

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0032/09, Transitarios 6)

CONSEJO

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente
Don Fernando Torremocha y García Sáenz, Vicepresidente
Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero
Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera
Don Julio Costas Comesaña, Consejero
Doña María Jesús González López, Consejera
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 2 de febrero de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo Ponente el Consejero D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0032/09 por la que se resuelve el recurso interpuesto con fecha 27 de noviembre de 2009 por D^a XXX y D. XXX, en nombre y representación de DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L. (en adelante, DHL), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de noviembre de 2009, por el que se procede al cierre de la fase de instrucción, y contra la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación de 23 de noviembre de 2009, en el ámbito del expediente sancionador S/0120/08.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 21 de octubre de 2009 la Dirección de Investigación (en adelante, DI) notificó a DHL, así como al resto de empresas imputadas, el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH), formulado en el expediente S/0120/08, Transitarios, indicando en dicha notificación que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.3 de la LDC y en los artículos 33.1 y 50.5 del RDC, los interesados tenían un plazo de quince días para contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que considerasen pertinentes.

2.- El 29 de octubre de 2009 tuvo entrada en la CNC la solicitud de DHL de prórroga del plazo para presentar alegaciones al PCH, solicitud que fue denegada por la DI por acuerdo de la misma fecha.

3.- DHL presentó sus alegaciones al PCH el 7 de noviembre de 2009 –último día del plazo concedido-, indicando que su respuesta contenía datos confidenciales y secretos comerciales, recalcándolo mediante la leyenda “CONFIDENCIAL” en cada página de las alegaciones, por lo que solicitaba tratamiento confidencial para las mismas. No presentó versión no confidencial de las alegaciones. Posteriormente, el 13 de noviembre de 2009, DHL envió una comunicación, relativa a la confidencialidad de su respuesta al PCH, manifestando que, tras haber examinado minuciosamente la misma, ésta no incluía información confidencial, por lo que la DI podía citarla y referenciarla en la Propuesta de Resolución.

4.- Mediante oficio de 16 de noviembre de 2009, la DI notificó a las empresas imputadas en el PCH que habían solicitado confidencialidad para alegaciones o anexos adjuntos a las mismas el acuerdo adoptado en la misma fecha según el cual la DI, en su Propuesta de Resolución, contestaría únicamente las alegaciones no confidenciales, si bien las confidenciales serían incorporadas al expediente en la correspondiente pieza separada. Por otro lado, y para el caso concreto de las alegaciones presentadas por DHL, la DI señalaba que el hecho de que DHL hubiese comunicado fuera de plazo que las mismas no contenían elementos confidenciales, *“imposibilita a esta Dirección de Investigación la contestación formal de las mismas en la Propuesta de Resolución, lo, que no obsta para que dichas alegaciones, además de ser incorporadas al expediente, puedan ser reproducidas en la fase de tramitación ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin que se deriven, por tanto, indefensión o perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos a la empresa”*. Asimismo, en el mencionado acuerdo, la DI indicaba que, habiendo transcurrido el plazo de 15 días para presentar alegaciones al PCH, procedía al cierre de la fase de instrucción con el fin de redactar la Propuesta de Resolución.

5.- Con fecha 18 de noviembre de 2009, DHL formuló alegaciones al precitado acuerdo de la DI entendiendo que se había producido un error en la valoración de la solicitud de confidencialidad presentada por DHL, ya que la respuesta de DHL al PCH debía ser considerada como no confidencial en su integridad, por lo que las alegaciones contenidas en la misma podían y debían ser contestadas por la DI en la Propuesta de Resolución. DHL argumentaba que la solicitud de confidencialidad para dicha respuesta al PCH se había hecho con una mera finalidad preventiva de protección de sus secretos comerciales hasta que se elaborase una versión no confidencial. DHL consideraba que habiendo confirmado el 13 de noviembre de 2009 que dicha respuesta no contenía ningún dato confidencial, era innecesario preparar una versión no confidencial de la misma. Por ello, entendía que no existía impedimento alguno para que la DI contestase las alegaciones en la Propuesta de Resolución. Finalmente, alegaba que *“La negativa por parte de la DI a*

responder en su Propuesta de Resolución a las alegaciones presentadas por DHL en tiempo y forma constituiría en efecto una violación de los derechos fundamentales de defensa de DHL, ya esta privarían (sic) a dicha empresa de la posibilidad de responder plenamente a los argumentos de la DI en respuesta a las alegaciones de DHL, ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia”.

