con fecha 9 de mayo de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe, la DC consideró que procedía la inadmisión a trámite del recurso y, subsidiariamente, su desestimación, en la medida en que el Acuerdo de 18 de abril de 2016 era ajustado a Derecho, no reuniéndose los requisitos de indefensión y/o perjuicio irreparable exigidos por el artículo 47 de la LDC.
6. Con fecha 12 de mayo de 2016 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de Grupo Deutsche Bahn, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. Con fecha 19 de mayo de 2016, RENFE MERCANCÍAS, S.A. y RENFE OPERADORA (RENFE), partes incoadas asimismo en el expediente S/DC/0511/14, solicitaron el reconocimiento de la condición de interesado en el presente expediente de recurso. Con fecha 29 de abril de 2016, RENFE había interpuesto igualmente recurso administrativo contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2016. Con fecha 26 de mayo de 2016, la Sala de Competencia acordó conceder la condición de interesado en el expediente de recurso a RENFE.
8. El día 27 de mayo de 2016 la representación de Grupo Deutsche Bahn tuvo acceso al expediente.

9. Con fecha 2 de junio de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de Grupo Deutsche Bahn.
10. El día 6 de junio de 2016 la representación de RENFE tuvo acceso al expediente.
11. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de julio de 2016.
12. Son interesadas en este expediente de recurso Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario, A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.I.E.A., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail Deutschland AG, y DB Schenker Rail International Limited (en adelante, Grupo Deutsche Bahn), así como RENFE MERCANCÍAS, S.A. y RENFE OPERADORA (RENFE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2016, por el que acuerda dar por cerrado el trámite de terminación convencional iniciado el 25 de septiembre de 2015, en el marco del expediente S/DC/0511/14.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la Autoridad de competencia, 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"*.

Las recurrentes solicitan del Consejo de la CNMC que anule el Acuerdo objeto de recurso, y dicte resolución resolviendo el expediente por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC).

En concreto, entiende Grupo Deutsche Bahn que el procedimiento de terminación convencional presenta sustantividad propia, pese a estar encuadrado dentro del expediente sancionador. Esta sustantividad propia se desprende, según las recurrentes, de los trámites de dicho procedimiento y de las consecuencias materiales que pueden derivarse para los interesados. Siguiendo la argumentación de Grupo

Deutsche Bahn, el Acuerdo recurrido les genera indefensión al impedir que su oferta de compromisos para la terminación convencional sea valorada y resuelta por el órgano competente, que es el Consejo. Además, el Acuerdo provocaría a las recurrentes un perjuicio irreparable a su interés legítimo en obtener un pronunciamiento razonado del Consejo sobre la suficiencia de los compromisos propuestos.

Consideran las recurrentes que los compromisos presentados por el Grupo Deutsche Bahn son suficientes para resolver los efectos sobre la competencia descritos en el PCH, derivados de las conductas investigadas, y garantizan el interés público. En coherencia con tal entendimiento, las recurrentes alegan que el Consejo de la CNMC debe directamente entrar a valorar las propuestas presentadas por el Grupo Deutsche Bahn, conforme al artículo 52 de la LDC, en el marco de la resolución del presente recurso, puesto que, siempre según el criterio del Grupo Deutsche Bahn, sería insuficiente un pronunciamiento de anulación del Acuerdo de la DC que se limitara a ordenar la retroacción de actuaciones.

En su informe de 9 de mayo de 2016, la DC considera que el recurso debe ser inadmitido a trámite y, subsidiariamente, desestimado, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que el Acuerdo recurrido en ningún caso ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de Grupo Deutsche Bahn.

La DC argumenta, en concreto, que, conforme establece el artículo 39.3 del RDC, si el órgano instructor considera que la segunda propuesta de compromisos presentada por los presuntos infractores no resuelve los problemas de competencia detectados, se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. El procedimiento de terminación convencional se inserta dentro del procedimiento administrativo sancionador de la LDC y es inseparable del mismo, por lo que no se puede producir indefensión por el hecho de que la DC, sobre la base de su consideración de que la segunda propuesta de compromisos presentada por los presuntos infractores no resuelve los problemas de competencia detectados, no eleve al Consejo una propuesta de terminación convencional.

