

RESOLUCIÓN

(Expte. R 0049/10, Campezo Asfaltos de Castilla y León)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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

En Madrid, a 22 de julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R0049/10, Campezo Asfaltos de Castilla y León, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (en adelante CAMPEZO), de conformidad con el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra la Providencia del Instructor de fecha 1 de junio de 2010 en el expediente S/0226/10, por la que se incorporaba a dicho expediente documentación obtenida en la sede de Campezo durante la inspección domiciliaria realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la sociedad mencionada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de octubre de 2009 el personal de la Dirección de Investigación realizó una inspección en la sede de Campezo, situada en la Autovía P-11, km 1,7, 34190, Villamuriel de Cerrato en Palencia. Para ello, contaba con una Orden de Investigación de la Directora de Investigación de 9 de octubre de 2009 y un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palencia, de 13 de octubre de 2009. Tanto la Orden de Investigación como el acto de la inspección han sido recurridos primero ante el Consejo de la CNC y luego ante la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. De acuerdo con lo indicado en el punto 5 del acta de la inspección y con la Orden de Investigación anteriormente citada, esta inspección se realizó en el marco de una información reservada, con el número de expediente S/0192/09, de conformidad con el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que contempla expresamente la realización de inspecciones domiciliarias durante una información reservada, sin que existiera en ese momento expediente sancionador incoado.

TERCERO. El 17 de diciembre de 2009 se incoó expediente sancionador, con el número de expediente S/0192/09 Asfaltos, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios en los mercados de asfaltos y productos relacionados en el territorio nacional.

CUARTO. Con fecha 17 de diciembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Investigación acordó abrir una información reservada con el número de diligencias previas DP/0048/09, a la que se incorporó la documentación en formato papel y la documentación en formato electrónico recabadas en las inspecciones realizadas el 15 de octubre de 2009 anteriormente citadas, que no iban a ser incorporadas al expediente sancionador S/0192/09. En esta información reservada se analizaban prácticas distintas de las que habían dado lugar a la incoación del expediente S/0192/09.

QUINTO. Con fecha 10 de febrero de 2010 se abrió una nueva información reservada bajo el número de expediente S/0226/10, al que se incorporó todo lo actuado en el marco de las diligencias previas DP/0048/09.

SEXTO. Sobre la base de la anterior información reservada realizada, la Dirección de Investigación acordó, con fecha 18 de febrero de 2010, la incoación de un nuevo expediente, con el número S/0226/10, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para la rehabilitación y pavimentación de firmes y carreteras convocados en el territorio nacional. A este expediente incoado es al que se incorpora la información recabada en la inspección de 15 de octubre de 2009 en la sede de Campezo, mediante la providencia de 1 de junio de 2010 que ha sido recurrida.

SÉPTIMO. Mediante la providencia de 1 de junio de 2010, el instructor del expediente S/0226/10 acuerda la incorporación de la información recabada en la inspección de 15 de octubre de 2009 en la sede de Campezo.

OCTAVO. Con fecha de 21 de junio de 2010, ha tenido entrada en la CNC un recurso de la representación de CAMPEZO, presentado por correo administrativo el 18 de junio de 2010 en el que se formula recurso contra la Providencia del Instructor 1 de junio de 2010 en el expediente S/0226/10, por la que se incorporaba a dicho expediente documentación obtenida en la sede de Campezo durante la inspección domiciliaria realizada el 15 de octubre de 2009, por entender que los citados actos administrativos han producido indefensión al recurrente y perjuicios irreparables al haberse producido con violación de derechos amparados por la Constitución Española (CE) y con infracción de preceptos de la LDC.

NOVENO. Con fecha de 23 de junio de 2010 la DI remitió informe sobre el recurso en cuestión, conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC, proponiendo la inadmisión a trámite del recurso y en la que se señala que:

“El recurso se fundamenta en la ilegalidad de la inspección realizada por la CNC el 15 de octubre de 2009 en la sede de Campezo, que supuestamente impide la utilización por la CNC de la información recabada en la misma.

Sin embargo esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo de la CNC en la Resolución del Expediente del Recurso 0025/09 Campezo/Guipasa, de 29 de diciembre, que inadmitía a trámite el recurso interpuesto por el representante de Campezo Obras y Servicios S.L., Campezo Construcción S.A. y Guipasa S.A. contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC de 9 de octubre de 2009 y el acto administrativo de las inspecciones realizadas el 15 de octubre de 2009 en las sedes de la sociedades mencionadas.