6.- En su Propuesta de Resolución de 23 de noviembre de 2009, la DI reiteraba lo ya expuesto en el acuerdo de 16 de noviembre de 2009 respecto a la imposibilidad de contestar las alegaciones de DHL y que se ha recogido en el AH 4.

7.- Con fecha 27 de noviembre de 2009, y al amparo del artículo 47.1 LDC, DHL formuló recurso contra la precitada Propuesta de Resolución de la DI por entender que nada en la legislación aplicable impedía a la DI responder a las alegaciones de DHL ya que, por un lado, la DI fue informada de la ausencia de información confidencial con suficiente antelación antes de la expiración de la fase instrucción, toda vez que “*el escrito definitivo de DHL, relativo a la confidencialidad de sus alegaciones se presentó el día 13 de noviembre, es decir, con anterioridad al cierre de la fase de instrucción y de la remisión de la Propuesta de Resolución al Consejo, que fue notificada a las partes el día 17 de noviembre; por lo que dichas alegaciones han de considerarse efectivamente presentadas dentro del plazo de instrucción, y ciertamente antes de la finalización de la Propuesta de Resolución y de su traslado al Consejo*”; y, por otro, la DI habría debido proceder al levantamiento de oficio, total o parcial, de la confidencialidad de las alegaciones de DHL, pues la doctrina del extinto TDC reconocía la posibilidad de levantar la confidencialidad de los datos y documentos que, habiendo sido declarados confidenciales, se considerasen necesarios para la adopción de una decisión.

8.- Conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC, el 2 de diciembre de 2009 la DI remitió informe sobre el recurso en cuestión, en el que concluye que las actuaciones impugnadas no son susceptibles de recurso según lo dispuesto en el artículo 47 LDC, por lo que considera que el recurso debe desestimarse.

9.- El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de de enero de 2010.

10.- Es interesado DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente

DHL promueve el presente recurso contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de noviembre de 2009 y contra la Propuesta de Resolución de la Dirección de

Investigación de 23 de noviembre de 2009 en el ámbito del expediente sancionador S/0120/08, Transitarios.

Considera DHL que el acuerdo de la DI de 16 de noviembre de 2009 procediendo al cierre de la fase de instrucción es gravemente perjudicial para los intereses de dicha empresa, generando una clara situación de indefensión para DHL, al señalarse en dicho acuerdo que las alegaciones presentadas con carácter confidencial por DHL no iban a ser contestadas en la Propuesta de Resolución al haberse remitido fuera del plazo establecido en el artículo 50.3 de la LDC la comunicación de dicha empresa indicando que dichas alegaciones no incluían información confidencial, decisión que se reitera en la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación de 23 de noviembre de 2009, también recurrida.

Entiende el recurrente que *“la mera posibilidad de realizar alegaciones ante el Consejo de la CNC, no es susceptible de subsanar la presente situación de indefensión ya que la Propuesta de Resolución constituye la última instancia escrita en la que CNC como institución articula los fundamentos de hecho y de derecho antes de adoptar una resolución definitiva en la materia por lo que las alegaciones que las partes puedan realizar a la misma resultan fundamentales para su defensa”*.

Asimismo, señala DHL que *“aún en el supuesto de que el Consejo de la CNC accediese a la celebración de una vista, ésta tendría lugar una vez finalizado el período probatorio por lo que en ningún caso la vista sería comparable a la posibilidad de presentar alegaciones y/o proceder a una eventual proposición de prueba durante el trámite de respuesta a la Propuesta de Resolución”*.

Por todo ello, solicita el recurrente que se anule la Propuesta de Resolución y que la DI notifique a DHL una nueva Propuesta de Resolución subsanada, incluyendo la contestación a las alegaciones de DHL al PCH, concediendo nuevo plazo para presentar alegaciones.

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

Como se ha indicado anteriormente (AH 7), el recurso objeto del presente expediente se ha interpuesto al amparo del artículo 47.1 LDC que establece la posibilidad de recurrir las resoluciones y actos de la DI cuando *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*.

Por lo tanto, es necesario examinar si los actos recurridos -el acuerdo de la DI por el que se comunica que las alegaciones presentadas con carácter confidencial por DHL no serán contestadas en la Propuesta de Resolución, procediéndose al cierre de la fase de instrucción, y la misma Propuesta de Resolución-, reúnen los requisitos exigidos en el citado artículo 47 y, en consecuencia, si es admisible el recurso.

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 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”*.

Ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el presente caso 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 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). 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 ni impide, en el caso de existir, su reestablecimiento, por lo que tampoco cabe apreciar la existencia de este requisito.

