



RESOLUCIÓN (Expte. R/0044/10, IBERDROLA)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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

En Madrid, a 2 de junio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a. María Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0044/10, IBERDROLA, S.A., por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 5 de mayo de 2010 por la representación IBERDROLA, S.A. (en adelante, IBERDROLA), contra el Acuerdo de la Directora de Investigación de 30 de abril de 2010 por el que se amplía a IBERDROLA la incoación del expediente sancionador S/0159/09, por suponer una irregularidad procedimental generadora de indefensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de junio de 2009 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante DI) incoó el expediente sancionador S/0159/09 contra varias compañías de distribución eléctrica; Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., Hidrocantábrico Distribución, S.A.U., Unión Fenosa Distribución, S.A. y E.ON Distribución, S.L. por posible infracción de los artículos 1 LDC y 81 TCE consistente en un acuerdo para dificultar la gestión de traspasos de clientes y su captación por comercializadoras independientes que tendría por objeto restringir o falsear la competencia en el mercado nacional de suministro de electricidad.
2. Los días 5 y 6 de noviembre de 2009 la DI realizó una investigación domiciliaria en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (en adelante UNESA).



3. El 4 de febrero de 2010, a la vista de la información recabada en la citada investigación domiciliaria de la sede de UNESA, la DI amplió el ámbito subjetivo y objetivo del expediente sancionador S/0159/09 ampliando la incoación a otro posible responsable y la conducta objeto del expediente a *“una posible infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la existencia de una estrategia de coordinación en el sector eléctrico tendente, entre otros, a la obstaculización del cambio de suministrador de electricidad”*.
4. El 30 de abril de 2010 la DI notificó a IBERDROLA, S.A. la ampliación del acuerdo de incoación del expediente S/0159/09 a dicha empresa, entre otras, por la posible participación de la misma en las prácticas anticompetitivas investigadas.
5. El 6 de mayo de 2010 tiene entrada en el registro de la CNC el recurso interpuesto por D. Andrés Campaña Ávila en nombre y representación de IBERDROLA contra el acuerdo de ampliación de la incoación del expediente sancionador de la DI de 4 de febrero de 2010.
6. Conforme a lo establecido en el artículo 24 RDC, se remitió copia del recurso a la DI para que emitiera informe al respecto. La DI informó sobre dicho recurso el 11 de mayo de 2010 proponiendo la desestimación del mismo *“en la medida en que el citado acto recurrido, en cuanto acto de trámite, no es susceptible de recurso y, por tanto, no procede la admisión del recurso interpuesto, sin que en ningún supuesto se haya producido indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de IBERDROLA.*
7. Con fecha 6 de mayo de 2010 se notificó el Pliego de Concreción de Hechos a IBERDROLA, concediéndole un plazo de 15 días para formular alegaciones y proponer pruebas. Además la recurrente ha solicitado una ampliación del plazo para contestar de 7 días adicionales que ha sido concedido por la DI.
8. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de mayo de 2010.
9. Es interesada IBERDROLA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

IBERDROLA se ampara en el artículo 47 LDC para interponer su recurso. El Consejo debe resolver, por tanto, si el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 4 de febrero de 2010, por el cual se amplía subjetivamente a IBERDROLA la incoación del expediente sancionador S/0159/09, UNESA, por posibles prácticas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reúne las características exigidas en dicho precepto para ser considerado recurrible y, por tanto, admisible.



A este respecto el recurso se fundamenta en tres alegaciones:

1/ En la primera alegación, se argumenta que el recurso es admisible porque el acuerdo de ampliación de la iniciación de un expediente sancionador *“no es un acto de trámite, sino un acto recurrible con arreglo al artículo 47 LDC, en la medida en que determina el nacimiento de los derechos de defensa de la parte contra la que se dirige”*.

Considera la recurrente, que el derecho de defensa de los interesados en un expediente existe desde el momento de su incoación si con arreglo al artículo 47.1 LDC producen indefensión, citando, en apoyo de esta tesis, cierta jurisprudencia constitucional referida al artículo 24 CE. A este respecto añade que la falta de precisión en el acuerdo de ampliación de la incoación que se recurre respecto a los hechos objeto del procedimiento genera indefensión a IBERDROLA, argumento que desarrolla en su segunda alegación.

2/ En segundo lugar, la recurrente afirma que la falta de precisión en el acuerdo de ampliación del expediente respecto de los hechos objeto del procedimiento sancionador genera indefensión a IBERDROLA, en el sentido establecido por el artículo 47.1 LDC *“dado que, como ha señalado la jurisprudencia constitucional citada el conocimiento preciso de los concretos hechos o conducta objeto de investigación, desde el momento de la apertura del expediente sancionador y concesión a los interesados de la posibilidad de formular alegaciones, es parte inherente de las garantías de defensa del sujeto sometido a un procedimiento administrativo sancionador- en la medida en que constituye una condición si ne qua non para su ejercicio-, la formulación genérica y abstracta de la conducta en el acuerdo de incoación del expediente infringe el derecho de defensa del interesado del artículo 24 de la Constitución”*.

