



RESOLUCION (Expediente R 02/2008 HIRU.)

Pleno

- D. Javier Berasategi Torices (Presidente)
- D. Joseba Andoni Bikandi Arana (Vicepresidente)
- D. Juan Luis Crucelegui Gárate (Vocal)
- D. José Antonio Sangroniz Otaegi (Secretario)

En Vitoria, a 23 de julio de 2008

El Pleno del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal o TVDC), con la composición ya expresada y siendo Ponente D. Joseba Andoni Bikandi Arana, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R 02/2008, de recurso interpuesto por HIRU EUSKAL HERRIKO GARRAIOLAREN SINDIKATUA (en adelante HIRU) contra la Providencia del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante Servicio o SVDC) de 5 de marzo de 2008, por la que se deniega la solicitud de acuerdo de terminación convencional presentada por Dña. Elixabete Salvatierra en nombre y representación de HIRU en el Expediente del SVDC con nº 3/2008, incoado por la realización de presuntas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

HECHOS

1. Con fecha 25 de febrero de 2008, el SVDC adoptó una Resolución por la que decidió incoar expediente sancionador a HIRU EUSKAL HERRIKO GARRAIOLARIEN SINDIKATUA (HIRU) por recomendar una subida de las tarifas de los transportistas en un 5%, el 21 de enero de 2008. Dicha recomendación fue recogida ampliamente en la prensa escrita y digital del día siguiente, tal y como se hace constar en la citada Resolución del Servicio.
2. Mediante escrito presentado ante el SVDC en fecha 4 de marzo de 2008 HIRU, solicita:
 - que se acuerde la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado por el SVDC



- que se decida suspender la tramitación del procedimiento hasta que sea resuelta la solicitud de terminación convencional.
- 3. En Providencia de 5 de marzo de 2008, el SVDC resolvió denegar la solicitud de acuerdo de terminación convencional presentada, al considerar que el expediente en cuestión no puede ser objeto de tal acuerdo y, consecuentemente, desestimó la solicitud de suspensión de procedimiento sancionador.
- 4. El 13 de marzo de 2008, en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007 de 4 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) HIRU interpuso Recurso Administrativo contra la Providencia del SVDC de 5 de marzo de 2008 que deniega la solicitud de acuerdo de terminación convencional, del que ha conocido este Tribunal.
- 5. Con fecha 30 de mayo de 2008, en cumplimiento de lo dispuesto 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 el Tribunal solicitó al Servicio copia del expediente e informe sobre el recurso presentado.
- 6. El 3 de junio de 2008 tuvo entrada en el Tribunal, proveniente del Servicio, copia del expediente sancionador incoado contra HIRU por el Servicio, acompañado de un informe emitido por el Instructor en el que se ratificaba íntegramente en lo dispuesto en la Providencia objeto de recurso.
- 7. El TVDC deliberó y falló este recurso en su Plenario del día 23 de Julio de 2008.
- 8. Es parte interesada en el mismo HIRU EUSKAL HERRIKO GARRAIOLARIEN SINDIKATUA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- COMPETENCIA DEL TVDC PARA RESOLVER EL RECURSO PRESENTADO

El artículo 52.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia establece que *“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”*.

El Reglamento de Defensa de la Competencia (RD 261/2008, de 22 de febrero) desarrolla este precepto legal señalando en el artículo 39.1 que *“la Dirección de*



Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional”.

En virtud de lo previsto en la Disposición adicional octava de la LDC “*las referencias contenidas en esta Ley a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes previstas en el artículo 13 de esta Ley*”.

Corresponde por tanto al SVDC, en nuestro ámbito territorial, acordar o denegar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas.

Por su parte, el artículo 47.1 de la LDC faculta al TVDC a resolver los recursos formulados en contra de las resoluciones del Servicio que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

SEGUNDO.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

De forma previa, conviene analizar si el acto del Servicio objeto de recurso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la parte recurrente y, consecuentemente, si puede ser objeto de recurso ante este Tribunal, tal y como se prevé en el artículo 47.1 de la LDC.

La Providencia del Servicio de 6 de marzo de 2008 tiene por objeto denegar a la parte expedientada la posibilidad de iniciar actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador y, en su caso, a poder beneficiarse de ventajas importantes en la determinación de la sanción a la que puede verse sometida en caso de continuar el procedimiento común.