TERCERO.- Legalidad del acuerdo de la DI de 16 de noviembre de 2009

Por lo que respecta, en primer lugar, al acuerdo de la DI de 16 de noviembre de 2009, dos son las cuestiones que, a la vista de las alegaciones de la empresa recurrente, procede analizar:

1.1.- Sobre el cierre de la fase de instrucción

En lo que afecta a esta primera cuestión, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 33.1 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.

El citado plazo de 15 días para presentar alegaciones y proponer pruebas al PCH había vencido el 7 de noviembre de 2009 (AH 3). Así pues, a partir de ese momento la DI

estaba obligada a declarar el cierre de la fase de instrucción para, seguidamente, proceder a redactar la propuesta de resolución. 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 se indicó expresamente en la notificación de dicho acuerdo a las empresas incoadas y así lo ha declarado el Consejo de la CNC en su 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*".

1.2.- Sobre la decisión de considerar confidenciales las alegaciones de DHL y no reproducirlas ni contestarlas en la Propuesta de Resolución

Como se ha dicho, junto con la declaración de cierre de la fase de instrucción, el otro pronunciamiento que se efectúa en el acuerdo cuestionado es la comunicación a DHL de que en la Propuesta de Resolución no se iban a contestar sus alegaciones al PCH, para las que había solicitado la confidencialidad. Dicha decisión se funda en que la petición efectuada el 13 de noviembre de 2009, por la que se modificaba su solicitud indicando que las mismas no incluían información confidencial, se había realizado fuera del plazo de 15 días concedido para alegaciones al PCH. Es preciso, por tanto, examinar si esta decisión de la DI, como aduce el recurrente, le ha supuesto indefensión o perjuicio irreparable.

1.2.1 Preclusión del plazo para presentar alegaciones al PCH

El artículo 35 RDC configura como preclusivo el plazo de 15 días para efectuar alegaciones al PCH, de manera que toda otra manifestación del imputado efectuada con posterioridad no puede ser tenida en cuenta por la DI, pues así lo impone la norma. A este respecto, cabe citar la Resolución del Consejo de la CNC de 21 de marzo de 2009 (Expte. R/0019/09, Asociación de Fabricantes de Helados) que, en un caso muy parecido al que nos ocupa, considera conforme a la legislación aplicable la decisión de la DI al no proceder a la valoración de un escrito -presentado fuera de plazo concedido para presentar alegaciones al PCH- en el que el interesado solicitaba la declaración de confidencialidad para determinados documentos anexos a las alegaciones que anteriormente había presentado al PCH, además de que ya se había cerrado la fase de instrucción.

El recurrente invoca en su recurso esta Resolución para apoyar *-sensu contrario-* su alegación relativa a que su escrito de 13 de noviembre debía admitirse puesto que se

presentó dentro del plazo de instrucción (ver AH 7), olvidando que, en la mencionada Resolución, el argumento del Consejo de la CNC para confirmar la decisión de la DI y tachar de extemporáneo el escrito solicitando la confidencialidad era su presentación fuera del plazo de alegaciones al PCH –pues a éstas se refería-, no siendo el hecho de que se hubiera cerrado ya la fase de instrucción sino un elemento más que evidenciaba aún más esa extemporaneidad.

En el caso que nos ocupa, la situación es similar: alegaciones confidenciales presentadas al PCH para las que, posteriormente, vencido el plazo, se solicita el levantamiento de la confidencialidad. En este caso, la declaración de cierre de la fase de instrucción se produce después de esta última solicitud, pero esto en nada altera el hecho de que el elemento rector de la situación sea que el plazo en el que podría haberse presentado validamente dicha solicitud ha vencido, por lo que, conforme a la norma y a la doctrina citada del Consejo de la CNC, debe calificarse de extemporánea y, por tanto, no tenerse en cuenta por la DI, como así ha sucedido.

En cualquier caso, la no consideración de la solicitud formulada de levantamiento de confidencialidad no puede ocasionar ningún tipo de indefensión a DHL, puesto que tal petición puede ser reiterada en las alegaciones a la Propuesta de Resolución y ante el Consejo en la fase de resolución.

Por otro lado, no debe olvidarse que el Consejo, como órgano resolutorio, debe tomar en consideración, para formar adecuadamente su voluntad, la totalidad de la documentación aportada al expediente y que, como resulta evidente, dentro de tal documentación se encuentran las alegaciones presentadas por DLH a lo largo del procedimiento sancionador en cuestión, tanto en la fase resolutoria como en la instructora, por lo que tampoco desde esta perspectiva puede haber indefensión.