Por tanto, no cabe reabrir la cuestión, al ser la Resolución del Consejo de la CNC un acto administrativo firme, sin perjuicio de que se encuentre recurrida ante la Audiencia Nacional.

Por lo tanto, resulta evidente que la providencia del instructor recurrida no genera indefensión ni perjuicios irreparables a Campezo.

Esta providencia, a su vez, preserva los derechos de defensa de Campezo, al declarar la documentación pendiente de incorporar cautelarmente confidencial y establecer un plazo de 10 días para que la empresa solicite y justifique la confidencialidad de la misma”.

DÉCIMO. El Consejo de la CNC en su reunión de 30 de junio de 2010 ha examinado y fallado la siguiente Resolución.

UNDÉCIMO. Es parte interesada CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L.,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Fundamento del recurso y pretensiones de la recurrente

Con fecha de 21 de junio de 2010, ha tenido entrada en la CNC escrito de la representación de CAMPEZO en el que se formula recurso contra la Providencia del Instructor 1 de junio de 2010 en el expediente S/0226/10, por la que se incorporaba a dicho expediente documentación obtenida en la sede de Campezo durante la inspección domiciliaria realizada el 15 de octubre de 2009, por entender que los citados actos administrativos han producido indefensión al recurrente y perjuicios irreparables al haberse producido con violación de derechos amparados por la Constitución Española (CE) y con infracción de preceptos de la LDC. En dicho recurso se solicita:

- Que el Consejo de la CNC admita el recurso interpuesto al amparo del artículo 47.1 LDC contra la Providencia del instructor del expediente S/0226/10 de fecha 1 de junio de 2010 declarando que dicho acto infringe la legalidad.
- Que el Consejo de la CNC ordene que la documentación que se pretende incorporar al expediente S/0226/10 sea devuelta a CAMPEZO sin dejar testimonio alguno de dichos documentos en ningún expediente.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- El 15 de octubre de 2009 se realizó la inspección en la sede de Campezo, el 17 de diciembre de 2009 se incoa el expediente sancionador S/0226/10 y el 1 de junio de 2010 mediante auto se incorpora la documentación de la inspección al nuevo expediente sancionador, esto es siete meses y medio después de la inspección.
- Se alega la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio amparado por el artículo 18.2 CE y del derecho a la defensa amparado por el artículo 24 CE, lo que produciría la nulidad del acto conforme al artículo 62.1.a) LRJ-PAC por considerar que en las actuaciones inspectoras no respetan el principio de proporcionalidad que se exige en la Jurisprudencia del TC (STC 78/1992 y STC 160/1991) por cuanto que, según la recurrente, se ha producido una

inspección genérica en la que *“se obtienen documentos indiscriminadamente y luego se ve si pueden incorporarse a algún expediente abierto o que se apertura en un futuro”*.

- Se alega la infracción del artículo 40.2 LDC en relación con el artículo 13.3 RDC, lo que produciría la nulidad del acto impugnado de conformidad con el artículo 62.e) LRJ-PAC por haber realizado una inspección genérica *“sin señalar criterio alguno de su inspección, volcando el contenido de ordenadores completos de las empresas y sus directivos y algunos empleados sin criterio alguno de selección de búsqueda, dejando simple constancia de que devolverían aquellos que no resultasen útiles para el expediente”*. De forma que, la recurrente concluye que: *“con la documentación obtenida de forma masiva, indiscriminada y sin objeto ni finalidad concretos, se viene empleando para distintos expedientes posteriores, manteniéndose incluso una parte importante de la misma pendiente de determinar en qué se va a emplear”*.
- En relación con el apartado anterior también se alega que *“la Orden de Investigación gozaba de la mayor de las indefiniciones tanto en la descripción de las posibles prácticas anticompetitivas, la posible participación de mi representada en las mismas e incluso el mercado relevante al que las mismas se refieren”*.

SEGUNDO. Inadmisibilidad del recurso por 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 la Providencia del Instructor de 1 de junio de 2010 es, como pretende la recurrente, un acto administrativo recurrible ante el Consejo o si, por el contrario, procede la inadmisión del recurso.

El mencionado artículo 47 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 tal modo que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda.

A este respecto debe traerse a colación, la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de indefensión, reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitorios 1) y R/0009/08 (Transitorios 2)], en la que se declara lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 71/1984, 64/1986).”*

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquella que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.

