



RESOLUCIÓN

(Expte. R/0083/11, ELTC 2)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 29 de noviembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0083/11, ELTC 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores. (en adelante ELTC) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (en adelante DI), de 21 de septiembre de 2011, notificado a la recurrente el día 27 del mismo mes, en el que se le comunica la deducción de testimonio de determinados documentos obrantes en el expediente S/0314/10 para incorporarlos a las DP/31/2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de marzo de 2011 personal de la Dirección de Investigación de la CNC realizó una inspección domiciliaria en la sede de ELTC, en el marco de una información reservada con número de expediente S/0314/10. Esta inspección domiciliaria se hizo al amparo de la Orden de Investigación de la Directora de Investigación de 15 de marzo de 2011.

La inspección estaba asimismo autorizada por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Valencia, de fecha 18 de marzo de 2011.

2. Con fecha 15 de junio de 2011, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra ELTC y otros, por posibles prácticas

anticompetitivas llevadas a cabo en las diferentes actividades relacionadas con el transporte terrestre de contenedores por carretera con origen o destino (final o escala) en el Puerto de Valencia, registrándose con el número S/0314/10.

3. En el marco del análisis de la documentación de la inspección realizada, el instructor del expediente detectó la existencia de determinados documentos que hacen mención a operadores distintos a aquéllos cuya actuación está siendo investigada en el marco del expediente sancionador S/0314/10, lo cual hace necesario su análisis en el marco de procedimientos independientes.

Con fecha 21 de septiembre de 2011, la instructora del expediente dictó acuerdo por el que se procede a la deducción de testimonio de las actas de la Junta Directiva de la Asociación ELTC de fechas: 8-1-2008; 2-11-2005; 24-5-2005; 21-2-2006 y 14-2-2006, para incorporar copia de las mismas a las diligencias previas con número de referencia DP/031/2011.

4. Con fecha 26 de septiembre de 2011, se notificó dicho Acuerdo a ELTC, para que en el plazo de cinco días presentase las alegaciones que estimase oportunas.
5. Con fecha 13 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de ELTC, en el que interpone recurso contra el Acuerdo de la DI de 21 de septiembre de 2011, al entender que el mismo le causa indefensión, al no identificar las conductas objeto de investigación, impidiendo a la Asociación ejercer su derecho a formular alegaciones y oponerse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 RDC.

En su escrito solicita la recurrente que se revoque el citado acuerdo, en modo tal que pueda ser sustituido en su caso por un segundo acuerdo en el que se identifiquen precisamente las cuestiones consideradas relevantes por el instructor a los efectos de determinación de la conducta ilícita, y se justifique la autonomía de la misma respecto a las investigadas en el expediente S/0314/10.

6. Con fecha 19 de octubre de 2011, la Dirección de Investigación de la CNC remitió informe sobre el recurso, conforme a lo ordenado en el artículo 24 - del RDC.

En dicho informe se propone la inadmisión del recurso, al no ser el Acuerdo de 21 de septiembre de 2011 susceptible de recurso.

7. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 10 de noviembre de 2011.
8. Es interesada la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE CONTENEDORES (ELTC).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El presente recurso se promueve, por parte de la representación procesal de ELTC, contra el Acuerdo de la DI de 21 de septiembre de 2011, por el que se procede a la deducción de testimonio de determinados documentos obrantes en el expediente S/0314/10, en particular, las Actas de la Junta Directiva de la Asociación ELTC de fecha 8 de enero de 2008, 2 de noviembre de 2005, 24 de mayo de 2005, 21 de febrero de 2006 y 14 de febrero de 2006; para incorporarlos a las DP/31/2011, para su posterior análisis en el marco de un procedimiento independiente del procedimiento sancionador.

En su recurso el recurrente solicita que se revoque el Acuerdo de la DI de 21 de septiembre, en modo tal que pueda ser sustituido en su caso por un segundo acuerdo en el que se identifiquen las conductas ilícitas y se justifique la autonomía de la misma, respecto a las investigadas en el expediente S/0314/10, de modo que se permita a la Asociación ejercer el derecho de alegación que le confiere el artículo 30 del RDC con conocimiento de causa.

Según el representante de ELTC, el acuerdo impugnado causa indefensión a ELTC ya que el mismo no identifica qué cuestiones de las recogidas en los documentos que se incorporan a las DP/31/2011, pueden constituir una infracción de las normas de defensa de la competencia, e impide a la Asociación conocer la conducta o conductas ilícitas y autónomas que constituyen el objeto de las diligencias previas y respecto a las que esa parte tiene derecho a alegar de acuerdo con sus intereses conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del RDC.