Objeta también la DC al recurso interpuesto contra el Acuerdo de 18 de abril de 2016 el que la terminación convencional no es un derecho subjetivo de las empresas presuntamente infractoras, de manera que cualquier iniciativa puede ser rechazada por la CNMC con arreglo al artículo 52 LDC y al artículo 39 del RDC, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y atendiendo a que la prioridad es preservar la competencia en los mercados. Por ello, difícilmente el rechazo motivado por parte de la DC de los compromisos presentados por el Grupo Deutsche Bahn es susceptible de generar perjuicios irreparables a este grupo, dado que la finalidad de la terminación convencional de un expediente sancionador de la LDC es satisfacer el interés general, que no el interés particular de los que presuntamente han incurrido en prácticas prohibidas.

Señala asimismo la DC que el Acuerdo recurrido, al exponer de forma suficientemente detallada los motivos que han llevado a la DC a acordar el cierre de la terminación convencional, permite al Grupo Deutsche Bahn responder a estos motivos en sus alegaciones a la propuesta de resolución de la DC. Ello a su vez posibilita que el Consejo de la CNMC pueda valorar estas alegaciones del Grupo Deutsche Bahn relacionadas con la terminación convencional en la fase de resolución del expediente S/DC/0511/14, evitando cualquier indefensión para el Grupo Deutsche Bahn. En el caso de que la Sala de Competencia estuviese en desacuerdo con los razonamientos de la PR, podría acordar retrotraer las actuaciones, instando a la DC a elevar una propuesta de terminación convencional sobre la base de los compromisos presentados por el Grupo Deutsche Bahn.

En su informe de 9 de mayo de 2016, la DC precisa que, en todo caso, los supuestos perjuicios irreparables alegados por Grupo Deutsche Bahn son absolutamente genéricos e indeterminados, por lo que no pueden ser aceptados, pues de lo contrario se impediría a la CNMC la resolución de cualquier expediente sancionador de competencia por otra vía que no fuese la terminación convencional.

El Acuerdo de cierre de la terminación convencional justifica que el expediente S/DC/0511/14 no podía terminarse de modo convencional en el hecho de que la última propuesta de compromisos presentada por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS no resuelve los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente, lo cual resulta, por sí solo, determinante para el cierre de la terminación convencional, en la medida en que sin el concurso de RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS no se pueden resolver, a juicio de la DC, los problemas de competencia derivados de las supuestas conductas anticompetitivas. Adicionalmente, la DC considera, y así se señala en el Acuerdo recurrido, que la tercera propuesta de compromisos que Grupo Deutsche Bahn trasladó informalmente a la DC contiene todavía aspectos que no permiten resolver los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente S/DC/0511/14. La DC concluye, por tanto, la Insuficiencia de los compromisos presentados para terminar –tampoco parcialmente– de modo convencional el procedimiento sancionador: “[...] *En este sentido, esta DC considera que, por sí mismos, los compromisos de Grupo Deutsche Bahn son insuficientes para compensar los efectos restrictivos de las prácticas investigadas en los mercados afectados. En particular, estos compromisos no posibilitarían, de forma autónoma, la generación de una dinámica competitiva suficiente que compense las distorsiones de la competencia en los mercados afectados que han generado los acuerdos investigados en el marco del expediente de referencia.*”

De aceptarse los razonamientos de Grupo Deutsche Bahn, a juicio de la DC se dejaría sin efecto la separación entre instrucción y resolución, inherente al procedimiento sancionador de la LDC, que reserva la capacidad de propuesta al órgano de instrucción. La terminación convencional, tal como prevé el artículo 52 de la LDC sólo puede ser acordada por el Consejo de la CNMC *a propuesta de la DC*, sin perjuicio de que el Consejo pueda instar a la DC a proponer la terminación convencional de un expediente sancionador tras examinar las alegaciones de las partes a la propuesta de resolución.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de la terminación convencional y la competencia para acordar el cierre de la misma.

