

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0088/11, ENDESA)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
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 30 de diciembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0088/2011, ENDESA, 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 ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. (en adelante, ENDESA) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de fecha de 3 de noviembre de 2011, de incoación de expediente sancionador contra ENDESA por incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 14 de diciembre de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 14 de diciembre de 2006, el TDC dictó Resolución en el Expediente 606/05, ASINEM-ENDESA, siendo el contenido del resuelve el siguiente: "PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una conducta prohibida por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, por parte de ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., consistente en un abuso de posición dominante en el mercado conexo de la instalación, partiendo de su posición de dominio como distribuidor único en la Isla de Mallorca. SEGUNDO.- Imponer, por ello, a ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., una multa de EUROS NOVECIENTOS MIL (€ 900.000). TERCERO.- Intimar a ENDESA

DISTRIBUCION ELECTRICA SLU., para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas.[...].”

2. En el marco del expediente de vigilancia VS/606 ASINEM/ENDESA, iniciado por la DI en el ejercicio de las funciones de vigilancia que le encomienda el artículo 35.2 c) LDC, el 3 de febrero de 2010 tuvo entrada escrito de la Asociación de Empresarios de Instaladores Electricistas de Mallorca (ASINEM) denunciando el incumplimiento de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006.
3. El 6 de junio de 2011, previa audiencia de las partes, la DI elevó el correspondiente Informe de Vigilancia al Consejo de la CNC. Con fecha de 6 de septiembre de 2011, el Consejo de la CNC dictó Resolución en el expediente de vigilancia VS/606 ASINEM/ENDESA, interesando a la DI la incoación de expediente sancionador contra ENDESA por posible incumplimiento del resuelve Tercero de la precitada Resolución dictada por el TDC el 14 de diciembre de 2006.
4. EL 3 de noviembre de 2011 la DI dictó Acuerdo por el que, en cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 6 de septiembre de 2011, se incoa expediente sancionador contra ENDESA por incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006. El Acuerdo fue notificado a ENDESA el día 7 de noviembre de 2011.
5. Con fecha de 17 de noviembre de 2011, ENDESA interpuso recurso, que señala se presenta al amparo del artículo 47 LDC, contra el Acuerdo de la DI de 3 de noviembre de 2011, solicitando al Consejo de la CNC se proceda a dejar sin efectos el Acuerdo recurrido.

La recurrente fundamenta su recurso en cuatro motivos:

- (i) El Acuerdo de incoación genera indefensión y perjuicio irreparable debido a que, pese a tratarse de un acto de iniciación del procedimiento, en él la DI se pronuncia sobre el fondo del asunto dando por acreditada la comisión de la infracción.
- (ii) Inaplicabilidad al caso del artículo 62.4 c) LDC, puesto que no se habría producido un incumplimiento de resolución dictada en aplicación de la Ley 15/2007, sino que el eventual incumplimiento lo sería de una resolución dictada al amparo de la Ley 16/1989.

- (iii) Ampliación arbitraria por la DI de la conducta identificada en la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 al argumentar que “no comunicar información suficiente para que el cliente pueda acudir a otros instaladores en igualdad de condiciones [...] supone un incumplimiento de lo dispuesto en el numeral tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006”
 - (iv) El Acuerdo de incoación se habría dictado con base en un procedimiento caducado, al entender ENDESA que el plazo de tres meses del art. 36.7 LDC para resolver las propuestas de vigilancia de la DI se debe computar desde la emisión de la propuesta de vigilancia que se somete a alegaciones de las partes, y no desde su elevación al Consejo.
6. Con fecha de 18 de noviembre de 2011, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/08, de 22 de febrero (RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
 7. Con fecha de 21 de noviembre de 2011, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5º. En dicho informe, la DI propone que se inadmita el recurso interpuesto por ENDESA, por no generar el acto recurrido, de trámite, indefensión ni perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la citada empresa, no reuniendo, por tanto, los requisitos del artículo 47 de la LDC.
 8. Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 30 de noviembre de 2011.
 9. Es interesada ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

ENDESA indica que interpone su recurso al amparo del artículo 47 de la LDC. El Consejo debe resolver, por tanto, si el Acuerdo de la DI de 3 de noviembre

de 2011, por el cual se incoa expediente sancionador SNC/0018/11 contra ENDESA por incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006, reúne las características exigidas en dicho precepto para ser considerado recurrible y, por tanto, admisible.