Este Tribunal considera que la Providencia adoptada por el Servicio que deniega la apertura del procedimiento de terminación convencional previsto en la LDC, es un acto que cumple los requisitos exigidos en el artículo 47.1 LDC por los motivos que se indican a continuación:

1. Es preciso tener en cuenta que corresponde a la empresa expedientada solicitar el inicio de la terminación convencional. Ello presupone una voluntad de la empresa de reconocer su responsabilidad en unos hechos susceptibles de obstaculizar la



competencia y asimismo de proponer compromisos que pongan fin a la restricción de la competencia. El acto del Servicio priva a la parte recurrente de la posibilidad de proponer esos compromisos dirigidos a resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, a través de los cuales podría evitar la imposición de una sanción u obtener una reducción de su montante final. Por tanto, es susceptible de afectar de forma grave a sus derechos e intereses.

2. La facultad discrecional de aceptar o denegar la apertura de un procedimiento de terminación que se concede al Servicio en el artículo 39.1 del Reglamento no puede ser ilimitada y, por tanto, debe ser objeto de revisión por parte del Tribunal cuando así lo solicita la parte demandante. En virtud del artículo 52.1 de la LDC corresponde al Tribunal, a propuesta del Servicio, resolver la terminación del procedimiento en base a compromisos presentados por las partes. Esta potestad debe poder ser ejercitada desde el inicio del procedimiento, aunque sea por la vía de revisión.

3. Según el artículo 52.3 LDC, la terminación condicional no puede acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4 LDC. La separación de las funciones de instrucción y de resolución que caracteriza al sistema de aplicación de la Ley, impide al Tribunal poder intervenir en la fase de instrucción que se tramita ante el Servicio, si no es a través de la vía de revisión. En el supuesto de la terminación convencional, la decisión del Servicio de denegación de su inicio, en caso de no estar fundada, ya no podría ser enmendada por el Tribunal en la fase de resolución, puesto que la misma comienza precisamente tras la remisión del informe propuesta del Servicio.

Por todo ello, el Tribunal considera que el recurso es admisible.

TERCERO.- NATURALEZA Y ALCANCE DE LA TERMINACION CONDICIONAL EN LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La fórmula de la terminación convencional, transaccional o negociada, esta basada en el inicio de un procedimiento alternativo dentro del cual la empresa o empresas expedientadas proponen el cumplimiento de ciertos compromisos dirigidos a solventar los problemas que su actuación genera en la libre competencia y asimismo en evitar su reiteración en el futuro. Los compromisos adquiridos pueden conllevar incluso el acometimiento de acciones procompetitivas dentro de su sector.

La terminación convencional está adquiriendo una importancia creciente como instrumento de prevención, de disuasión y de promoción de la competencia en gran parte de los sistemas de defensa de la competencia de los Estados europeos entre los cuales cabe destacar el sistema francés por su eficacia en la resolución de expedientes. Así mismo, en los Estados Unidos el Department of Justice y la Federal Trade Commission disponen de instrumentos jurídicos similares para negociar con las empresas la finalización de los procedimientos y, en la actualidad el 70% de los casos finalizan a través de “consent decrees”. A nivel comunitario, en octubre de 2007, la



Comisión europea publicó un documento sobre los denominados “procedimientos de transacción” y puso en marcha un sistema de consulta pública para recibir las observaciones de personas y organismos de toda la UE. Esta iniciativa ha dado lugar a la adopción de un nuevo Reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel¹.

El ordenamiento jurídico español incorporó en una de las últimas reformas de la Ley 16/1989 el supuesto de terminación convencional (art. 36 bis), trasladando a la legislación de competencia esa forma de terminación de los expedientes, ya previsto en la legislación general de procedimiento administrativo. El sistema regulado por el artículo 36 bis de la Ley 16/1989 suponía la terminación del procedimiento en el momento de instrucción, antes de la adopción del pliego de concreción de hechos, y conllevaba, para la autoridad de competencia, un ahorro de recursos y, para las empresas, un incremento de la seguridad jurídica.

