

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 31/05/2011
Fecha Sentencia: 02/06/2011
Núm. de Recurso: 0000468/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 03934/2010
Materia Recurso: CONDUCTAS PROHIBIDAS
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Demandante: IBERDROLA S.A.
Procurador: SRA. UCEDA BLASCO
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Conductas prohibidas

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000468/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03934/2010
Demandante: IBERDROLA S.A.
Procurador: SRA. UCEDA BLASCO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. ASUNCION SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a dos de junio de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 468/10 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **IBERDROLA S.A.** representada por la Procuradora Sra. Uceda Blasco frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de junio de 2010, relativa a incoación de expediente por **conductas prohibidas** con una cuantía indeterminada, siendo Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de junio de 2010 y por extensión del acuerdo de la Directora de Investigación de 30 de abril de 2010 o en su caso y con carácter estrictamente subsidiario la anulación de la resolución del Consejo de la CNC de 2 de junio de 2010 ordenando la retroacción de las actuaciones con la finalidad de que el Consejo de la CNC se pronuncie sobre el fondo del recurso formulado por esta parte contra el citado Acuerdo de la Directora de Investigación de 30 de abril de 2010.

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO- Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 31 de mayo de 2011 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día

2 de junio de 2010 en el Expediente R/0044/2010 IBERDROLA con la siguiente parte dispositiva:

“UNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por Iberdrola, contra la resolución de la Directora de Investigación de 30 de abril de 2010 por la que se amplía a IBERDROLA S.A. entre otras empresas, la incoación del expediente sancionador S/0159/09 UNESA”.

La CNC inadmite el recurso con fundamento en lo previsto en el artículo 47 de la Ley 15/2007 que tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 47. Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación.

- 1. 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.*
- 2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.*
- 3. Recibido el recurso, el Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días.”*

A juicio de la CNC este precepto faculta a los interesados para interponer recurso contra las resoluciones y actos de trámite siempre que estos determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Y en este caso, la resolución recurrida no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, no produce indefensión o perjuicio irreparable, en resumen, no reúne ninguno de los requisitos establecidos por la ley para la recurribilidad de los actos de trámite.

SEGUNDO- Los motivos de impugnación alegados por la parte demandante pueden resumirse como sigue: la resolución impugnada es nula desde una perspectiva formal, al entender que la inadmisión del recurso es contraria al artículo 47 LDC y al artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008. Es igualmente nula desde una perspectiva material al considerar la actora que la resolución impugnada en cuanto confirma la decisión de ampliar el expediente sancionador S/0159/09 UNESA a la empresa hoy actora, IBERDROLA S.A. causa indefensión a la misma por la forma y el momento en que se lleva a cabo la ampliación.

Por su parte el Abogado el Estado sostiene la conformidad a derecho de la resolución impugnada con fundamento en que la defensa de los derechos de la persona a la que se incoa un expediente sancionador debe ejercitarse durante la tramitación del expediente abierto y mediante los recursos contra la resolución que se dicte. Alega que la supuesta indefensión no se ha concretado, hecho que a su juicio se produce precisamente porque el acto recurrido no tiene aptitud para provocar la indefensión.

TERCERO- El artículo 47 de la Ley 15/2007 excluye del recurso administrativo a los actos de trámite, salvo cuando concurren en los mismos determinados requisitos que según la actora si concurren en el supuesto enjuiciado: es decir parte de la base de que es un acto de trámite pero considera que se encuentra incluido entre aquellos respecto de los que la Ley de Defensa de la Competencia admite la posibilidad de interponer recurso.

La doctrina y la jurisprudencia dictada en relación con la Ley 30/1992 han establecido que para determinar si un acto es o no de trámite, hay que examinar el contenido real del mismo y los efectos jurídicos que se derivan de dicho acto administrativo: no puede olvidarse que tanto en la regulación del procedimiento administrativo común como en la del procedimiento ante la Comisión de Defensa de la Competencia, los actos de trámite son recurribles, en su caso, con la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo.