SEGUNDO.- Delimitación del objeto del recurso

Con carácter previo a efectuar cualquier otra consideración, este Consejo debe efectuar una precisión relativa al planteamiento del recurrente a la hora de impugnar el acuerdo de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2011. En efecto, la pretensión que se ejercita a través de su escrito de recurso es, conforme a lo señalado en el Suplico, que se revoque el acuerdo para que *“pueda ser sustituido en su caso por un segundo acuerdo en el que se identifiquen precisamente las cuestiones consideradas relevantes por la señora instructora a los efectos de la determinación de una conducta ilícita y se justifique la autonomía de la misma respecto a las investigadas en el expediente de referencia y la adecuación del procedimiento de desglose para tratarlas de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 RDC, de modo que se permita a mi representada ejercer el derecho de alegación que le confiere el artículo 30 RDC con conocimiento de causa”*.

Pues bien, este Consejo entiende que un recurso administrativo no es el cauce para efectuar tal petición, sino que, existiendo conforme al artículo 30 del RDC un trámite de alegaciones a dicha actuación, lo procedente sería servirse del mismo para que el órgano competente la valorase antes de adoptar una decisión al respecto. Esta consideración debería llevar, por inadecuación del instrumento jurídico empleado, a la inadmisión del recurso.

Por otro lado, y como se desarrollará con posterioridad, la citada petición carece manifiestamente de fundamento en la medida en que, dada la naturaleza de las actuaciones a las que se incorpora la documentación, una información reservada, el órgano de instrucción ni tiene la obligación ni mucho menos está en disposición de facilitar los datos que solicita el recurrente, existiendo, para el caso de incoarse el procedimiento, diversos trámites en los que se le facilitarían los datos necesarios para, si fuera el caso, ejercer el derecho de defensa. Como resulta evidente, tales actuaciones son hipotéticas y, en todo caso, futuras y, por lo que resulta improcedente efectuar consideraciones adicionales al respecto.

En cualquier caso, y para evitar cualquier tipo de duda que pudiese albergarse al respecto, este Consejo procederá, con carácter subsidiario, a analizar la impugnabilidad, desde el punto de vista de la LDC, del acuerdo de deducción de testimonio cuestionado a través del presente recurso.

TERCERO.- 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 la DI de 21 de septiembre de 2011, como pretende la recurrente, un acto administrativo recurrible ante el Consejo o si, por el contrario, no constituye un acto recurrible y, por tanto, procede la inadmisión del recurso.

El mencionado artículo 47 de la LDC 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. Por ello se analiza seguidamente si los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo acreditan la indefensión alegada por ELTC que permita la admisión de su recurso, de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 47.

Este Consejo, tras haber realizado el análisis pertinente, considera que el presente recurso debe ser inadmitido por los motivos que, de forma sistemática, a continuación se exponen:

(i) En primer término, debe recordarse que la imposibilidad de recurrir actos de trámite sin efectivo contenido sancionador ha sido confirmada por el Tribunal Supremo que considera que la vulneración del artículo 24 de la Constitución no puede invocarse en relación a meros actos de trámite, aunque estos se dicten en el marco de un procedimiento sancionador. Así, en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo declara que la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE *“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”*.

Es así mismo doctrina consolidada del Consejo de la CNC, la consideración de que en los actos de trámite no cabe plantearse la existencia de indefensión (vid. entre otras, Resolución del Consejo de 26 de mayo de 2011, R/0073/11, MOTOR CITY). Igualmente en la Resolución de 7 de octubre de 2010 (Expte. R/0053/10 MONTESA HONDA) se señaló que la incorporación de documentos a un nuevo expediente es un acto de trámite no cualificado no susceptible de recurso ante el Consejo.

Por tanto el Acuerdo de la instructora de 21 de septiembre de 2011 es un acto de trámite que no determina la paralización del expediente ni produce indefensión. En último extremo, de acuerdo con el artículo 50.3 de la LDC, los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerían en un pliego de concreción de hechos que se notificaría a los presuntos infractores, pues como desde antiguo viene declarando este órgano (véase, entre otras, la Resolución de 16 de enero de 1997), el pliego de concreción de hechos es el único acto que define la acusación y las personas imputadas.

En todo caso, con anterioridad a este trámite inserto ya en la instrucción del procedimiento sancionador regulada en el artículo 50 de la LDC, debería procederse a la incoación del propio procedimiento sancionador, conforme a lo previsto en el artículo 49. 1 de la LDC.