La Ley 15/2007 ha ampliado de forma considerable el alcance de la terminación convencional en el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Así, 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, el artículo 52.3 LDC prevé la posibilidad de solicitar la apertura de la fase de terminación convencional, incluso después de la adopción del Pliego de concreción de los hechos (comunicación de los cargos) y antes de la remisión del informe propuesta al Tribunal.

A través de este instrumento, ciertamente novedoso, se abre una nueva vía de resolución de expedientes sancionadores con el objetivo de proteger el interés general, no sólo por la vía represiva (sancionadora) sino a través de compromisos adquiridos por las empresas dirigidos a fomentar la libre competencia y evitar la reiteración de conductas que la restrinjan.

En nuestro sistema jurídico, con la nueva regulación, que se sustancia en el artículo 52 de la LDC y el artículo 39 del Reglamento, se amplía el abanico de posibilidades de terminación convencional con la empresa o empresas expedientadas tanto en lo que respecta al momento de inicio del procedimiento como al contenido de los compromisos y a las consecuencias de su aceptación para la empresa o empresas expedientadas.

Desde una perspectiva comparativa, siguiendo la experiencia de otros sistemas europeos, en particular del sistema francés que es uno de los más desarrollados a este respecto², y del nuevo procedimiento de transacción comunitario recientemente

¹ Asimismo ha hecho pública una Comunicación relativa al desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo en casos de cártel. Se puede acceder al documento y a las observaciones recibidas en la siguiente dirección de Internet:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>.

² Ver la dirección de Internet: http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=259



aprobado, la aplicación de esta figura puede hacer variar el contenido de la negociación y el resultado final del procedimiento, en función de tres aspectos fundamentales:

- el tipo de infracción y la gravedad de los hechos objeto del expediente,
- los compromisos propuestos por la parte o partes afectadas en el mismo y,
- el momento procesal en que se efectúa la solicitud de proceder a su inicio (antes o después de la notificación del PCH).

El TVDC otorga una importancia fundamental a este nuevo instrumento alternativo de resolución de expedientes sancionadores cuyo ámbito de aplicación ha sido ampliado de forma inequívoca por el legislador en esta última reforma que moderniza nuestro sistema de defensa de la competencia y lo equipara con los sistemas europeos más vanguardistas.

En este sentido, teniendo en cuenta que la redacción de las disposiciones que regulan la terminación convencional deja cierto margen de discrecionalidad a las autoridades para su aplicación, el TVDC distingue tres escenarios posibles en la aplicación de este instrumento jurídico, en atención a los tres aspectos anteriormente mencionados.

Los dos primeros se sitúan entre la apertura del expediente sancionador y la elaboración del pliego de concreción de hechos (PCH) y el tercero después de la notificación del PCH y antes de la elaboración del Informe propuesta.

1. Terminación convencional sin multa en base a compromisos que dan lugar a una propuesta al Tribunal, sin previa notificación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

El Tribunal considera que la iniciación del procedimiento de terminación condicional antes de la notificación del PCH a propuesta de los presuntos autores de prácticas restrictivas de la competencia puede dar lugar a una terminación negociada del expediente en base a compromisos de comportamiento, cuando se planteen problemas de competencia en un mercado determinado que requieran una actuación rápida para resolverlos y los compromisos adquiridos por las empresas resulten adecuados y proporcionales y suficientes para ello.

En su aplicación se seguirán los criterios aplicados en la regulación de la terminación convencional prevista en el artículo 36 bis de la extinta Ley 16/1989, similares a los utilizados en la “*procedure d’engagements*” prevista en el Derecho francés³ y, asimismo, en la terminación por compromisos regulada en el artículo 9 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 y asimismo en el régimen establecido en la terminación convencional regulada en el artículo 36 bis de la ya extinta Ley 16/1989.

³ Ver en la misma dirección de Internet la Ordonnance 2004-1173 de 4 de noviembre de 2004.



Se trata por tanto de casos en los que el Servicio, después de hacer una valoración de los elementos fácticos y probatorios concurrentes en el expediente, considera que la adopción de compromisos constituye la vía más apropiada para resolver los problemas de competencia que se generan o serían susceptibles de generarse en el futuro y que no hay motivos suficientes en el expediente para imponer una sanción económica a la empresa o empresas expedientadas.

