

AUDIENCIA NACIONAL

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

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 05/06/2012
Fecha Sentencia: 19/06/2012
Núm. de Recurso: 0000680/2010

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05870/2010
Materia Recurso: SANCIÓN
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Demandante: VSL SPAM SA
Procurador: D. ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

CNC resolución de inadmisión de recurso contra la orden de Investigación y contra el acto de inspección del domicilio de la empresa.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000680/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05870/2010
Demandante: VSL SPAM SA
Procurador: D. ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 680/2010 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **VSL SPAM SA** representada por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 10 de septiembre de 2010 (expediente R/0051/10). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 10 de septiembre de 2010 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente (expediente R/0051/10) con la siguiente parte dispositiva:

"UNICO: Inadmitir el recurso interpuesto por el representante de VSL SPAM SA contra la orden de investigación de la Dirección de Investigación de 29 de octubre de 2009 y la subsiguiente inspección efectuada el 17 de junio de 2010 en la sede de la mencionada empresa."

SEGUNDO: El 16 de noviembre de 2010 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 5 de abril de 2011 la parte solicitó *"dicte sentencia por la que se declare la nulidad, por contraria al ordenamiento jurídico, de la resolución de fecha 10 de septiembre de 2010 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (s/0051/10) con imposición de costas ala parte demandada y con todos los pronunciamientos que en Derecho proceden."*

Se emplazó al Abogado del Estado presentando escrito el 18 de julio de 2011 en el que solicitó la desestimación del recurso.

No solicitado el recibimiento a prueba y denegada por auto de 22 de febrero de 2012 la acumulación de este recurso al 671/2010, una vez presentadas conclusiones quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 5 de junio de 2012.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado es la resolución de la Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que acuerda inadmitir el recurso interpuesto por el representante de VSL SPAM SA contra la orden de investigación de la Dirección de Investigación de 2 de junio de 2010 por la que *"Se ordena a CCT STRONGHOLD SA y a VSL-SPAM SA a que se sometan a inspección por su posible participación en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o practicas concertadas anticompetitivas"*

que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC en los mercados de postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como aplicaciones de geotecnia tales como barras, anclajes al terreno. Igualmente, se ordena a CCT STRONGHOLD SA y a VSL-SPAM SA que permitan al personal autorizado por la Dirección de Investigación de la CNC realizar la Inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 40 de la LDC."

Los motivos en los que la parte funda la impugnación son dos.

1) El hecho de que la mencionada orden de investigación sí cumple los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 57/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia para poder ser recurrida y por tanto el Consejo debería haber admitido el recurso interpuesto contra la misma.

2) La nulidad de la orden impugnada por ausencia de motivación e indeterminación de su objeto, así como la existencia de defectos en su notificación.

SEGUNDO: Alega el Abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso conforme a lo previsto en el apartado 69 c) de la Ley 29/1998 al tener por objeto actuaciones no susceptibles de impugnación al tratarse de una actividad previa a un procedimiento sancionador –la orden de investigación y la inspección- y en el marco de una información reservada.

Tal como establece el artículo 25 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con los actos definitivos actos de trámite *"si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos"*.

Por tanto para poder establecer si es admisible o no el recurso es necesario analizar el contenido del acto impugnado al objeto de examinar si se le ha causado indefensión o un perjuicio irreparable a sus derechos o intereses legítimos. Por lo tanto es necesario examinar si la declaración de inadmisibilidad del recurso declarada por la resolución de la CNC produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos del recurrente.

TERCERO: En este caso la resolución recurrida declara inadmisibile el recurso por cuanto no se dan los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia. El artículo 47 de la Ley 15/2007 reserva la condición de actos recurribles a los actos de tramite que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En el segundo fundamento de derecho la resolución recurrida indica que nos encontramos ante el enjuiciamiento de una actividad previa a un procedimiento sancionador –la orden de investigación e inspección- por tanto al no existir sanción, no existe indefensión constitucionalmente relevante que solo puede producirse en el

marco de un procedimiento sancionador en el que se haya imputado una determinada infracción. Por tanto considera que es un acto no susceptible de recurso ya que el artículo 47.1 LDC reserva la condición de actos recurribles a los que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*. A pesar de considerar que el recurso es inadmisibile procede a analizar si se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho de defensa como consecuencia de la orden de investigación domiciliaria contenida en la orden impugnada.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado en la sentencia de 18 de octubre de 1989 Orkem asunto C-C-374/1987 que *“este Tribunal de Justicia ha declarado recientemente, en la sentencia de 21 de septiembre de 1989 (Hoechst contra Comisión, asuntos acumulados 46/87 y 227/88 que si bien es cierto que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, ha de evitarse, al mismo tiempo, que el mencionado derecho quede irremediadamente dañado en los procedimientos de investigación previa, que puedan tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas. Por consiguiente, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa afectan únicamente a los procedimientos contradictorios que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras deben ser respetadas ya en la fase de investigación previa”*.