En el presente caso, la Dirección de Investigación no ha formulado cargo alguno, ni ha procedido siquiera a acordar la incoación de procedimiento sancionador; simplemente se han incorporado unos documentos del expediente S/0314/10 al expediente de información reservada Diligencias Previas 031/2011, por lo que no puede hablarse objetivamente de indefensión. El Acuerdo de la DI de 21 de septiembre de 2011 recurrido se encuentra debidamente motivado y cumple con los requisitos exigidos por el artículo 30 del RDC para la incorporación a un expediente de documentación obrante en otro. Por su propia naturaleza no puede exigirse mayor motivación al mismo en la medida en que la finalidad propia de la fase de información reservada en la que se inserta es determinar si hay indicios de infracción, no constatarla ni formular imputaciones.

La apertura de un periodo de información reservada es una facultad expresamente prevista en el artículo 49 de la LDC. Se trata de una fase diferenciada de la instrucción del expediente, no siendo posible en ningún caso la práctica de actos de instrucción durante la fase de información reservada sin previa incoación de expediente.

Durante la información reservada no hay partes interesadas en el sentido del artículo 31 de la LRJPAC y no se disfruta de los derechos inherentes a dicha condición. El extinto TDC ya declaró que el carácter puramente inquisitivo y no contradictorio de dicho trámite no admite la intervención como parte de los interesados en su desarrollo, intervención que se producirá necesariamente cuando se decida, en su caso, la apertura de un procedimiento sancionador cuya resolución pueda afectar a sus derechos o intereses legítimos (Res. TDC de 6 de septiembre de 1999, Expediente r 381/99, asunto Emergencias Sanitarias).

Como ya se ha puesto de manifiesto en otras ocasiones (vid. entre otras, Resolución del Consejo de 26 de mayo de 2011, R/0073/11, MOTOR CITY) en el supuesto, por el momento hipotético, de que se incoara procedimiento sancionador, la recurrente tendría la posibilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LDC (y en los preceptos correspondientes del RDC) de plantear las alegaciones que estime convenientes en respuesta a las sucesivas fases de la instrucción. Por el momento el Acuerdo impugnado no puede generar indefensión en la medida en que no hay imputación formulada, ni se sabe si de existir esta se dirigirá contra el recurrente.

En definitiva, ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden apreciarse en este caso. Como se acaba de razonar, ni estamos ante un acto de definitivo ni se ha resuelto procedimiento sancionador alguno, ni la recurrente ha visto limitadas en ningún momento sus posibilidades de alegar lo que a su derecho convenga, siendo consecuencia necesaria de esta apreciación que las alegaciones efectuadas denunciando la vulneración del derecho de defensa deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

(ii) Por otra parte, por lo que se refiere a la otra de las condiciones exigidas por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, la existencia de un perjuicio irreparable, aspecto sobre el que el recurrente no ha realizado alegación alguna, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "aquel que provoque 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)

En el supuesto que nos ocupa, dado que no se ha incoado ni siquiera procedimiento sancionador alguno, simplemente se han incorporado unos documentos del expediente S/0314/10 al expediente de información reservada Diligencias Previas 031/2011, difícilmente se puede considerar que el acuerdo ocasione un perjuicio

para el recurrente ni mucho menos que éste en su caso fuera de imposible reparación.

Por otra parte, este Consejo ya señaló en la Resolución de 7 de octubre de 2010 (Expte. R/0053/10 MONTESA HONDA) que *“Si la jurisprudencia reconoce que los hallazgos casuales en las inspecciones pueden ser incorporados a un procedimiento sancionador distinto bajo ciertas garantías procedimentales, con más aun lo pueden y lo deben ser aquellos documentos que, como ocurre en este caso, forman parte del objeto de la inspección. Tampoco es ocioso recordar que, mientras que formen parte del objeto de una inspección domiciliaria, la documentación obtenida por la CNC puede dar lugar a tantos expedientes sancionadores como infracciones se detecten y si perjuicio, claro ésta, de que el órgano instructor, con posterioridad, pueda acordar su acumulación si procede.”*

En la misma resolución este Consejo señaló que la incorporación de documentos a un nuevo expediente es un acto de trámite no cualificado, que no resulta apto para causar perjuicio irreparable salvo que no se respete la confidencialidad documental en los términos del artículo 42 de la LDC, extremo sobre el que la recurrente no ha manifestado reparos ni presentado alegaciones.

De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado un perjuicio irreparable a la Asociación afectada, satisfaciendo por lo demás el acuerdo de la instructora los requisitos exigidos por el artículo 30 del RDC para la incorporación de información a un expediente.

En definitiva, dada la interpretación que debe darse a los requisitos del artículo 47 de la LDC para apreciar su existencia, no resulta admisible el recurso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la instructora de 21 de septiembre de 2011, toda vez que, como se ha comprobado, se trata de un acto no recurrible, y no apto para producir indefensión o perjuicio irreparable alguno.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por [...], en nombre y representación de ELTC, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de fecha 21 de septiembre de 2011.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.