Es preciso tener en cuenta que en este primer escenario, el Servicio actúa de manera preventiva, con el objetivo de evitar un problema de competencia pero sin ánimo de proponer la imposición de una sanción económica al no existir una infracción manifiesta a la LDC.

Este tipo de terminación convencional sin multa deberá sustanciarse antes de la adopción del PCH y sólo podrá sustanciarse después del PCH en casos excepcionales.

2. Terminación convencional en base a un Pliego de Concreción de Hechos en el que se incluyen de forma expresa las propuestas de compromisos formuladas por los presuntos autores de una infracción a la competencia.

El segundo escenario se refiere a aquellos expedientes sancionadores iniciados (por denuncia o de oficio) por la presunta comisión de una infracción contra el orden público económico que justifica la imposición de una sanción económica. En el supuesto de que la empresa o empresas expedientadas soliciten la iniciación de una terminación convencional antes de la notificación del PCH, el Servicio deberá comunicarles por escrito los cargos que de manera oficial les serán notificados, las pruebas que los sustentan y la sanción que eventualmente se les podría imponer en caso de continuar los trámites del procedimiento común. Asimismo, el Servicio deberá poner en su conocimiento el marco dentro del cual habría de encauzarse la transacción o negociación que se lleve a efecto.

A este respecto, dado que nos encontramos ante supuestos claros de infracción a la LDC, las propuestas de compromisos que presenten deberán contener de forma preceptiva:

- el reconocimiento en términos claros e inequívocos de la responsabilidad de la parte en la infracción, mediante una breve descripción de su objeto, de su posible puesta en práctica, de los hechos principales, de su calificación legal, incluido el papel desempeñado por la parte en cuestión, y la duración de su participación en la infracción de acuerdo,
- la confirmación de que han sido informadas adecuadamente de las objeciones que el Servicio tiene previsto formular en su contra y de que se les ha ofrecido una oportunidad suficiente para dar a conocer su opiniones,



- la confirmación de las partes de que, a la luz de lo anterior, no tienen previsto pedir acceso al expediente ni ser oídas de nuevo en audiencia, salvo que el Servicio no refleje sus propuestas de transacción en el pliego de cargos ,y
- una indicación del porcentaje de reducción de la multa que las partes prevén les será impuesta por el Tribunal y que aceptarían en el marco del procedimiento de terminación convencional;

Por otra parte, la empresa puede proponer otros compromisos dirigidos a colaborar con el Servicio en la investigación del asunto, a emprender actividades tendentes a la promoción de la competencia en el sector, a llevar a cabo actos de formación e información para los dirigentes y empleados de la empresa sobre la defensa de la competencia (normativa, objetivos, ventajas, etc.) e incluso a establecer medidas innovadoras susceptibles de evitar que se reproduzcan en el futuro infracciones a la normativa de defensa de la competencia dentro de la empresa o del sector.

La terminación convencional iniciada en esta fase, que derive en la adopción de compromisos que compensen el interés general y solucionen los problemas de competencia provocados por la conducta cuestionada, podría dar lugar a una reducción de la sanción en los términos siguientes:

- a) Una reducción de un 10% de la multa en el caso de que la empresa reconozca los hechos, fundamentos jurídicos y los cargos imputados⁴.
- b) Una reducción suplementaria que podría llegar hasta el 30% de la multa, en función de los compromisos (de comportamiento) propuestos por la parte expedientada, dirigidos a reparar el daño causado, garantizar de forma fehaciente el respeto de la normativa y la promoción de la defensa de la competencia.

Los compromisos propuestos serán incluidos en el PCH que se notificará a la parte o partes demandadas, que los confirmarán en su respuesta al Servicio. Tras la preceptiva consulta a los terceros interesados, el Servicio remitirá su informe propuesta al Tribunal en el que constarán los compromisos aceptados y la propuesta de reducción de la sanción.

En cualquier caso, la decisión de aceptar el inicio de una terminación convencional antes de la notificación del PCH corresponde al Servicio, que decidirá sobre su conveniencia tras realizar una valoración de los hechos y de las circunstancias que constan en el expediente.

