



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/098/18, GRUPO ANAYA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018

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 por la que se resuelve el recurso interpuesto por GRUPO ANAYA, S.A., HACHETTE LIVRE ESPAÑA, S.A., COMERCIAL GRUPO ANAYA, S.A., ALGAIDA EDITORES, S.A., GRUPO EDITORIAL BRUÑO, S.L., EDICIONS XERAI S DE GALICIA, S.A. y EDITORIAL BARCANOVA, S.A. (en adelante, GRUPO ANAYA) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 20 de noviembre de 2018, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, en el marco del expediente S/DC/0594/16.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 5 de octubre de 2017 la Dirección de Competencia (**DC**) acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0594/16, contra el GRUPO ANAYA por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La incoación fue posteriormente ampliada con fechas 26 de abril de 2018 y 18 de junio de 2018.
2. Con fecha 9 de julio de 2018, fue notificado a GRUPO ANAYA el Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**) elaborado por la DC.
3. El 8 de agosto de 2018 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, Comisión o **CNMC**) escrito de alegaciones del GRUPO ANAYA al PCH, en el que se incluía una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento en curso, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 52 de la LDC, y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**).

4. El 21 de noviembre de 2018 se notificó al GRUPO ANAYA el acuerdo de la DC adoptado el día anterior por el que se denegaba el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento.
5. Con fecha 10 de diciembre de 2018, ha tenido entrada en la CNMC el recurso interpuesto por el GRUPO ANAYA al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 20 de noviembre de 2018, por el que se deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, en el marco del expediente S/DC/0594/16.
6. Con fecha 10 de diciembre de 2018, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por el GRUPO ANAYA.
7. Con fecha 13 de diciembre de 2018, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que debe entenderse que no se desvirtúa el contenido del acuerdo de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, y que, por tanto, procede inadmitir a trámite o, en su defecto, desestimar el recurso interpuesto por el GRUPO ANAYA contra el mencionado acuerdo.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de diciembre de 2018.
9. Son interesadas en este expediente de recurso GRUPO ANAYA, S.A., HACHETTE LIVRE ESPAÑA, S.A., COMERCIAL GRUPO ANAYA, S.A., ALGAIDA EDITORES, S.A., GRUPO EDITORIAL BRUÑO, S.L., EDICIONS XERAIS DE GALICIA, S.A. y EDITORIAL BARCANOVA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El GRUPO ANAYA promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución, bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de fecha 20 de noviembre de 2018, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador, identificado con el número de expediente S/DC/0594/16.

El GRUPO ANAYA solicita que se tenga por presentado el recurso objeto de estudio y que la DC proceda a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente.

La recurrente basa su pretensión, por remisión, en los motivos expuestos en la *“Propuesta de Compromisos para la terminación convencional”*. En particular, en las características diferenciales del mercado de libros de texto no universitarios (i.e. la decisión de compra no depende del consumidor final, sino del Consejo Escolar de los centros educativos).

El GRUPO ANAYA argumenta en el resto de su alegación única contra los motivos que el acuerdo recurrido emplea para desestimar la iniciación de la terminación convencional. En particular, el GRUPO ANAYA señala que el acuerdo recurrido omite los elementos probatorios aportados para demostrar la ausencia de todo efecto anticompetitivo, así como los efectos derivados de difundir la resolución de la CNMC a los centros educativos.

Además, el GRUPO ANAYA indica que la prolongada duración de las conductas que esgrime la DC en el acuerdo recurrido no tiene en cuenta las denominadas “consultas” con la CNMC para examinar la conformidad de las prácticas con la normativa de competencia. Según el informe de la DC de 13 de noviembre, las denominadas consultas se trataron de contactos informales con la Dirección de Competencia al objeto de obtener confirmación de la idoneidad de la configuración del Código de Conducta del Sector Editorial de Libros de Texto y Material de Enseñanza (CDC), así como la presentación de una solicitud formal de confirmación, sin que la CNMC haya trasladado nunca indicación ninguna sobre la pertinencia de dejar de aplicar el CDC.

Por último, la recurrente alega que no puede existir un efecto perjudicial para la competencia en relación con la afectación de una parte sustancial del mercado que arguye la DC, como ya explicó en las alegaciones al PCH.

De lo anterior concluye la recurrente que se dan todos los requisitos de naturaleza procedimental y sustantiva para que se acuerde el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, no indicando sin embargo si se ha producido indefensión o perjuicio irreparable en los términos del artículo 47 de la LDC.

Pese a las pretensiones de la recurrente, la DC consideró que debe entenderse que no se desvirtúa el contenido del acuerdo de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, y que, por tanto, procede inadmitir a trámite o, en su defecto, desestimar el recurso interpuesto por el GRUPO ANAYA contra el mencionado acuerdo.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Al respecto, el artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, 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."*

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte de que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *"En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero 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"*.