3/ Por último, considera la recurrente que la decisión de ampliación del expediente a IBERDROLA es injustificada por ser arbitraria. La supuesta arbitrariedad de dicha ampliación consistiría en que se acordó diez meses y medio después de la incoación del expediente sancionador.

Por todo ello la recurrente solicita al Consejo de la CNC la admisión del recurso, su estimación y que se declare la nulidad del acuerdo de ampliación a IBERDROLA, S.A. del expediente sancionador S/0159/09.

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”*.

Del informe de la DI se desprende que el recurso contra la ampliación del expediente sancionador S/0159/09 a IBERDROLA ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 47 de la Ley 15/2007. 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.

Considera IBERDROLA que el Acuerdo de Ampliación que le ha sido notificado por la Dirección de Investigación constituye un acto administrativo que genera indefensión en el sentido de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, sin aludir en ningún momento a un perjuicio irreparable a sus derechos o intereses legítimos. Por ello se analiza seguidamente si los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo por IBERDROLA acreditan la indefensión alegada.

1/ Recurribilidad del acuerdo de incoación

En una primera alegación, IBERDROLA argumenta que el recurso es admisible porque el acuerdo de ampliación de la iniciación de un expediente sancionador *“no es un acto de trámite, sino un acto recurrible con arreglo al artículo 47 LDC, en la medida en que determina el nacimiento de los derechos de defensa de la parte contra la que se dirige”*.

Para IBERDROLA la doctrina del Tribunal Constitucional que cita en su escrito de recurso confirma *“con claridad que el nacimiento de un expediente administrativo sancionador lleva consigo, como contrapartida para el interesado objeto de éste, la obligación de la Administración incoadora de respetar el derecho de defensa del interesado, permitiéndole un ejercicio adecuado del mismo”*.

Como se ha advertido, este Consejo, al igual que el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, ha defendido en sus resoluciones que la mera incoación de un expediente es un acto de trámite no recurrible. Baste de ejemplo de esta doctrina el Fundamento Jurídico Segundo de la Resolución del TDC de 21 de diciembre de 2004 (expediente r 641/04 v, Unión Fenosa) donde se señala que *“a la precedente conclusión no obsta la línea argumental de la recurrente, relativa a la aplicación en este caso del artículo 47 de la Ley 16/1989, por analogía con el artículo 107 de la Ley 30/1992, porque no concurren en este recurso los requisitos establecidos en el mencionado precepto. En efecto, el artículo 47 citado, faculta a los interesados para interponer recurso contra las resoluciones y actos de trámite, siempre que éstos determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Analizada la Providencia recurrida en presencia de los parámetros indicados, es evidente que el acto impugnado ordena únicamente y exclusivamente la incoación del expediente sancionador y, a esta sola decisión está ordenado el resto del proveído, pero no decide el fondo del asunto, ni directa ni indirectamente, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, porque precisamente ordena su apertura, y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, sino que a lo largo del mismo, junto a los trámites previstos en la regulación legal del procediendo, permite a la parte recurrente manifestar todo lo que a su derecho convenga, con propuesta de los idóneos medios probatorios. En definitiva, el acto de iniciación del expediente no se encuentra entre aquellos actos del Servicio que, según el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, son susceptibles de recurso ante el Tribunal”*.



Respecto a la inimpugnabilidad de los acuerdos de incoación existe una copiosa jurisprudencia de la que son reflejo, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 mayo 1999 y de 2 de abril de 2001. En esta última, se declara con meridiana nitidez que el acto de incoación, como acto de trámite, *“no es susceptible de impugnación autónoma, esto es, antes y separadamente de la que más tarde pudiera deducirse contra la resolución que ponga término al expediente [...], pues la incoación, en sí misma, no determina, como es obvio, la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino lo contrario, no decide directa o indirectamente el fondo del asunto y no produce indefensión”*.

La argumentación de IBERDROLA, apoyada en citas de jurisprudencia constitucional, en nada contradice la interpretación expuesta. La consideración de que el acuerdo de ampliación de la incoación *“determina el nacimiento de los derechos de defensa de la parte contra la que se dirige”* no desvirtúa la condición de acto de trámite referida al acuerdo de incoación (o a su ampliación) no susceptible de recurso. El presupuesto indispensable para la impugnación de un acto de la Dirección de Investigación en aplicación del artículo 47 de la LDC no es que del mismo derive el primer ejercicio de posibles derechos de defensa sino que el acto recurrido produzca efectiva y real indefensión, lo que no resulta posible, salvo en casos excepcionales, en los actos de trámite por las razones expuestas por el antiguo TDC.

La imposibilidad de recurrir actos de trámite sin efectivo contenido sancionador ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, que considera que la vulneración del artículo 24 de la Constitución no puede invocarse en relación a meros actos de trámite, aunque estos se dicten en el marco de un procedimiento sancionador. Así, en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo 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 Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el Acuerdo de la DI de 4 de febrero de 2010, pues, como resulta evidente, el acto de ampliación de la incoación examinado no es definitivo ni resuelve el procedimiento sancionador sino que, por el contrario, lo inicia, permitiendo a la recurrente, a partir de dicho momento, ejercitar con todas las garantías su derecho de defensa.