A este respecto, el recurso se fundamenta en cuatro alegaciones:

1. Procedencia del recurso por haberse pronunciado la DI en su Acuerdo de incoación sobre el fondo del asunto de forma predeterminada, lo que, conforme a las tesis de ENDESA, generaría indefensión y perjuicio irreparable al recurrente y atentaría gravemente contra sus derechos e intereses legítimos.
2. Inaplicabilidad al presente caso del artículo 62.4 c) LDC por cuya infracción se incoa el presente expediente. ENDESA argumenta que no cabe sancionar conforme al artículo 62.4 c) LDC un supuesto incumplimiento de una resolución dictada bajo la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
3. Ampliación arbitraria de la conducta identificada en la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006 (Expte. 606/05/ASINEM/ENDESA). ENDESA argumenta que la DI amplía inadecuadamente el contenido del punto Tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006, al afirmar que “no comunicar información suficiente para que el cliente pueda acudir a otros instaladores en igualdad de condiciones [...] supone un incumplimiento de lo dispuesto en el numeral tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006”.
4. El Acuerdo de incoación ha sido dictado en base a un procedimiento que ha incurrido en caducidad, por haber transcurrido más de tres meses entre la emisión de la Propuesta de Informe de Vigilancia y la correspondiente resolución del Consejo en sede de vigilancia.

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

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece que *“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”*.

El recurso contra la incoación por parte de la DI del expediente sancionador SNC/0018/11 ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 47

LDC. Procede, pues, entrar a examinar si se trata de un acto susceptible de recurso, esto es, si el Acuerdo recurrido puede causar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente.

Con carácter previo hay que señalar que, al contrario de lo parece sostenerse en el escrito de recurso de ENDESA, el precepto que permite determinar si se dan las condiciones de admisibilidad del recurso no debe tomar como referencia las previsiones del art. 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), esto es, que el acto de trámite decida, directa o indirectamente, el fondo del asunto, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, sino las del propio artículo 47 LDC: que produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Efectivamente, el art. 45 LDC, bajo el título *“Supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”* señala que: *“Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”*. No obstante, puesto que existe una norma especial, el artículo 47 LDC, en el que se delimitan con precisión cuáles son las resoluciones y actos de la DI susceptibles de ser recurridos ante el Consejo de la CNC, el régimen propio de la LDC excluye la aplicación supletoria de la LRJ-PAC.

Este Consejo ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la no aplicación supletoria de la Ley 30/1992 cuando exista la específica contemplación del supuesto de que se trate por la propia LDC. Así, en la Resolución de 3 de marzo de 2009 (Exp. 650/08, Funerarias Baleares) en su Fundamento de Derecho Séptimo señala: *“La Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo y sus normas de desarrollo, tienen carácter supletorio de la Ley de Defensa de la Competencia en lo no previsto en ella según el artículo 50 de la Ley 16/1989, por lo que la iniciación del expediente, según el Consejo, se regula en el artículo 36 de la misma y no procede acudir a ninguna norma supletoria”*. En idéntico sentido la Resolución de 2 de abril de 2009 (Expte. 641/08, Centrica/Endesa), en su FD 6ª: *[...] la cuestión que plantea la distribuidora está resuelta en la propia LDC y no requiere de la aplicación*

supletoria de la Ley 30/1992". Vid, también, la Resolución de 19 de marzo de 2009 (Expte. 646/08, Axion/Abertis, FD 2º).

Asimismo, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sus sentencias de 21 de enero de 2008 y 8 de febrero de 2008, concluye la no aplicabilidad de la regulación de la LRJ-PAC [silencio administrativo positivo, artículo 43.2] por existir una norma con rango de Ley, la propia LDC, que contiene una regulación específica distinta e incompatible con la regulación de la LRJ-PAC.

Tal como ha precisado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, la supletoriedad de la ley general, aquí la LRJ-PAC, sólo tiene lugar cuando efectivamente existe una laguna normativa que se debe integrar. Véase, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 5 febrero 2007: *"La supletoriedad es por el contrario un instrumento de relleno de lagunas; de tal manera que cuando un determinado supuesto no es objeto de regulación por la norma inicialmente aplicable se da paso a la supletoria, siempre, eso sí, que semejante operación no resulte, por otras circunstancias, disconforme al ordenamiento jurídico"*. No existe en este caso esa omisión o vacío legislativo que haga necesaria la aplicación supletoria de otras normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado.