La pretendida indefensión sólo podrá ser apreciada respecto de actuaciones administrativas que efectivamente tengan un carácter sancionador, puesto que tal reconocimiento tiene su justificación en la vigencia de los principios del orden penal que viene reconociéndose dentro del derecho administrativo sancionador, en cuanto manifestaciones ambos del ordenamiento punitivo del Estado (STS de 7 de febrero de 2007, recurso de casación nº 6456/2002). El mencionado carácter sancionador no puede sin embargo sostenerse en este caso pues la actuación de la DI que se recurre no supone en modo alguno imputación de cargo alguno al recurrente.

Es doctrina consolidada de este Consejo de la CNC la consideración de que en los actos de trámite, dado que no existe todavía la imputación de un cargo, no cabe plantearse la existencia de indefensión. Así, lo ha declarado este Consejo en su Resolución de 3 de febrero de 2009: *“En todo caso, el derecho de defensa del recurrente no se ha visto vulnerado en ningún caso, puesto que, como ya se ha repetido, tanto la Orden de Investigación como el Acuerdo de incoación se refieren a los hechos que motivaban una y otro. Y, en definitiva, la acusación formal, a efectuar por la Dirección de Investigación, en su caso, no tiene lugar sino mediante el Pliego de concreción de hechos de infracción, que es “el único acto que define la acusación y las personas imputadas” tal como ya declaró en su momento el extinto TDC en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. r171/96, Unión Explosivos 2). En otras palabras, como seguía diciendo el TDC en la misma Resolución, “dado que no existe imputación de un cargo [al recurrente] del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”.*

Como resulta evidente, ese es el caso examinado en el presente expediente, pues la actuación de la DI que se recurre no supone imputación de cargo alguno al recurrente, por lo que hay que estar a lo declarado por el extinto TDC ya en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. R171/96, Unión Explosivos 2) al indicar que *“dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”.*

Por tanto, dicha actuación de ningún modo es definitiva, y en este sentido, como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, *“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”.*

Ninguno de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el presente caso pues, como acabamos de razonar, ni estamos ante un acto definitivo ni se ha resuelto procedimiento sancionador alguno, 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 TC 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).

En este caso se alega la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio amparado por el artículo 18.2 CE. Sobre la alegación de la parte recurrente basada en la pretendida afectación del derecho fundamental invocado, deben hacerse las siguientes consideraciones:

- En primer lugar hay que hacer constar que la recurrente está imputando vicios de legalidad a una actuación administrativa (la inspección de 15 de octubre de 2009) distinta del acto administrativo que es objeto del presente recurso, puesto que, aunque lo impugnado en el mismo es la incorporación de determinados documentos a un nuevo expediente, la vulneración que alega se refiere a la inspección realizada por la CNC en la sede de la empresa recurrente. De este modo se pretende que se examine en este trámite procedimental el acto de la inspección, cuando lo único que cabe evaluar en esta ocasión es la legalidad de la incorporación documental que es objeto de recurso.

- En segundo lugar hay que señalar que dicha incorporación de documentos a un nuevo expediente es, en principio, 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 LDC.

- Finalmente, la recurrente no ha manifestado reparos ni presentado alegaciones respecto a una hipotética violación de la confidencialidad por la incorporación de los documentos que nos ocupan al nuevo expediente por lo que, de acuerdo con el razonamiento expuesto, procede inadmitir la alegación de que se ha producido o un perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Así pues, en contra de lo argumentado en el recurso, no puede hablarse de vulneración de ningún derecho constitucional, por lo que no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable que permita justificar la admisión de este recurso.

De ello se puede deducir, como adelantamos, que es notorio que no existe indefensión ni perjuicios irreparables con respecto de un acto que, como la Providencia del Instructor 1 de junio de 2010, es de mero trámite y carente de contenido sancionador y que, en consecuencia, este recurso resulta inadmisibles, sin perjuicio de que las cuestiones alegadas puedan volver a ser planteadas en el momento procesal pertinente y este Consejo entre a valorar su contenido.

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

RESUELVE

UNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L., en relación con la Providencia del instructor del expediente S/0226/10 de 1 de junio de 2010 por la que se incorpora documentación recabada en la sede de Campezo al nuevo procedimiento sancionador al considerar, este Consejo, que no se ha producido ni indefensión ni perjuicio irreparable en derechos o intereses legítimos del recurrente.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, 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.