2/ Falta de concreción de los hechos en el acuerdo de ampliación

Pasando a examinar la segunda alegación, es decir, la relativa a que la falta de precisión en el acuerdo de ampliación de la incoación que se recurre respecto a los hechos objeto del procedimiento genera indefensión a IBERDROLA, el Consejo no puede en modo alguno compartir la argumentación contenida en el escrito de recurso en la medida en que, conforme a la normativa de defensa de la



competencia, no es en el acuerdo de ampliación donde se debe concretar los hechos que constituyen infracción administrativa y su concreta imputación a un administrado, sino que es en el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

En efecto, conforme al artículo 50.3 de la LDC, si la Dirección de Investigación considera que determinados hechos pueden ser constitutivos de una infracción administrativa, su fijación e imputación al presunto responsable debe realizarse en el PCH. En el presente caso, según se recoge en los antecedentes de hecho, dicha imputación ha tenido lugar el pasado 6 de mayo de 2010, de suerte que a partir de ese momento ha pasado a conocer con exactitud los cargos de los que debe defenderse, gozando para ejercitar su derecho de defensa de los distintos instrumentos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a todo imputado en un procedimiento sancionador.

Otra circunstancia que no debe pasarse por alto a la hora de examinar el acto recurrido es que, en este caso, el acuerdo de ampliación de la incoación no es sino un acuerdo de incoación de un expediente sancionador a una empresa dictado con posterioridad a su iniciación. Desde esta perspectiva, el acuerdo de la Dirección de Investigación de 4 de febrero de 2010, es todo lo concreto que nuestra normativa le permite en la medida en que su contenido se ajusta a lo exigido por los artículos 49 de la LDC y 28 del RDC.

En efecto, además de indicar como antecedentes los acuerdos de incoación de 24 de junio de 2009 y de ampliación de la incoación de 4 de febrero de 2010, el acuerdo impugnado señala expresamente el motivo de la ampliación y se describen los preceptos infringidos (artículos 1 LDC y 101 TFUE), la supuesta conducta anticompetitiva (*“una estrategia de coordinación en el sector eléctrico tendente, entre otros, a la obstaculización del cambio de suministrador de electricidad”*) y los supuestos sujetos infractores, entre ellos, IBERDROLA.

En definitiva, el Consejo concluye que no existe vulneración alguna del artículo 24 de la Constitución, habiendo tenido IBERDROLA conocimiento suficiente de la potencial conducta anticompetitiva objeto de investigación ya con la notificación del Acuerdo de ampliación, y ello sin perjuicio de que, conocida su imputación a través del PCH, goce de todas las garantías para un adecuado ejercicio de su derecho de defensa.

3/ Carácter arbitrario de la incoación

La recurrente alega, en último lugar, que el acuerdo recurrido le causa indefensión por su carácter arbitrario derivado del momento procesal en el que se ha producido, esto es, diez meses y medio desde la incoación del expediente sancionador y seis meses después de que se obtuviera la información en la inspección de UNESA de la que se habrían derivado los indicios para ampliar la incoación a IBERDROLA.

A este respecto, la única previsión existente es la contenida en el artículo 29 del RDC, en el que se señala que la ampliación se podrá realizar *“en el curso de la instrucción”*, sin establecer ningún otro tipo de limitación. Desde esta perspectiva, parece razonable que el órgano instructor acuerde la ampliación cuando, como ha ocurrido en este caso, disponga de indicios claros que se lo permitan, sin más



limite que el que dicha ampliación se realice en la fase de instrucción y que, con posterioridad, el incoado se pueda ejercitar, en toda su extensión, el derecho de defensa que le asiste.

En este sentido, el hecho de que la ampliación se haya producido transcurridos diez meses y medio desde la incoación del expediente sancionador en modo alguno afecta al derecho de defensa siempre que se respeten las garantías de todo procedimiento sancionador, es decir, a ser informado de los hechos que se le imputan a través del PCH, a poder formular alegaciones y a proponer pruebas de descargo que estime oportunas. Todas estas actuaciones, posteriores a la aquí examinada, no pueden ser enjuiciadas en el presente recurso ni empleadas como parámetro para enjuiciar la legalidad del acto recurrido.

Por todo ello no cabe sino inadmitir el recurso dado que la ampliación del acuerdo de incoación del expediente sancionador es un acto de trámite no recurrible, de conformidad con el artículo 47 LDC, que no produce indefensión ni perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos puesto que no vincula a este Consejo respecto al sentido de la Resolución definitiva y no impide al imputado alegar en su defensa lo que estime pertinente.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por IBERDROLA, S.A. contra la Resolución de la Directora de Investigación de 30 de abril de 2010 por la que se amplía a IBERDROLA, S.A., entre otras empresas, la incoación del expediente sancionador S/0159/09, UNESA.

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.