En efecto, examinado el contenido del acto originariamente impugnado, aquel por el que la Dirección de Investigación acuerda ampliar el expediente sancionador a la empresa hoy actora, se comprueba que tal decisión no hace sino incoar, en relación con la actora, expediente sancionador, a fin de investigar en el marco de dicho procedimiento, en el que la empresa conserva la plenitud de su derecho de defensa, si han existido o no determinadas prácticas prohibidas, y si ha participado la recurrente en dichas prácticas. Resulta por tanto que no se está decidiendo nada en relación con el fondo del asunto, sobre la existencia o inexistencia de la práctica contraria a la Ley 15/2007 ni sobre la participación o responsabilidad de IBERDROLA en dicha actuación, limitándose la Administración a incluirla en un expediente dirigido a esclarecer lo sucedido dentro de las actividades investigadas y aparentemente ilegales y la relación de esta empresa con las mismas. No cabe duda alguna de que el acto originariamente impugnado es un acto de trámite.

Para que pudiera admitirse el recurso contra dicha resolución debía haber acreditado la actora la concurrencia de las circunstancias en las que la LDC ha previsto la posibilidad de impugnar un acto de trámite: *"que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos"* y que según sostiene se encuentran presentes en la actuación administrativa, lo que permite admitir y finalmente estimar su recurso.

La recurrente reitera el concepto repitiendo que se le ha *"generado una situación de manifiesta indefensión y una serie de perjuicios irreparables"*. Para que pueda hablarse de indefensión como elemento determinante y susceptible de convertir un mero acto de trámite en acto de trámite cualificado es necesario que tal indefensión sea real y efectiva; del escrito de la parte resulta que la indefensión se le ha causado por las siguientes circunstancias:

- Se ha producido a su juicio "la alteración de los hechos en un procedimiento sancionador". Sostiene literalmente que "la violación de precisar específicamente los hechos que a priori justifican la incoación del procedimiento contra IBERDROLA en la que incurre el Acuerdo de la DI genera una flagrante vulneración del derecho de defensa de mi mandante". Esta Sala no aprecia de tales consideraciones la denunciada indefensión: a disposición de la interesada se encuentran todos los medios de defensa previstos en la ley para ser utilizados por quién se ve sujeto a un

expediente administrativo sancionador. Y si en el desarrollo del expediente se produjera alguna actividad en la que dichos derechos fuesen ignorados o vulnerados, deberá alegar tal circunstancia cuando impugne el acto por el que finalice el procedimiento, si es que tal acto es contrario a sus intereses.

- La inclusión tardía en el expediente que “no puede sino impedir la debida preparación y ejercicio de los medios de defensa de los que debe disponer esta parte”. La recurrente sostiene que al haberse dirigido el procedimiento contra ella varios meses más tarde que contra las restantes empresas expedientadas, lo que a su juicio no está justificado, se le está causando indefensión.

Las consecuencias que pueda tener el cuándo y el cómo se ha dirigido el procedimiento sancionador contra Iberdrola solo podrán constatarse cuando se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento. Entonces será cuando se pueda valorar si lo que denomina “incorporación tardía” ha sido tal, si se le ha privado de trámites esenciales en el procedimiento, etc. La Sala no aprecia que exista un derecho a que la acusación se dirija contra Iberdrola desde el momento mismo en que se incoa el expediente sancionador, no apreciándose por las razones expuestas la alegada vulneración de su derecho de defensa.

- Alega en último lugar la representación actora que se le ha producido un daño reputacional al publicarse en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia la incoación del procedimiento. La actora asocia daño reputacional con eco mediático, y refiere el daño al hecho de que cotiza en Bolsa. En primer lugar el daño se ha alegado pero no se ha probado: ni la relación de causalidad entre la publicación en la web del acuerdo origen de este litigio y el alegado daño a su reputación, ni mucho menos la materialización de dicho daño. En segundo lugar, para que la causación de un perjuicio por el acto administrativo lo transforme en acto de trámite cualificado es preciso que este sea “irreparable” no apreciándose esta Sala que concurra tal circunstancia en este supuesto.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

CUARTO- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **IBERDROLA S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 2 de junio de 2010 por la Comisión Nacional de la

Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