Por tanto no es correcto afirmar que la orden de Inspección y la consiguiente Inspección sean actos de trámite no susceptibles de producir indefensión por el hecho de que han sido realizados en el curso de una información reservada antes de iniciar el procedimiento sancionador. De hecho así parece entenderlo el propio Tribunal que pese a declarar que es inadmisibile el recurso por ese motivo a continuación analiza si ha existido en la orden de investigación en cuanto autoriza a la realización de una Inspección una lesión de derechos fundamentales como el de la inviolabilidad del domicilio y el derecho de defensa. Por ello en este caso lo correcto hubiera sido, tal como señala el recurrente que el Tribunal al considerar que no se había causado indefensión ni se había causado perjuicios irreparables hubiera desestimado el recurso en vez de inadmitirlo. Este es el criterio que también hemos recogido en nuestra sentencia de 2 de junio de 2011 (recurso 135/2010).

CUARTO: Establecido que no es conforme a derecho la inadmisibilidat del recurso acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, resulta por los mismos motivos admisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha resolución, por lo que procede rechazar la causa de inadmisibilidat alegada por el Abogado del Estado.

Procede por tanto analizar si la orden de investigación vulnera el derecho de defensa del recurrente o le causa perjuicios irreparables. La recurrente alega que se vulnera su derecho de defensa al no estar motivada la orden de investigación, existir defectos en la notificación al no indicarle los recursos considerando que todo ello le ha causado perjuicios irreparables.

QUINTO: Alega la parte recurrente que le causa indefensión la falta de motivación de la orden de investigación ya que es vaga e imprecisa, siendo el objeto de la investigación general e indeterminado no pudiéndose conocer ni el mercado afectado, ni las conductas a investigar ni el ámbito temporal en que se desarrollaron.

El ejercicio de las facultades de Inspección por el personal de la Comisión Nacional de la Competencia está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 *“el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma”*. En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: *“4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia”*.

La Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados *“objeto y finalidad de Inspección”* que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T-339/04 señala lo siguiente:

“- 58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

- 59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades

conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

- 60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99)".

En este caso el orden de investigación permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Así además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a *"determinada información según la cual diversas empresas prestatarias de servicios en el sector de la ingeniería civil, especialmente, en el mercado de postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como de aplicaciones de geotecnia, tales como barras y anclajes de terreno, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en dichos mercados al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado en el territorio nacional"*. y que, por lo tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, que se articularía mediante un reparto de contratos y/o reparto de clientes, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado en el territorio nacional.

Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13. 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las ordenes de Inspección *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens). En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento *"de la posible existencia de una infracción"*. Es decir la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas –en cuyo caso el artículo 49.1 LCD- ordena

incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada. Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 apartado 40 *“el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36). ”*

Por otra parte la Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 *“el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)”*.

El hecho de que la documentación incautada no determine la incoación de un procedimiento sancionador, no supone que esa orden de investigación domiciliaria no estuviera justificada, ya que para realizarla es suficiente que concurren los requisitos a que se ha hecho referencia y que en este caso han sido cumplidos teniendo en cuenta que ha sido ordenada en el curso de una información reservada conforme a dispuesto en el artículo 49.2 LDC con el fin de determinar con carácter preliminar ante la noticia de la posible existencia de una infracción si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador y que puede finalizar con la decisión de no incoar procedimiento alguno al considerar que no existen indicios de infracción de la Ley.

SEXTO: En cuanto a los defectos en la notificación de la orden de investigación hace referencia a que no se le indicó si agotaba la vía administrativa y los recursos que cabía interponer contra la misma. Aun cuando existan irregularidades en la notificación, la consecuencia no es la nulidad de la orden de investigación que es lo que pretende el recurrente, sino sólo en su caso la posibilidad de que el recurrente puede impugnarla al objeto de solicitar la nulidad de la misma si se le ha ocasionado indefensión como de hecho ha realizado. En este caso el recurrente pudo realizar las alegaciones que ha considerado oportunas ante la Administración que pese a inadmitir su recurso, analizó de forma pormenorizada sus alegaciones. Por otra parte el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución de inadmisión de la CNC en el que ha realizado alegaciones sobre el fondo en orden a mantener su pretensión de que se declare nula dicha orden de investigación.

SEPTIMO: Una vez establecido que la orden de investigación legitima a los funcionarios a realizar la Inspección en el citado domicilio con el objeto, finalidad y alcance que se precisa en la misma no se considera que se haya causado un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos ya que existe una habilitación legal prevista en el artículo 40.1 de la Ley 15/2007 que autoriza la restricción a ese derecho fundamental regulado en el artículo 18.2 CE y que establece que *“El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley”*. Por otra parte como establece dicho artículo *“el ejercicio de las facultades requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial”* y en este caso consta en el acta de Inspección que se entregaron al responsable de la empresa la orden de investigación y el auto judicial procediéndose a iniciar la Inspección y que al término de la Inspección se adjuntó al acta un anexo de manifestaciones donde se hacía constar que había colaborado plenamente con la Inspección y que al no haberse revisado por los inspectores individual y detalladamente los correos electrónicos y demás documentos recabados se reservaban el derecho a reclamar todos aquellos que fuesen de carácter personal o no formasen parte del objeto de la OI o mandamiento judicial.

OCTAVO: De cuanto queda expuesto procede estimar parcialmente el recurso ya que se anula la resolución de la CNC en cuanto declara inadmisibile el recurso en vez de desestimarlo por el hecho de que el acto de trámite recurrido no le ha producido al recurrente indefensión ni perjuicio irreparable.

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.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **VSL SPAM SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 10 de septiembre de 2010 (expediente R/0051/10). que se anula en cuanto acuerda inadmitir el recurso en vez de desestimarlo.

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.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.