

## **RESOLUCIÓN (Expte. R/0078/11, ABERTIS)**

### **CONSEJO**

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente  
Doña Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
Don Julio Costas Comesaña, Consejero  
Doña María Jesús González López, Consejera  
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de agosto de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Nuñez, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0078/11, por el que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 26 de julio de 2011, conforme al artículo 47.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por ABERTIS TELECOM S.A.U. (ABERTIS), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 19 de julio de 2011 por el que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/0207/09 ABERTIS y contra la Propuesta de Resolución de fecha 22 de julio de 2011.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 8 de abril de 2010, la Dirección de Investigación incoó expediente sancionador S/0207/09 contra ABERTIS por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
2. El 9 de marzo de 2011, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 17.2.d) de la LDC, la Dirección de Investigación solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) la emisión de informe determinante en el marco del expediente sancionador S/0207/09, solicitud que suspendió el transcurso de los plazos máximos para resolver el expediente.

Dicha solicitud fue reiterada con fecha 5 de mayo de 2011.

3. Con fecha 10 de junio de 2011 y transcurrido el plazo de 3 meses con los que cuenta la CMT para enviar su informe conforme a lo previsto en el

artículo 37.2.d) de la LDC, la Dirección de Investigación acordó levantar la suspensión del plazo de resolución.

4. Con fecha 10 de junio de 2011, se formuló y notificó el Pliego de Concreción de Hechos a los interesados en el expediente sancionador mencionado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC.
5. Con fecha 19 de julio de 2011, la Dirección de Investigación, en virtud de lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dictó un acuerdo por el que se cerraba la fase de instrucción del expediente de referencia, que fue notificado a los interesados ese mismo día.
6. Con fecha 22 de julio de 2011 se notificó a ABERTIS la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación del expediente sancionador S/0207/09, de la misma fecha.
7. Con fecha 26 de julio de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de ABERTIS, presentando un recurso ante el Consejo de la CNC, en virtud del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 19 de julio de 2011 por el que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/0207/09 ABERTIS.

Este recurso fue remitido por el Consejo de la CNC a la Dirección de Investigación el 27 de julio de 2011, que con fecha 29 de julio emitió el informe previsto en el artículo 24.1 del RDC. En su informe, la DI informa al Consejo sobre dicho recurso, proponiendo su inadmisión y la denegación de la solicitud de suspensión del acto recurrido y, en particular, de la solicitud de suspensión del plazo para contestar a la propuesta de resolución de 22 de julio de 2011 en el expediente S/0207/09.

8. Con fecha 8 de agosto de 2011, ABERTIS presentó ante la CNC sus alegaciones a la citada Propuesta de resolución, en las que pedía al Consejo que solicitase a la CMT la emisión del informe previsto por el artículo 17.2 de la LDC.
9. El Consejo deliberó y falló este asunto en su reunión de 23 de agosto de 2011.
10. Es interesada ABERTIS.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente**

El presente recurso se promueve contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 19 de julio de 2011 por el que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/0207/09 ABERTIS y contra la Propuesta de Resolución de fecha 22 de julio de 2011. A la vista de los argumentos contenidos en el escrito presentado ante el Consejo, la pretensión anulatoria de la actuación de la Dirección de Investigación se funda en las siguientes alegaciones:

1. La emisión del informe determinante por la CMT es necesaria y preceptiva, viene dada por imperativo legal y ha de tener lugar durante la fase de instrucción.
2. La ausencia del informe determinante de la CMT viciaría de nulidad la resolución adoptada en el expediente.
3. La ausencia del informe determinante de la CMT obliga a la CNC a no poder proseguir las actuaciones ya que de hacerlo quedarían viciadas de nulidad.

## **SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC**

Al interponerse el recurso objeto del presente expediente *“en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 LDC”*, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si el acuerdo de cierre de la instrucción y la Propuesta de Resolución impugnados son, como pretende la recurrente, actos administrativos recurribles ante el Consejo o si, por el contrario, no lo son y, por tanto, procede la inadmisión del recurso.

El mencionado precepto solo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la Dirección de Investigación que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, de suerte que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda. A este respecto, y por lo motivos que inmediatamente exponremos, este Consejo entiende que los actos recurridos no son, por naturaleza, susceptibles de recurso alguno. Así lo ha declarado, entre otras, en las Resoluciones recaídas en los recursos R/0018/09 INPROVO, R/0031/09 Transitarios 5, R/0032/09, Transitarios 6 y R/0067/11 AISGE CINES, en lo que respecta al acto de cierre de la instrucción y en las dictadas en los recursos R-0073/11, MOTOR CITY y R-0074-11, MOTOL, en lo atinente a la propuesta de resolución.

