

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0114/12, ATEIA-OLT)**

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. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 29 de octubre de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0114/2012, ATEIA-OLT, 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 parte de la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados OLT (ATEIA-OLT) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI), de 20 de septiembre de 2012, por el que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/0314/10.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 14 de junio de 2011, la DI acordó la incoación del expediente sancionador S/0314/10, contra, entre otras empresas, la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados OLT (ATEIA-OLT VALENCIA), por presuntas conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, en el reparto de mercado, así como en la limitación o el control de la producción en el sector de transporte terrestre de contenedores con origen o destino (final o escala) en el Puerto de Valencia.
2. El 25 de julio de 2012, la DI formuló y notificó a todas las partes interesadas en el expediente, el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).
3. El 21 de agosto de 2012, ATEIA-OLT presentó un escrito de alegaciones al PCH, solicitando como medio de prueba la realización de distintos requerimientos y que se librasen oficios con el fin de acreditar que no había participado en ningún acuerdo, decisión, recomendación o práctica concertada con el objeto de impedir, restringir o falsear la competencia.

4. El 20 de septiembre de 2012 la DI acordó y notificó a todas las partes interesadas el cierre de la fase de instrucción del expediente sancionador antes mencionado, según lo previsto en el artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).
5. El 2 de octubre de 2012 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por ATEIA-OLT, conforme con lo previsto en el artículo 47 LDC, contra el citado Acuerdo de la DI de 20 de septiembre de 2011, solicitando al Consejo de la CNC que lo admitiera a trámite y que acordase resolver sobre la prueba propuesta por la recurrente en su escrito de alegaciones al PCH, llevando a término la práctica de dicha prueba propuesta.
6. Con fecha de 3 de octubre de 2012, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI para recabar su informe.
7. Con fecha 4 de octubre de 2012, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5°. En dicho informe, la DI propone que se inadmita el recurso interpuesto por ATEIA-OLT, en la medida en que considera que su Acuerdo de 20 de septiembre de 2012 no es un acto susceptible de recurso, por cuanto no concurren los requisitos exigidos en el artículo 47 de la LDC, es decir, que en ningún momento dicho acuerdo ha producido indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la recurrente.
8. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 17 de octubre de 2012.
9. Es interesada la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados OLT (ATEIA-OLT).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso objeto del presente expediente se ha interpuesto al amparo del artículo 47 LDC, contra el Acuerdo de la DI de 20 de septiembre de 2012 por el que se procede al cierre de la fase de instrucción en el expediente sancionador S/0314/10, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC.

En el artículo 47 de la LDC se establece la posibilidad de recurrir las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación cuando produzcan *“indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*. Por lo tanto, en primer término, es necesario examinar si el acuerdo recurrido cumple los requisitos fijados en el citado artículo 47 y, en consecuencia, si es admisible el recurso.

ATEIA-OLT considera que el Acuerdo de la DI de 20 de septiembre de 2012 procediendo al cierre de la fase de instrucción sin, en su opinión, haber acordado nada acerca de la prueba propuesta por la recurrente le provoca indefensión y perjuicio

irreparable a sus derechos e intereses legítimos, por cuanto que el silencio respecto a dichas pruebas imposibilita a la DI el poder hacer una propuesta de resolución ajustada a derecho. Es por ello que ATEIA-OLT solicita que el Consejo admita su recurso y resuelva sobre dicha prueba llevando a término la práctica de la misma.

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

Al interponerse el recurso objeto del presente expediente *"de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la LDC"*, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si el Acuerdo por el que se procede al cierre de la fase de instrucción es, como pretende la recurrente, un acto administrativo recurrible ante el Consejo o si, por el contrario, no lo es y, por tanto, procede la inadmisión del recurso.

Ya en el propio Acuerdo de la DI que ahora recurre ATEIA-OLT se señalaba que no cabía recurso alguno contra el mismo por ser un acto de mero trámite que no cumplía los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC, sin perjuicio de que su eventual oposición pudiera alegarse para su consideración en la resolución que pusiese fin al procedimiento y para la impugnación en el recurso que, en su caso, se interpusiera contra la misma. Conforme con esta afirmación, en la posterior valoración que hace en su informe de 4 de octubre de 2012, la DI se ratifica en dicha conclusión considerando que el acuerdo controvertido no es susceptible de recurso.

La DI, para apoyar su tesis, recurre a la cita de varias resoluciones del Consejo de la CNC, es especial la Resolución de 23 de marzo de 2011 (expediente R/0067/11, AISGE CINES), que resume y reproduce la doctrina anterior. Este Consejo comparte el juicio de la DI y considera plenamente aplicables al presente recurso los argumentos expuestos en el fundamento de derecho tercero de dicha Resolución de 23 de marzo de 2011, en lo referido a la supuesta indefensión o perjuicio irreparable y en lo relativo al carácter del cierre de la fase de instrucción, que se reproducen a continuación:

*"En primer lugar, **respecto a la supuesta indefensión**, es necesario traer a colación la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, su Sentencia 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 sólo 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".*

Como ya se advertía en la Resolución de este Consejo de 2 de febrero de 2010

(Expte. R-0032-09, Transitarios 6), ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en casos como el presente pues, como resulta evidente, los actos de instrucción examinados no son

definitivos ni resuelven el procedimiento sancionador en que han sido dictados, siendo consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

En cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional entiende que es "aquel que provoque que 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). Como se argumentará posteriormente, la corrección en el actuar administrativo, por un lado, y la existencia de trámites posteriores en los que la recurrente puede hacer valer sus derechos, por otro, impide hablar de vulneración alguna de derecho fundamental. En todo caso, en el hipotético caso de producirse vulneración de algún derecho nada impide su restablecimiento, por lo que tampoco cabe apreciar la presencia de este requisito.