⁴ La reducción del 10% de la multa por no la contestación de los cargos (sin más compromisos por parte de la empresa) fue puesta en práctica por la Comisión Europea en su Comunicación de 1996. Esta medida fue sin embargo suprimida en la Comunicación de 13 de febrero de 2002 para dar mayor protagonismo a los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles. Con la adopción del nuevo sistema de transacción, la Comisión ha vuelto a instaurar esta medida en el procedimiento comunitario.



Una vez aceptado el inicio del procedimiento, los compromisos que se propongan por las partes afectadas, para ser aceptados (siguiendo los trámites señalados en el artículo 39.5 del Reglamento), deberán aportar una respuesta satisfactoria a los problemas de competencia que hayan sido identificados en la evaluación preliminar del Servicio.

3. Terminación convencional después de la comunicación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH)

La posibilidad de iniciar el procedimiento de terminación convencional después de la notificación del PCH constituye una novedad importante introducida por la Ley 15/2007 en nuestro sistema de defensa de la competencia, que amplía su alcance y ámbito de aplicación a supuestos de infracción merecedores de una sanción económica. A través de esta ampliación de la figura de la terminación convencional o negociada, el legislador ha pretendido dotar a las autoridades de un instrumento eficaz para la lucha y la prevención contra los cárteles y otras infracciones a la defensa de la competencia, en la línea adoptada desde hace ya algunos años por los sistemas de defensa de la competencia de algunos Estados miembros de la UE.

En particular, en referencia al sistema francés, el procedimiento de *non contestation des griefs* (no contestación a los cargos)⁵ introduce la lógica de la negociación en un derecho hasta ahora esencialmente prescriptivo y unilateral. El hecho de renunciar a contestar los cargos notificados permite a las empresas obtener una reducción del montante de la multa a la cual debería hacer frente en condiciones normales. Con ello se introduce una dosis de negociación en un derecho que antes no lo permitía y que afecta únicamente a la cuantía de la sanción. En este sentido, dentro de esta fase no cabe discutir sobre la existencia de la sanción, de la infracción o de otros aspectos relativos al procedimiento (los derechos de la defensa o el derecho a recurrir). Por otra parte, la negociación puede dar lugar a una mayor reducción de la sanción si va acompañada de otros compromisos propuestos por las empresas dirigidos a reparar el daño causado, fomentar la competencia en el sector, formar e informar a los miembros de la empresa o la asociación sobre la defensa de la competencia (normativa, objetivos, ventajas, etc) e incluso a establecer sistemas de alarma para evitar que se reproduzcan infracciones a la normativa de defensa de la competencia. Este procedimiento ha sido aplicado a varios tipos de conductas restrictivas, tanto unilaterales (abusos de posición dominante) como bilaterales (acuerdos horizontales y verticales)⁶.

La regulación que establece el artículo 52 de la LDC en relación con el artículo 39 del Reglamento es abierta y no limita el tipo de casos que puede entrar dentro de su ámbito de aplicación ni el momento de su inicio, siempre que se solicite antes de la remisión del informe propuesta al Tribunal. En este sentido, las posibilidades de negociación que se ofrece a las empresas expedientadas y a las autoridades de competencia se extiende

⁵ Introducido en el Derecho francés de la competencia por la ley 2001-420 de 15 de mayo de 2001.

⁶ Véanse a este respecto las siguientes resoluciones del Conseil de la Concurrence : décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Telecom dans le secteur de l'accès à Internet ; décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la location-entretien de linge.



también a la fase posterior a la notificación del PCH, siempre que quede garantizado el interés general y contribuya al funcionamiento eficiente de los mercados⁷.

Este Tribunal considera que la terminación convencional, tal y como se prevé en la norma, podrá ser solicitada por las partes después de la notificación del PCH. Su aplicación debe extenderse a aquellos supuestos en los que la tramitación del expediente sancionador se encuentra en una fase tan avanzada tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, que permite la notificación de los cargos (PCH) a las empresas expedientadas, sin que estas hayan propuesto el inicio de una terminación convencional antes de la notificación de los cargos.

La terminación convencional en base a compromisos que se acepten en esta fase, que compensen el interés general y solucionen los problemas de competencia a futuro, puede dar lugar a una reducción de la sanción en los términos siguientes:

- a) Una reducción de un 10% de la multa en el caso de que la empresa renuncie a contestar los hechos, fundamentos jurídicos y los cargos imputados⁸.
- b) Una reducción suplementaria que podría llegar hasta el 15% de la multa, en función de los compromisos (de comportamiento) que sean propuestos por la parte expedientada, dirigidos a reparar el daño causado, garantizar de forma fehaciente el respeto y la promoción de la defensa de la competencia⁹.