Conforme al artículo 52 de la LDC *"el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación [Dirección de Competencia], 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."*

Asimismo, el artículo 39.3 del RDC establece *"3. Si los presuntos infractores no presentaran los compromisos en el plazo señalado por la Dirección de Investigación se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. Asimismo, se entenderá que los presuntos infractores desisten de su petición si, una vez presentados los compromisos ante la Dirección de Investigación y habiendo considerado ésta que los mismos no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, los presuntos infractores no presentaran, en el plazo establecido a tal efecto por la Dirección de Investigación, nuevos compromisos que, a juicio de ésta, resuelvan los problemas detectados."*

Tal y como ha señalado la Autoridad de Competencia¹ en pronunciamientos previos sobre la terminación convencional en el marco de expedientes sancionadores de la LDC, dicha terminación convencional no es un derecho subjetivo de las empresas presuntamente infractoras, de manera que cualquier iniciativa de terminación convencional puede ser rechazada por la CNMC con arreglo al artículo 52 LDC y al artículo 39 del RDC, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia en los mercados.

Este entendimiento sobre la terminación convencional ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en distintos pronunciamientos en el marco de la impugnación sucesiva a la decisión de no iniciar la terminación convencional. Cabe citar la 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

¹ Por ejemplo, en las Resoluciones de la CNC 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), 11 de septiembre de 2014 (Expte R/0276/14 FABRICANTES DE AUTOMÓVIL 2) y 11 de febrero de 2015 (Expte. R/AJ/391/14 TELEFÓNICA).

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.”

De la dicción literal del artículo 52 de la LDC, antes 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 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, sino también al tiempo de valorar los compromisos ofrecidos por los interesados.

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 CNMC de concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de haberse solicitado o de haberse iniciado el procedimiento de terminación convencional.

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 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, 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 nos encontramos ante procedimientos en los que se analiza la posible 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 CNMC.

Más allá de ese aspecto, lo que se plantea en este recurso específicamente es a quién corresponde la decisión de si procede continuar la tramitación del expediente sancionador, esto es, a quien corresponde la competencia para valorar que los infractores no han propuesto compromisos susceptibles de resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y de modo que quede garantizado suficientemente el interés público.

El artículo 52 de la LDC vincula la potestad del Consejo de resolver la terminación convencional del procedimiento sancionador a la existencia de una propuesta de la DC, y se señala que los compromisos propuestos *“resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público”*.

El tenor literal del artículo 39.3 del RDC deja claro que la DC tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional a los presuntos infractores y continuará la tramitación del procedimiento sancionador si considera que la segunda propuesta de compromisos presentada por los presuntos infractores no resuelve los problemas de competencia detectados.

Lo anterior viene corroborado por la *Comunicación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia sobre terminación convencional de expedientes sancionadores* (párrafos 33 y 44) que, sin capacidad naturalmente para apartarse de lo establecido en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC, tiene por objeto aclarar los principios que guían se actuación en aplicación de la LDC (disposición adicional 3ª de la LDC) y, en tal medida, proporcionar un alto grado de previsibilidad a las empresas sobre la actuación de la DC en supuestos como el que es objeto de este recurso, favoreciendo la seguridad jurídica:

“(33) El hecho de que la Dirección de Investigación [actualmente Dirección de Competencia] acuerde iniciar la terminación convencional de un expediente sancionador no implica necesariamente la elevación de una propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC ni impide la continuación del expediente sancionador si la Dirección de Investigación estima que los compromisos finalmente presentados no son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.

(44) En el caso de que la Dirección de Investigación considere que los segundos compromisos presentados no son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas objeto de expediente, garantizando el interés público, acordará de forma motivada tener a la parte que ha presentado los compromisos por desistida de su solicitud de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador y reanudándose el cómputo del plazo máximo para la resolución del expediente. Este acuerdo se notificará a todos los interesados en el expediente.”