Es preciso considerar, además, cuál es el **carácter del cierre de la fase de instrucción**. Para ello, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 33.1 del RDC, según el cual la DI, tras recibir las alegaciones y propuestas de prueba al PCH o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC y en el artículo 34 del RDC. Es decir, su actuación reviste un carácter marcadamente reglado por no existir otra posibilidad distinta de actuación a la que adoptó mediante la decisión en cuestión. En cualquier caso, el cierre de la fase de instrucción es un mero acto de trámite y por ello precisamente no produce indefensión ni perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no es un acto recurrible, como así lo ha declarado el Consejo de la CNC en su Resolución de 2 de febrero de 2010, citando resoluciones anteriores (Resolución de 26 de marzo de 2009; Expt. R/0018/09, INPROVO): "(...) el acuerdo de cierre de la instrucción de la Dirección de Investigación es un acto de mero trámite que, por su propia naturaleza, no puede causar indefensión ni perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos de los interesados".

En cualquier caso, no puede hablarse de indefensión ni de perjuicio irreparable ya que tras la elaboración de la Propuesta de Resolución, el interesado puede formular alegaciones durante otros 15 días (artículos 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC), lo que supone otra oportunidad para reproducir sus alegaciones, y, con posterioridad, en la tramitación ante el Consejo, que es el órgano al que corresponde resolver, cuenta con la posibilidad de proponer la práctica de pruebas que considere oportunas para la defensa de sus intereses (Artículo 36 del RDC).

En ese sentido, conviene recordar aquí lo manifestado por el Consejo de la CNC en la precitada Resolución de 26 de marzo de 2009 (ver también la de 24 de septiembre de 2009 (Expte. 2805/07, Empresas Estibadoras): "(...) A mayor abundamiento de lo anterior, con la nueva tramitación del expediente, derivada de la reciente Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, la producción de indefensión o perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos en la fase procedimental en la que se ha interpuesto el recurso deviene imposible, porque aunque se cierre la fase de instrucción no se impide la audiencia a los interesados. Tal como se prevé en los artículos 50 y 51 de la

citada Ley 15/2007, una vez emitido el informe y la propuesta de resolución por la Dirección de Investigación los interesados tienen un nuevo trámite de alegaciones, que, de acuerdo con el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, incluirá "las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo". Lo que quiere decir que aunque la Dirección de Investigación deniegue la presentación de alegaciones o la práctica de pruebas, las partes tendrán un trámite ulterior para poder reiterar sus peticiones ante el órgano de resolución del expediente".

En consecuencia, entiende el Consejo que, siendo los presupuestos de estas resoluciones anteriores y de la presente, coincidentes, se debe llegar a la misma conclusión, esto es la inadmisión del recurso presentado por ATEIA-OLT contra el acuerdo de la DI de 20 de septiembre de 2012, por cuanto que se presenta contra un acto de trámite que, bajo ninguna perspectiva, puede haber causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de la recurrente.

Confirma estas conclusiones la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2012, en la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MOTOR CITY S.L contra la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 26 de mayo de 2011 (exp. R/0073/11, Motor City), que inadmitió el recurso interpuesto frente a la propuesta de Resolución de la DI de 31 de marzo de 2011 dictada en el expediente S/0154/09.

Entendía el Consejo en dicha Resolución, y ha confirmado la Audiencia Nacional, que la protección inherente al derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española sólo podría invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pudiese calificarse de sancionador, fuesen definitivos. La Propuesta de Resolución del artículo 50.4 de la LDC, frente a la cual había interpuesto su recurso Motor City S.L, no era, según el criterio del Consejo apoyado por la Audiencia Nacional, un acto definitivo ni resolvía el procedimiento sancionador en el marco del cual había sido dictado por lo que, al ser un mero acto de trámite, no se podía invocar la posible vulneración del derecho del artículo 24 CE.

La Audiencia Nacional compartía los planteamientos del Consejo, afirmando que la propuesta de Resolución de la DI era un acto de trámite que ni era vinculante ni incidía en la esfera jurídica del interesado. Así, no podía apreciarse que la misma causara ni indefensión "pues, de una parte, se ha seguido la tramitación marcada en la Ley 15/2007 en cuanto a las alegaciones de los interesados, y, de otra parte, la recurrente pudo ejercitar los medios de defensa que se establecen en el ordenamiento jurídico" ni la existencia de perjuicio irreparable "porque, como hemos dicho la propuesta de Resolución no incide en la esfera jurídica de la interesada, pues ni implica una decisión administrativa con efectos ejecutivos sobre los particulares, ni altera la situación jurídica de la actora. Se trata de una propuesta que puede ser modificada en todos sus aspectos por el Consejo".

Así las cosas respecto a la Propuesta de Resolución de la DI, este Consejo, con mayor motivo, no podría llegar a otra conclusión distinta con respecto al simple cierre de la

fase de instrucción. Y es que dicho acto es, por un lado, previo a dicha propuesta y además no determina el sentido de la misma- y aún en el caso de hacerlo ya hemos visto que la propia propuesta no se considera un acto definitivo ni implica una decisión administrativa con efectos ejecutivos sobre los particulares que altere la situación jurídica del interesado - por lo que, no puede haber ninguna duda, de que el cierre de la instrucción debe estimarse un mero acto de trámite de carácter irrecurrible, posteriormente al cual tendrán los interesados nuevas oportunidades de defender sus derechos y reiterar sus peticiones.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por ATEIA-OLT, contra el Acuerdo de la DI de 20 de septiembre de 2012, por el que se cierra la fase de instrucción del expediente sancionador S/0314/10.

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