

RESOLUCIÓN (Expte. R/0037/10, PRODUCTORES UVA Y MOSTO JEREZ)

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 29 de marzo 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. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0037/10, PRODUCTORES DE UVA Y MOSTO DE JEREZ, en el que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 2 de marzo de 2010 por la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (en adelante, FEDEJEREZ), en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra el Acuerdo de la Directora de Investigación de 17 de febrero de 2010 de incoación de expediente sancionador por posibles prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 16 de julio de 2008 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante DI) llevó a cabo, en el marco del expediente sancionador S/0091/08 Vino de Jerez, una inspección en la sede de FEDEJEREZ contra la que se había incoado el mencionado expediente. La Orden de Investigación hacía referencia a posibles acuerdos para la fijación, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, y acuerdos de reparto de mercado en el sector del vino fino de Jerez dedicado a la exportación.
2. El 23 de febrero de 2009 la DI notificó a la Abogacía del Estado en Cádiz que determinada documentación recabada en la inspección podría contener indicios de otra infracción por lo que se inician diligencias previas aportando copia de dichos documentos.

3. El 16 de marzo de 2009 se notificó a FEDEJEREZ el inicio de una información reservada (DP/035/08) a la que se incorporan dichos documentos de conformidad con el artículo 49.2 LDC.
4. El 3 de julio de 2009 FEDEJEREZ comunicó a la DI que ninguno de los documentos aportados a las diligencias previas debía ser considerado confidencial.
5. Al analizar la información obtenida en la inspección la DI consideró que se desprendían de ella indicios racionales de la comisión de una infracción a la LDC, por lo que, el 17 de febrero de 2010 la Dirección de Investigación acordó, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, la incoación de expediente sancionador por posibles prácticas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en un acuerdo de fijación de precios en el mercado de la uva y mosto de Jerez contra la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), la Unión de Agricultores y Ganaderos de Andalucía (UAGACOAG), la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), AECОВI, la Asociación de Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN) y el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez S/0167/09 Productores Uva y Mosto de Jerez.
6. El 18 de febrero de 2010 se notificó el acuerdo de incoación a FEDEJEREZ por fax, sin que se acuse recibo del mismo por lo que se procedió a notificar dicho acuerdo por correo certificado el 22 de febrero de 2010. El 25 de febrero de 2010 el representante legal de FEDEJEREZ se personó en la CNC para tomar vista del expediente firmando el acuse de recibo del acuerdo de incoación y siéndole notificado un requerimiento de información.
7. Con fecha 2 de marzo de 2010 tuvo entrada recurso interpuesto por correo administrativo el 27 de febrero de 2010 por FEDEJEREZ al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el acuerdo de incoación de la DI. Además se recibe en esa misma fecha otro escrito de FEDEJEREZ en el que solicita a la DI la suspensión de todos los plazos en relación con el expediente hasta la resolución del recurso y la confidencialidad de la información obrante en el expediente sancionador.
8. Conforme a lo establecido en el artículo 24 RDC, el mismo 2 de marzo se remitió copia del recurso a la DI para que emitiera informe al respecto.
9. El 9 de marzo de 2010 la DI contestó al escrito de FEDEJEREZ manifestando que considera justificada la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento hasta que no se resuelva el recurso presentado ante el Consejo de la CNC, sin que ello suponga, conforme al artículo 37.3 LDC, la suspensión de la tramitación del procedimiento. Y, respecto a la confidencialidad de la documentación, se manifiesta que fue la propia recurrente quien puso de manifiesto la no confidencialidad de la

documentación aportada al expediente, no obstante se le concede plazo para que motive su petición y adjunte versión no confidencial de los documentos.

10. El 9 de marzo de 2010 la DI ha dado traslado al Consejo del informe de la DI junto con copia de una serie de antecedentes del expediente sancionador cuya incoación se recurre.
11. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de diecisiete de marzo de 2010.
12. Es interesada la FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ (FEDEJEREZ).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

FEDEJEREZ interpone su recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). El Consejo debe resolver, por tanto, si el Acuerdo de la DI de 17 de febrero de 2010, por el cual se incoa expediente sancionador S/0167/09, Productores de uva y mosto de Jerez, por posibles prácticas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 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 dos alegaciones:

1. En primer lugar se alega la violación del artículo 18.2 de la Constitución, que establece el derecho a la inviolabilidad del domicilio, prohibiendo la entrada en el domicilio sin el consentimiento de su titular o la correspondiente autorización judicial, y se solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo de incoación de la DI del expediente sancionador S/0167/09, Productores de uva y mosto de Jerez.