La decisión de aceptar al inicio de la terminación condicional corresponde a Servicio. Si la propuesta inicial es aceptada, una vez concluida la fase de negociación el Servicio elevará al Tribunal el informe propuesta con los compromisos aceptados en el marco de la terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento, siguiendo lo dispuesto en el artículo 39.5 y .6 del Reglamento.

Finalmente, cabe señalar que, en virtud del artículo 39.7, el incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

⁷ Cabe señalar además que en el artículo 39.4 se establece un trámite de notificación de las propuestas presentadas a terceros interesados a fin de que puedan presentar las alegaciones que tengan por conveniente.

⁸ *Vid., supra* nota 4.

⁹ El Tribunal distingue la solicitud de inicio de la terminación convencional hecha antes de la comunicación de los cargos (PCH) y después de esta. En particular, el porcentaje de reducción podrá ser superior si la empresa solicita el inicio del procedimiento antes de la notificación de los cargos y propone compromisos que se incluyan en el PCH.



CUARTO.- IMPROCEDENCIA DE LOS MOTIVOS ALEGADOS POR EL SERVICIO PARA DENEGAR DE APERTURA DE LA TERMINACION CONVENCIONAL

En su Providencia, el Servicio decide denegar la solicitud de terminación convencional presentada por HIRU al considerar que el expediente no puede ser objeto de tal acuerdo.

Para justificar esta decisión el servicio de apoya en los siguientes argumentos:

- a) En primer término, en los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la Providencia, considera que la terminación convencional de un expediente sancionador en materia de competencia exige la existencia de varios interesados en dicho expediente. En apoyo de esta tesis cita lo dispuesto en los artículos 39.1 del Reglamento (*“Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados”*), 39.4 del Reglamento (*“La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados”*) y 39.6 del Reglamento (*“la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos”*). Asimismo, refiere que la exposición de motivos de la Ley, al hacer referencia a la terminación convencional refuerza esta obligación de que en el expediente exista una pluralidad de interesados (*“cabe señalar la flexibilización del régimen de terminación convencional, centrado en la propuesta de compromisos por parte del presunto infractor, la negociación con la Dirección de Investigación y la elevación al Consejo de una propuesta de resolución, siempre antes del informe-propuesta, que podrá ser adoptada sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados del expediente”*).

Asimismo, en relación a las decisiones de terminación convencional adoptadas por las autoridades estatales y autonómicas de defensa de la competencia sobre la base del artículo 36 bis de la Ley 16/1989, nos informa de la existencia de únicamente dos acuerdos de terminación convencional¹⁰ adoptados por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, referidos ambos a conductas bilaterales, es decir, con infractor y perjudicado concretos.

- b) En segundo lugar, en el quinto fundamento de derecho de la Providencia se establece que la conducta objeto del expediente no puede ser susceptible de terminación convencional, cuya esencia, precisamente, es la proposición de compromisos que resuelvan los efectos producidos, al tratarse de una conducta restrictiva *per se*. Por ello, siendo irrelevante la producción o no de efectos, considera que no puede ser susceptible de terminación convencional, cuya esencia, precisamente, es la proposición de compromisos que resuelvan los efectos producidos.

¹⁰ Acuerdo de terminación convencional SDC (Sistemas de Medios de Pago-Asociaciones de comerciantes y empresas turísticas), de 16 de noviembre de 2006.

Acuerdo de terminación convencional SDC (ASEMPRE-CORREOS), de 15 de septiembre de 2005.



A la vista las argumentaciones vertidas por el Servicio, el Tribunal considera que la denegación de inicio de la terminación convencional por los motivos aducidos no se ajusta al espíritu de las disposiciones que regulan esta figura, cuyo desarrollo en nuestro sistema puede resultar de gran importancia, en la línea seguida por otros sistemas de defensa de la competencia del ámbito comunitario, a los efectos de otorgar mayor seguridad jurídica a las empresas expedientadas y de facilitar una actuación más fluida de las autoridades de competencia, con el consiguiente ahorro de esfuerzos y de recursos disponibles.