Una vez sentada la aplicabilidad del art. 47 LDC como canon de determinación de los actos y resoluciones que son recurribles, es necesario analizar si el concreto acto que se impugna, el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 3 de noviembre de 2011, de incoación de expediente sancionador es susceptible de generar indefensión o perjuicio irreparable.

En tal sentido, ha de señalarse la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de los acuerdos de incoación de expedientes sancionadores, su condición de actos de trámite y las repercusiones de esa calificación sobre su susceptibilidad de recurso. Así, por todas, vid. sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 6 octubre 2009 (FD 3º): *"[...]por su propia naturaleza el acto de incoación de un expediente sancionador es un mero trámite que no prejuzga los ulteriores y no es susceptible de impugnación, salvo en los supuestos previstos en el artículo [107] de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ninguno de los cuales concurría. A salvo hipótesis excepcionales en las que la incoación tenga efectos jurídicos adversos e inmediatos (suspensión o privación de*

derechos, por ejemplo) que incidan por sí mismos en la esfera de intereses del interesado, hemos mantenido de modo reiterado que aquel género de actos iniciales del procedimiento sancionador no son impugnables en cuanto tales, de modo separado.”

Igualmente ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007, en la que se declara 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”.*

La posición del Tribunal Supremo sobre la irrecurribilidad de los actos de incoación de expedientes sancionadores es especialmente terminante si se tiene en cuenta que la norma de referencia contemplada es el artículo 107 LRJ-PAC, que ya hemos señalado que contiene una relación relativamente más extensa de los actos de trámite susceptibles de recurso que la contenida en el artículo 47 LDC.

Ninguna de las condiciones exigidas por la sistemática jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia se pueden apreciar en el presente caso pues, como resulta evidente, el acto de incoación examinado carece de contenido sancionador y no es definitivo ni resuelve el procedimiento sancionador sino que, por el contrario, lo inicia, y no tiene efectos jurídicos adversos e inmediatos, ni supedita la ulterior resolución del Consejo de la CNC.

A este respecto este Consejo también ha tenido ocasión de manifestar (véase la Resolución de 29 de marzo de 2010, Expte. R/0037/10, Productores Uva y Mosto Jérez), que la incoación de un expediente es un acto de mero trámite que, con carácter general, no es recurrible, puesto que no produce indefensión ni perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, dado que no vincula a esta Comisión respecto al sentido de la Resolución definitiva y no impide al recurrente alegar en su defensa lo que estime pertinente. Asimismo, en las resoluciones de la CNC de 3 de febrero de 2009 (Expte. R/0008/08, Transitarios 1; Expte. R/0008/09, Transitarios 2 y Expte. R/0008/09, Transitarios 3) este Consejo ya señaló que *“[...] los imputados tienen multitud de oportunidades para defenderse de las imputaciones, rebatir las pruebas y aportar los elementos de defensa que consideren necesarios.”*

El contenido del concreto Acuerdo de incoación ahora recurrido no se desvía del contenido propio de un acto de trámite de tal naturaleza, puesto que se limita a acordar el inicio del procedimiento, designar Instructor y Secretario e incorporar al expediente la Información reservada correspondiente, lo que obliga a concluir que no concurre en este caso ningún elemento que permita excepcionar la regla general de irrecurribilidad de los actos de incoación de expedientes sancionadores.

En cualquier caso, aun cuando pudiera aplicarse el art. 107 de la LRJAP-PAC, lo cual negamos, la argumentación de la recurrente parte de un claro error de concepto puesto que, con independencia de los términos en que se exprese, un acuerdo de incoación no es susceptible de decidir sobre el fondo del asunto por un motivo muy sencillo, cual es que el órgano que lo dicta, el instructor, carece de competencia decisoria y sus apreciaciones no vinculan al que la ostenta, el Consejo de la CNC.

Un precisión adicional, que no puede este Consejo dejar de poner de manifiesto, es que los argumentos en que ENDESA, una vez argumentada la pretendida admisibilidad del recurso, funda su pretensión anulatoria constituyen el fondo del asunto objeto del procedimiento SNC 0018/11, debiendo ser el cauce para hacerlos valer el propio procedimiento sancionador. Durante la tramitación del mismo, ENDESA podrá formular alegaciones y proponer la prueba que considere necesaria a fin de garantizar la defensa de sus derechos.

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

HA RESUELTO

UNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U., contra el Acuerdo de la Directora de Investigación de 3 de noviembre de 2011 por el que se incoa el expediente sancionador SNC/0018/11.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma no es susceptible de recurso contencioso-administrativo.