No comparte esta Sala de Competencia el argumento de Grupo Deutsche Bahn, expuesto en sus alegaciones complementarias, relativo a que la DC está facultada para

decidir el cierre de la terminación convencional sólo en los casos en los que “las partes no tienen una verdadera voluntad de terminar convencionalmente el expediente”. Los criterios establecidos por la LDC (resolución de los problemas de competencia detectados y salvaguarda del interés público) son elementos de carácter objetivo que deben ser cumplimentados por los compromisos presentados, haciendo abstracción de la voluntad auténtica o meramente aparente o instrumental.

La regulación en materia de terminación convencional pone de manifiesto que es el Consejo el competente, una vez que la DC eleva la propuesta de terminación convencional, para resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados o bien resolver que, frente al criterio de la DC, los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público.

A su vez, corresponde a la DC elevar propuesta en tal sentido a la Sala de Competencia del Consejo, cuando valore con carácter previo si los compromisos presentados son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas objeto de expediente. En caso contrario, corresponde a la DC continuar con la tramitación del expediente sancionador de que se trate.

Esta Sala de Competencia entiende que, en trámite de recurso, no procede entrar a valorar el análisis efectuado por la DC sobre la insuficiencia de los compromisos presentados por la recurrente, dado que en la resolución del presente recurso lo que se trata de dilucidar es si el cierre de las actuaciones tendentes a la terminación convencional mediante Acuerdo de la DC fue o no conforme a Derecho.

Una vez analizado el Acuerdo de cierre del trámite de terminación convencional objeto de impugnación, se constata, conforme al criterio de esta Sala, que el mismo respeta tanto los requisitos subjetivos, en cuanto al órgano competente para su adopción, como los objetivos, en relación al contenido debido del Acuerdo, lo cual permite concluir la conformidad a Derecho del Acuerdo impugnado.

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

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por Grupo Deutsche Bahn supone verificar si la actuación recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

I.- Ausencia de indefensión

Según Grupo Deutsche Bahn el Acuerdo de la DC recurrido le produce indefensión, al impedir que el Consejo de la CNMC se llegue a pronunciar mediante resolución formal que finalice el procedimiento de terminación convencional, sobre el fondo de la

pretensión planteada, esto es, si los últimos compromisos presentados son adecuados o no, con arreglo al artículo 52 de la LDC.

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, sin que sea preciso un grado máximo de exhaustividad, 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 del cierre de la tramitación de la terminación convencional hace detallada referencia a los compromisos presentados y a la modificación posterior de los mismos, así como a la valoración de las propuestas por parte de la DC, a la luz del canon legal que constituye su aptitud para la resolución de los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente y para garantizar suficientemente el interés público: *"[...] En este sentido, esta DC considera que, por sí mismos, los compromisos de Grupo Deutsche Bahn son insuficientes para compensar los efectos restrictivos de las prácticas investigadas en los mercados afectados. En particular, estos compromisos no posibilitarían, de forma autónoma, la generación de una dinámica competitiva suficiente que compense las distorsiones de la competencia en los mercados afectados que han generado los acuerdos investigados en el marco del expediente de referencia. Entre otros aspectos, los compromisos de Grupo Deutsche Bahn no aseguran la disponibilidad real para los competidores de capacidad de tracción en condiciones competitivas similares a las que ha disfrutado Grupo Deutsche Bahn a través de sus acuerdos con RENFE y RENFE MERCANCÍAS"*.

Queda por tanto de manifiesto que, una vez expuestos sintéticamente los motivos de incoación del expediente sancionador y, en sus términos fundamentales, la sucesión de compromisos presentados, en el Acuerdo de la DC recurrido se detallaron cumplidamente las razones por las que el órgano de instrucción entendía que no procedía la elevación al Consejo de propuesta de terminación convencional.