En lo que respecta al primer motivo de denegación, es cierto que en las disposiciones previstas en la Ley y en el Reglamento que regulan este instrumento jurídico se hace referencia, en abstracto, a las empresas que dentro de un expediente pueden solicitar la apertura de una terminación convencional y a los posibles interesados que pueden estar afectados por la misma al objeto de que puedan intervenir en el procedimiento y realizar observaciones.

Este Tribunal considera que al utilizar esta forma lingüística de pluralización en abstracto el legislador no pretende limitar el alcance de la aplicación de la norma a supuestos de hecho en los que intervengan de manera preceptiva varias empresas interesadas, sino que lo que persigue es otorgar a los terceros interesados, si estos muestran efectivamente un interés particular, como ocurre en el procedimiento común, la oportunidad de intervenir en la tramitación de una terminación convencional para hacer valer su interés ante la autoridad de competencia y de esta forma garantizar su participación en el procedimiento. Sin embargo, la no existencia de terceros interesados identificados en un procedimiento sancionador no debe resultar óbice para que el Servicio acepte el inicio de una terminación convencional.

No es admisible considerar que la terminación convencional sólo es aplicable en expedientes en los que hay dos o más empresas interesadas identificadas. Las autoridades de competencia tienen por misión fundamental defender la libre competencia desde la perspectiva del interés general, con independencia de que aparezcan o no terceros interesados e identificados de forma concreta por justificar un interés particular en el asunto. Lo contrario supondría establecer una interpretación restrictiva de las disposiciones que regulan este instrumento alternativo de finalización de un expediente y consecuentemente limitar las posibilidades de su aplicación. En línea con la doctrina establecida en otros sistemas de defensa de la competencia del ámbito europeo, la terminación convencional debe constituir un instrumento abierto y flexible a disposición de las autoridades de competencia y de las empresas, dirigido a cumplimentar los dos objetivos fundamentales que aparecen señalados en el artículo 52 de la LDC, esto es:

1. Resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, y
2. Garantizar suficientemente el interés público.



Ambos objetivos constituyen también los límites que pueden condicionar la aplicación de la terminación convencional y, consecuentemente, el Servicio debe utilizar la facultad de negociación que le ofrece esta disposición con el objetivo, no sólo de sancionar las conductas prohibidas por la Ley (actuación represiva), sino también de evitar que estas se reproduzcan en el futuro (actuación disuasoria y preventiva) para favorecer el buen funcionamiento de los mercados y, por ende, garantizar el interés público.

En lo que respecta a la segunda argumentación, el Servicio considera que la conducta objeto del expediente no puede ser susceptible de terminación convencional, cuya esencia, precisamente, es la proposición de compromisos que resuelvan los efectos producidos, al tratarse de una conducta restrictiva prohibida *per se*.

Es cierto que dentro de la variada tipología de prácticas restrictivas de la competencia existen algunas que por sus características de alcance general y por sus repercusiones en el mercado (efectos perniciosos previsibles), pueden ser directamente sancionadas por las autoridades de la competencia, sin necesidad de analizar y probar sus efectos en el mercado.

La aplicación del derecho de la competencia a prácticas restrictivas “*per se*”, como es el caso de los cárteles, los acuerdos de precios o las recomendaciones colectivas de precios, si se prueba su existencia, conlleva la imposición de una sanción económica sin necesidad de que la autoridad de la competencia tenga que demostrar los efectos que dichas prácticas producen en el mercado. Sin embargo, en caso de que la empresa o empresas expedientadas propongan iniciar una terminación convencional del expediente no deben verse excluidas de dicha posibilidad por el mero hecho de haber incurrido en este tipo de infracción¹¹. Si bien es cierto que la gravedad de la conducta investigada por el SVDC puede justificar su rechazo a una terminación convencional sin sanción económica, el SVDC debe dejar abierto a la o las empresas interesadas, la posibilidad de llegar a una terminación convencional con sanción económica, que garantice el interés público.