Desde la perspectiva del artículo 47 de la LDC, ABERTIS únicamente invoca la existencia de indefensión, que identifica con la omisión de un trámite preceptivo del procedimiento, el informe determinante de la CMT, omitiendo cualquier identificación de la actuación de la DI con la presencia de un perjuicio

irreparable, por lo que tampoco este Consejo entrará a analizar su concurrencia.

Por lo que respecta al único vicio alegado por la recurrente, debemos traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitorios 1) y R/0009/08 (Transitorios 2)], en la que se declara lo siguiente: *“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». Que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando 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).”*

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquella que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.

En este sentido, también ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, que *“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”,* matizando que *“esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”.*

Pues bien, resulta evidente que los supuestos previstos por la Jurisprudencia previamente citada no coinciden en modo alguno con el caso examinado en el presente expediente, pues ni el acuerdo de cierre de la instrucción ni la Propuesta de Resolución prevista por el artículo 50.4 de la LDC son actos definitivos ni resuelven el procedimiento sancionador en el marco del cual han sido dictados. Por lo tanto, constituyendo actos de mero trámite no cabe

apreciar vulneración de las garantías y derechos consagrados en el artículo 24 de la CE.

Por otro lado, es preciso señalar que la falta de incorporación del informe previsto por el artículo 17.2 de la LDC no se debe a que la CNC no lo haya solicitado, omitiendo de forma deliberada un trámite preceptivo, sino que, como resulta del relato fáctico de la presente resolución, la petición fue efectuada en tiempo y forma por la Dirección de Investigación, siendo la CMT la que ha excedido el plazo para su emisión sin haberlo hecho. Lo que en ningún caso resulta posible, por carecer de amparo normativo, es tener indefinidamente paralizado el procedimiento por la falta de emisión del informe en cuestión. En este sentido, es importante precisar que el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), citado por ABERTIS, no habilita al órgano administrativo competente a suspender el plazo máximo para resolver, ya que la suspensión se regula en un precepto específico de la LDC, sino a *"interrumpir el plazo de los trámites sucesivos"*, es decir, a no realizar trámites posteriores pero sin la cobertura, a efectos de caducidad, de la suspensión. Por otro lado, esta paralización es meramente potestativa, de ahí que el citado precepto utilice la expresión *"se podrá interrumpir"*. Como resulta evidente, la falta de cobertura legal para suspender más allá del término permitido por la normativa aplicable, los tres meses previsto por el artículo 37.2 d) de la LDC, y el riesgo de caducidad del procedimiento hacen que la decisión de continuar su tramitación sea ajustada a Derecho.

Pero es que, además, y esta precisión es importante, la incorporación de dicho informe constituye un trámite del procedimiento sancionador distinto de los aquí analizados y que, por lo tanto, no debe afectar a la validez de éstos. Aun cuando no fuera así, y estuviésemos ante un vicio que condicionase lo hasta ahora actuado, lo cual ha de ser analizado por el Consejo no en sede de este recurso sino en la fase resolutoria del procedimiento principal, este defecto sería convalidable, ya que bastaría con que este Consejo cursara una nueva solicitud a la CMT para su remisión. De hecho, esta sería la solución a la que obligaría la aplicación del principio de conservación de actos administrativos previsto por los artículos 65 a 67 de la LRJAP-PAC, y que, en materia de recursos, refrenda el artículo 113.2 del citado texto legal señalando que *"Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67"*.

De hecho, ABERTIS, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución del expediente S/0207/09, presentado con posterioridad a la interposición del presente recurso, ha solicitado que sea este Consejo el que pida el informe al Regulador sectorial, reconociendo esta posibilidad como jurídicamente admisible y, por consiguiente, no generadora de indefensión.

Desde esta perspectiva, ninguna afectación al derecho de defensa podría haber, de ahí que el TS solo haga este análisis respecto a actos definitivos.

En consecuencia, puede decirse que, en la actuación de la DI, no se dan los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para considerarlo recurrible, por lo que procede la inadmisión del recurso deducido por ABERTIS.

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

### **RESUELVE**

**ÚNICO.-** Inadmitir el recurso interpuesto por la representación de ABERTIS, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 19 de julio de 2011 por el que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/0207/09 ABERTIS y contra la Propuesta de Resolución de fecha 22 de julio de 2011

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a ABERTIS 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.