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 esta Sala de Competencia de la CNMC (Resoluciones de 20 de febrero de 2014, Expte R/0160/13 UDER, y de 28 de abril de 2016, Expte. R/AJ/016/16 N.B.M): *"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 19 de abril de 2016 ocasione indefensión a las recurrentes. El cierre de la terminación convencional no es sino un trámite dentro del procedimiento S/0511/14, 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.

Asimismo, como se ha indicado en el epígrafe relativo a la naturaleza de la terminación convencional, los artículos 52 de la LDC y 39.3 del RDC establecen el carácter discrecional de la decisión que se adopte sobre si procede o no la terminación convencional, así como la competencia sobre la misma. Igualmente, la precitada Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, sin fijar normativamente el régimen al que deba quedar sometida la terminación convencional de los procedimientos sancionadores de la LDC, sí traslada a los operadores (al recurrente, en este caso) los criterios que guían la actuación de la Comisión, todo lo cual permite descartar que en este caso se haya causado indefensión alguna.

II.- Ausencia de perjuicio irreparable.

Conforme a la argumentación de Grupo Deutsche Bahn en su recurso y sus alegaciones complementarias, el Acuerdo impugnado genera un perjuicio irreparable en tanto que produce unos efectos desfavorables que la futura interposición de un recurso contra resolución que pusiera fin al expediente sancionador no permitiría eliminar.

Las recurrentes alegan que, incluso si tras varios años de tramitación contenciosa el Grupo Deutsche Bahn obtuviese una sentencia del Tribunal Supremo que declarara vulnerados los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC, y ordenara la retroacción de actuaciones para que el Consejo de la CNMC pudiera decidir sobre la propuesta de compromisos, resulta probable que, en ese momento futuro, los compromisos formulados por las recurrentes en la terminación convencional hayan perdido toda su utilidad y oportunidad, y que la valoración que debiera realizar la Sala de Competencia haya devenido imposible, dejando vacía de contenido la pretensión del Grupo Deutsche Bahn de obtener una efectiva terminación convencional mediante la positiva valoración de sus compromisos por el Consejo.

En todo caso, el perjuicio irreparable no lo causa la DC con un Acuerdo que, motivadamente, se limita a constatar que el órgano de instrucción valora que, a su juicio, tal como señala el artículo 39.3 del RDC, no se dan los presupuestos que permiten continuar la tramitación de la terminación convencional mediante la elevación de una Propuesta a la Sala de Competencia de la CNMC para que, en su caso, ésta acepte los compromisos propuestos.

El cierre de la terminación convencional y la continuación de la tramitación del procedimiento sancionador resulta un acto debido para la DC, una vez que a su juicio constata, que no concurren los debidos elementos de resolución de los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y/o garantía suficiente del interés público. En tal medida, no cabe concluir que el Acuerdo impugnado sea la causa de un perjuicio irreparable para la recurrente, en el sentido del artículo 47 de la LDC.

El Acuerdo impugnado no impide que la ahora recurrente pueda alegar lo que estime conveniente en relación con la terminación convencional en el contexto de sus alegaciones a la propuesta de resolución, alegaciones éstas que deberán ser consideradas por el Consejo en la fase de resolución del expediente sancionador S/DC/0511/14. En el caso de que la Sala de Competencia estuviese en desacuerdo con los razonamientos del órgano de instrucción para acordar el cierre de la terminación convencional, podría acordar retrotraer las actuaciones, instando a la DC a elevar una propuesta de terminación convencional sobre la base de los compromisos presentados. No cabe concluir, por tanto, que el Acuerdo de cierre el Acuerdo de cierre de la terminación convencional por parte de la DC, ahora recurrido, cause un perjuicio irreparable al impedir de forma definitiva la terminación convencional del procedimiento.

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la 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 Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario, A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.I.E.A., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail Deutschland AG, y DB Schenker Rail International Limited (Grupo Deutsche Bahn) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2016, por el que acuerda dar por cerrado el trámite de terminación convencional iniciado el 25 de septiembre de 2015, en el marco del expediente S/DC/0511/14.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las interesadas, 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.