Por todo ello, el Tribunal considera que los motivos aducidos por el Servicio para oponerse al inicio de un procedimiento de terminación convencional no se ajustan ni al contenido ni a los objetivos perseguidos en la disposición contenida en el artículo 52 y, además, van en contra de la tendencia actual en la aplicación de instrumentos jurídicos similares, en cuanto al objetivo perseguido, que están siendo desarrollados con gran ahínco por parte de autoridades de competencia del ámbito europeo e internacional¹².

¹¹ En el sistema francés, el procedimiento de no contestación de los cargos acompañados de compromisos aceptados por las empresas infractoras se ha aplicado a todo tipo de infracciones (acuerdos horizontales y verticales, cárteles y abusos de posición de dominio). En el año 2007 el 25% de las resoluciones del Conseil de la Concurrence se resolvieron por este procedimiento.

¹² En las últimas reuniones anuales de la OCDE y de la ICN, los sistemas de terminación negociada de los procedimientos sancionadores han constituido uno de los temas que más interés ha despertado entre las autoridades asistentes.



QUINTO.- PROCEDENCIA DE LA INICIACION DEL PROCEDIMIENTO DE TERMINACION CONVENCIONAL.-

En el procedimiento iniciado en contra de HIRU, siguiendo el esquema de aplicación citado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, es preciso indicar que en relación a conductas que restringen la competencia *per se* y consecuentemente son en principio merecedoras de una sanción económica, el Servicio debe informar a la asociación de los cargos que se le imputan y las pruebas que las sustentan, así como el marco de negociación que puede ser iniciado a fin de que en el plazo previsto de tres meses la asociación proponga los compromisos tendentes a resolver los efectos producidos, que de forma preceptiva debe incluir el compromiso de aceptar los cargos que se le imputan.

La aceptación de los cargos y el compromiso de no contestarlos conllevaría una reducción del 10% de la sanción que le fuera impuesta en caso de continuar el procedimiento común. Por otra parte, la sanción podría ser reducida en mayor medida, si el sindicato profesional propusiera otros compromisos adicionales tendentes a reparar el daño causado, difundir la cultura de la competencia dentro del sindicato empresarial como del sector, a promover el conocimiento y la difusión de la defensa de la competencia y a evitar la reiteración de este tipo de prácticas en el sector. Estos compromisos, tras ser aceptados por el Servicio serán propuestos al Tribunal para su aprobación.

En definitiva, el Tribunal considera que el inicio del procedimiento alternativo de terminación convencional, prevista en el artículo 52 de la LDC, desarrollado en el artículo 39 del Reglamento, es susceptible de ser aceptado por el Servicio en las condiciones descritas en el fundamento jurídico tercero. Para ello, el Servicio pondrá en conocimiento de la asociación expedientada solicitante el marco de negociación que será aceptado para que el procedimiento de terminación convencional pueda prosperar a la vista, en particular, de los cargos que se le imputan, de las pruebas que los sustentan y del compromiso de aceptación de los cargos, que de forma preceptiva deberá ser presentado por la empresa, así como de la facultad de presentar otros compromisos que podrían dar lugar a una reducción suplementaria de la sanción que correspondería en su defecto.



VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso presentado por el Sindicato de transportistas HIRU.

SEGUNDO.- Instar al Servicio Vasco de Defensa de la Competencia a comunicar a Hiru si es admisible la terminación convencional sin multa o sólo cabe una terminación convencional con multa (por ejemplo, debido a la gravedad de la conducta investigada). Si el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia opta por la terminación convencional con multa e Hiru se reafirma en su propuesta de terminación convencional, aun con multa, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia iniciará el procedimiento de terminación convencional comunicando de manera informal al representante legal del Sindicato de transportistas HIRU los cargos que se le imputan, las pruebas que las sustentan y el marco de negociación dentro del cual se debe desarrollar la terminación convencional con multa del expediente iniciado, sobre la base de compromisos que conlleven de forma preceptiva la propuesta de aceptación de los cargos imputados por el Servicio y, en su caso, la realización de otras propuestas tendentes a reparar el daño causado, promover la competencia y evitar la reiteración de conductas contrarias a la LDC.

Comuníquese al Servicio Vasco de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la presente Resolución no cabe recurso alguno en vía administrativa ni contencioso-administrativa al tratarse de un acto de mero trámite que abre la vía del procedimiento de terminación convencional del expediente.