1.2.2.- Imposibilidad de contestar las alegaciones confidenciales en la Propuesta de Resolución

Considera el Consejo, compartiendo plenamente el criterio mantenido por la DI en su acuerdo de 16 de noviembre de 2009, que la consecuencia de la extemporaneidad de la solicitud de alzamiento de la confidencialidad es que las alegaciones confidenciales inicialmente presentadas mantienen este carácter y no son contestadas en la Propuesta de Resolución. A este respecto, resulta enormemente clarificador el pronunciamiento del Consejo de la CNC en la repetida Resolución de 21 de marzo de 2009 (subrayado propio):

“...no termina de comprender este Consejo el motivo por el que la Asociación recurrente alega indefensión material por no responder a las alegaciones formuladas al PCH cuando fue ella misma la que, sin margen a error en la interpretación, solicitó la declaración de confidencialidad, con lo que dicha

declaración implica, sin presentar versión censurada de tal escrito dentro del plazo legalmente establecido. En este sentido, la recurrente debe ser consciente de que la declaración de confidencialidad determina la tramitación de la documentación a la que afecta en pieza separada y que, por lo tanto, tales alegaciones no pueden ser reproducidas ni contestadas en la PR, puesto que, como resulta evidente, ello supondría una manifiesta vulneración de dicha confidencialidad, no pudiendo esa conducta ser exigida a la CNC, cuya actuación se encuentra sometida al principio de legalidad, ex artículo 103 de la Constitución Española. (...)”.

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 LDC y 34.1 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 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 75/2007 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 95/2007, 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”.

Por lo tanto, el acuerdo de la DI de 16 de noviembre de 2009 es totalmente acorde con las previsiones establecidas al respecto por la normativa reguladora de la materia, debiendo ser inadmitido el recurso en lo que a su impugnación respecta.

CUARTO.- La Propuesta de Resolución de 23 de noviembre de 2009 ha examinado y valorado las alegaciones de DHL

Respecto a éste segundo de los actos impugnados, donde la DI reitera la decisión de no contestar las alegaciones de DHL al PCH, le resultan aplicables los argumentos hasta ahora expuestos respecto al acuerdo de 16 de noviembre de 2009, lo que debiera conducir a su inadmisión sin mayores consideraciones.

No obstante, debe añadirse a lo ya expuesto que en la Propuesta de Resolución, la DI ha valorado, a efectos de fundar la calificación de la conducta infractora, las alegaciones formuladas por la recurrente y que, como se ha expuesto previamente, tenían carácter confidencial. Así se indica en dicha Propuesta (apdo. 40), señalando que “...*las alegaciones presentadas por DHL han sido examinadas por la DI y, en la medida en que se refieren con carácter general a la valoración del material probatorio, puede concluirse que ninguna de ellas desvirtúa las conclusiones alcanzadas en el PCH. Es por ello que esta DI reitera el contenido de todo lo expuesto en el PCH en relación con la participación de DHL en este cártel,...*”.

Es decir, que no obstante la decisión de la DI de no reproducir ni contestar pormenorizadamente las alegaciones de DHL, éstas han sido incorporadas al expediente, examinadas y, como también se recoge en el informe de la DI relativo al recurso, se han tenido en cuenta a la hora de apreciar circunstancias atenuantes en la Propuesta de Resolución. Difícilmente se puede apreciar la concurrencia de alguno de los vicios del artículo 47 de la LDC teniendo en cuenta la apreciación que acabamos de efectuar.

En efecto, este Consejo no puede acoger la alegación de indefensión aducida por el recurrente, ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 71/1984 y 64/1986), “*la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 CE, es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte*”, subrayando que “*no se da indefensión cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*”. Y es evidente que esa posibilidad de defensa existe, por lo que en modo alguno puede apreciarse indefensión.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, es decir, que el acto recurrido pueda ocasionar perjuicio irreparable, la ausencia de alegación al respecto por parte del recurrente hace innecesario cualquier pronunciamiento al respecto por parte de este Consejo.

En conclusión, el Consejo de la CNC entiende que debe ser inadmitido el recurso examinado en la presente resolución puesto que, como se ha razonado a lo largo del presente fundamento, los actos en cuestión no ha generado situación de indefensión para la empresa afectada ni causa perjuicios irreparables a sus derechos o intereses legítimos como ha quedado fehacientemente demostrado de los hechos y argumentos anteriormente expuestos.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por los representantes de DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de noviembre de 2009 y contra la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación de 23 de noviembre de 2009 en el ámbito del expediente sancionador S/0120/08, Transitarios, que se instruye contra dicha entidad.

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.