Los argumentos presentados por la recurrente se basan en la llamada doctrina de la “*fruta del árbol envenenado*” que se extrae de la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, interpuesto por la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STAMPA), en el Recurso 3/2008, procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales, que considera irregular la aprehensión en una inspección de copia de documentos relativos a sectores distintos de aquellos para los que fue dictada la Orden de Investigación y, en su caso, la autorización judicial.

2. En segundo lugar la recurrente alega la violación del artículo 9 de la Constitución en relación con al Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia de defensa de la competencia.

Considera la asociación recurrente que el mercado objeto del expediente es el de la uva y mosto de Jerez, materias primas de la Denominación de Origen de Jerez, indisolublemente ligadas a un territorio muy concreto que se circunscribe a la comarca de Jerez por lo que la DI en ningún caso debería haber incoado expediente sancionador por manifiesta falta de competencia territorial para conocer del asunto.

En este sentido, entiende FEDEJEREZ que la DI, al conocer del citado expediente, vulnera la Ley 1/2002 que fue promulgada a consecuencia de la sentencia del TC de 11 de noviembre de 1999, lo que explícitamente lleva a vulnerar los principios de seguridad jurídica y legalidad consagrados en el artículo 9 de la CE, así como el artículo 103.1 que dispone que la Administración Pública está sometida plenamente a la Ley y al Derecho.

Por ello solicita al Consejo que, alternativamente a la petición de declaración de nulidad del acuerdo de incoación, declare la incompetencia de la DI para conocer del expediente sancionador número S/0167/09.

3. Así mismo en el Primer Otrosí se solicita la suspensión cautelar del procedimiento sancionador en tanto en cuanto el Consejo de la CNC no resuelva el recurso.

4. En el Segundo Otrosí se solicita que se tenga como confidencial la totalidad de la documentación de FEDEJEREZ que obra en las actuaciones.

Se analizan seguidamente los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo.

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 incoación del expediente sancionador S/0167/09 por parte de la DI 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.

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, el acto de incoación examinado no es definitivo ni resuelve el procedimiento sancionador sino que, por el contrario, lo inicia, 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, la recurrente invoca el artículo 47 LDC para fundamentar su recurso y alega la violación de los artículos 18 y 9 de la Constitución pero sin acreditar cuál es la situación de indefensión y el perjuicio irreparable que le causa la incoación de un expediente sancionador en el que tendrá ocasión de defenderse y del que se desconoce su final. La recurrente se limita a realizar alegaciones genéricas de posibles infracciones a los citados artículos de la Constitución, sin concretar en qué forma se materializaría la indefensión apuntada o el perjuicio irreparable a un derecho o interés legítimo. Cabe recordar que, 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). Todo ello haría innecesario cualquier pronunciamiento adicional al respecto por parte de este Consejo pero, dado que, como se examinara, tampoco puede acreditarse la vulneración de los derechos constitucionales alegados, debe inadmitirse en todo caso el recurso al no apreciar perjuicio irreparable ni de indefensión.

Ausencia de vulneración del artículo 18.2 de la Constitución

En cualquier caso, entrando a examinar la alegación de violación del artículo 18.2 de la Constitución, deben efectuarse las siguientes consideraciones en concordancia con la doctrina de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

En primer término hay que destacar que la Sentencia dictada en el ámbito del recurso 3/2008 interpuesto por la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA) por el procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales citada por el

recurrente en su escrito no es firme puesto que la Abogacía del Estado, en representación de la CNC, ha manifestado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional su intención de recurrirla en casación por entender que la misma no es ajustada a derecho.

Además, en cualquier caso, la doctrina expresada por la Audiencia Nacional en la citada sentencia no resulta aplicable al presente caso puesto que la documentación recabada en la inspección a FEDEJEREZ, conforme al artículo 40.2 LDC, está directamente relacionada con el objeto de la inspección que consta en la Orden de Investigación y en el Auto judicial de 11 de julio de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Jerez de la Frontera para el ejercicio de las facultades de inspección establecidas en el artículo 40 LDC.

En efecto, la documentación recabada en la inspección, conforme a la citada Orden de Investigación, se refiere a posibles acuerdos para la fijación, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, y acuerdos de reparto de mercado en el sector del vino fino de Jerez dedicado a la exportación. De esta manera la orden de investigación abarca todos los posibles acuerdos tomados en el marco de Jerez, pudiendo englobar cualquier fase de la producción, comercialización y exportación del vino de Jerez.

A este respecto el artículo 40.5 LDC establece que la documentación recabada en una inspección sólo podrá ser utilizada para las finalidades previstas en dicha Ley. No obstante, es la propia LDC la que autoriza la utilización de la información obtenida en un procedimiento en otro procedimiento de investigación, siempre dentro del ámbito de aplicación de la LDC. En estos casos se procederá bien a iniciar una información reservada, al amparo del artículo 49.2 LDC, o bien a la incoación de un expediente sancionador al amparo del artículo 49.1 LDC.