Como aclara la Audiencia Nacional en sentencia de 18 de mayo de 2011: *"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC"*.

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI"*. Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la precitada Ley 39/2015 (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

Por tanto, la terminación convencional no se configura, ni normativa ni jurisprudencialmente, como un derecho de las empresas presuntamente infractoras, sino que tiene una naturaleza discrecional, toda vez que corresponde a la Comisión, a través de sus Direcciones de Instrucción, valorar *ab initio* si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, y que tienen como objetivo satisfacer el interés general y restaurar la competencia en los mercados analizados, no responder al interés particular de los que presuntamente han cometido prácticas prohibidas.

TERCERO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Como ya se ha comentado, la recurrente entiende que se dan todos los requisitos de naturaleza procedimental y sustantiva para que se acuerde el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, no indicando sin embargo si se ha producido indefensión o perjuicio irreparable en los términos previstos en el artículo 47 de la LDC.

No obstante, lo anterior, en primer lugar, 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). Sin embargo, tal y como se aprecia por la mera existencia de la presente resolución y, en coincidencia con lo argumentado por la DC, la denegación por parte de la DC del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pone fin de manera definitiva a la posibilidad de que la misma se produzca, pues nada impide a esta Sala modificar tal valoración. En este sentido, y en el caso de que esta Sala estuviese en desacuerdo con los razonamientos de la DC, podría resolver retrotraer las actuaciones, instando a la DC a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, por lo que no cabe de ningún modo, alegar la existencia de un perjuicio irreparable.

En relación con ello, tampoco estamos ante la presencia de indefensión por falta de solidez, motivación y fundamentación de los argumentos esgrimidos por la DC en el acuerdo recurrido ya que, 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 el presente caso esta Sala considera que hubo una motivación suficiente, pues se detallaron las razones por las que la DC entendía que no procedía la iniciación del procedimiento de terminación convencional, por lo que, aunque dicho análisis pudiera, a juicio de la recurrente, ser falto de solidez, motivación y fundamentación, el acuerdo de la DC está suficientemente motivado desde la perspectiva del estándar jurisprudencial del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, no es susceptible de causar indefensión al GRUPO ANAYA.

En este sentido se pronuncia también la Audiencia Nacional en sus sentencias número 35/2016, de 26 de enero de 2016 (rec. 164/2013) y 293/2016, de 14 de julio de 2016 (rec. 312/2013): *“[...] Hemos también de descartar la indefensión por cuanto 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.”*

Debe subrayarse 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 de la 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 de los mercados.

Por lo tanto, la mera denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no puede *per se*, ser considerada como un acto administrativo susceptible de recurso como considera el GRUPO ANAYA, ya que ello sería aceptar que el mecanismo de terminación convencional es un acto reglado que presupone la aceptación de la solicitud de la parte, cuando esto no es así.

El propio Tribunal Supremo en su reciente sentencia núm. 1634/2018 de 16 de noviembre de 2018, ha dictado que “[...] *no compartimos [...] que el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador es un acto reglado [...] porque entendemos que corresponde a dicha autoridad administrativa valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, puesto que la utilización de este instituto procedimental no resulta viable cuando por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor*”.

De este modo, el Tribunal Supremo ratifica sus pronunciamientos jurisprudenciales previos en el mismo sentido: “[...] *la facultad de la Dirección de Investigación para proponer la iniciación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, incoado por la presunta comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, tiene naturaleza discrecional, advirtiendo que ello no excluye que para evitar que se produzca indefensión, la decisión del órgano instructor deberá «cumplir la exigencia de la motivación», puesto que en el supuesto enjuiciado se aprecia que la Directora de Investigación ha cumplido con dicha exigencia legal, ya que expone las razones de carácter formal y sustantivas que justificaron la denegación de la solicitud formulada por la Asociación de Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), lo que le permite concluir que no puede tacharse la decisión administrativa impugnada de arbitraria.*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015).

Conviene recordar también la citada sentencia de la Audiencia Nacional número 35/2016, de 26 de enero de 2016 (rec. 164/2013): “[...] *La recurrente tiene derecho a formular la solicitud y a que dicha solicitud tenga respuesta por parte de la Administración, tal y como en este caso acontecía, 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*”.

Debido a que la recurrente no fundamenta su recurso con base en los requisitos exigidos por el artículo 47, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido, motivo por el cual, no ha lugar a entrar en el fondo de las demás pretensiones alegadas por el GRUPO ANAYA en su recurso.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por el GRUPO ANAYA, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 20 de noviembre de 2018, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, por no reunir los requisitos para su interposición referidos en el artículo 47 de la LDC, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden 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.