El Consejo de la CNC en su resolución de 3 de octubre de 2008 (expediente R/004/08 CP España) coincidiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que *“dado el carácter perentorio de la inspección y la imposibilidad de examinar uno por uno todos y cada uno de los documentos copiados y delimitar qué es lo que afecta o no a la investigación, la revisión posterior de los documentos previamente seleccionados por el equipo de inspección en base a criterios específicos de búsqueda, en modo alguno atenta contra el derecho de defensa ni produce perjuicio irreparable a la empresa”*. Por todo ello, se debe concluir que no se ha violado el derecho garantizado por el artículo 18.2 CE porque que la documentación se recabó con todas las garantías que establece la Constitución, la LDC y la jurisprudencia del TS y TJUE. La entrada está amparada por una autorización judicial; no se recabó documentación ajena al objeto de la Orden de Investigación.

Es más, en su escrito la recurrente se limita a reproducir los fundamentos de derecho de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 sin exponer argumento alguno -ni mucho menos acreditar- por qué la documentación recogida e incorporada al nuevo expediente se encuentra fuera del objeto de la inspección realizada el 16 de julio de 2008.

En cualquier caso en la incoación del nuevo expediente sancionador se ha garantizado en el nuevo procedimiento el derecho de defensa sin que el recurrente haya sufrido indefensión ni perjuicio irreparable ya que la CNC ha respetado al máximo las garantías procedimentales aplicables al caso. En primer lugar ha informado al juez que autorizó la entrada en la sede de FEDEJEREZ de su intención de utilizar los datos recabados en la inspección para un nuevo procedimiento relacionado con el objeto de la investigación. Igualmente ha notificado a FEDEJEREZ la incorporación de la citada documentación a las Diligencias Previas DP 035/08, dándole plazo para presentar alegaciones y manifestar su postura al respecto, ejerciendo su derecho de defensa.

En suma, la utilización de la información obtenida en un nuevo expediente se encuentra justificada por el interés público encomendado a la CNC al perseguir una posible conducta restrictiva de la competencia tipificada como infracción en la LDC. Al mismo tiempo se ha respetado el derecho de defensa de FEDEJEREZ, puesto que se han observado las garantías procesales necesarias para que la recurrente pudiera alegar lo que considerase necesario al mismo tiempo que se ponía en conocimiento del Juez que autorizó la inspección de la utilización de la información recabada en un nuevo procedimiento relacionado con el objeto de la investigación. En el ámbito comunitario estas son las garantías procesales exigidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 17 de octubre de 1998, admitiendo la utilización de información obtenida en un procedimiento para incoar un procedimiento distinto siempre que se le notifique el nuevo procedimiento a la empresa y se le de la oportunidad para alegar.

Inexistencia de violación del artículo 9 de la Constitución

En segundo lugar la recurrente alega la violación del artículo 9 de la Constitución en relación con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, por falta de competencia de la DI para incoar el expediente sancionador S/0167/09 Productores de uva y mosto de Jerez.

Como consta en el informe de la DI “a la vista de la información reservada DP 035/09, se han deducido indicios racionales de la comisión de una infracción consistente en un acuerdo de fijación de precios en el mercado de la uva y mosto de Jerez, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, se ha acordado la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por su posible afectación del comercio intracomunitario”

Hay que reiterar de nuevo, como se ha advertido al respecto, que la incoación de expedientes sancionadores por parte de la DI no producen indefensión ni perjuicio irreparable por si mismos, pues precisamente inician un procedimiento en el que se da la oportunidad al imputado para defenderse alegando lo que en derecho más le convenga. Por ello corresponde a la recurrente argumentar por qué dicha incoación le causa indefensión o daño irreparable.

La recurrente alega la falta de competencia de la DI para incoar el expediente, al considerar que la conducta investigada se circunscribe al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Andaluza. Por el contrario la DI considera que la posible infracción podría afectar al mercado intracomunitario de vino de Jerez, resultando de aplicación el artículo 101 del TFUE, lo que determina que el órgano competente para tramitar y resolver el expediente sea o bien la CNC o bien la Comisión Europea, según cual sea el órgano mejor situado para realizar la instrucción del expediente de acuerdo con los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia y el Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. De acuerdo con lo previsto en las disposiciones citadas, la DI se considera como el órgano mejor situado para instruir el expediente. Sin embargo, dicha incoación ha sido comunicada a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, por tratarse de una actuación iniciada de oficio por la CNC que se refiere a conductas que afectan a la Comunidad Autónoma de Andalucía, conforme a la Disposición Adicional Décima de la LDC, que modifica la Ley 1/2002, de 21 de febrero.

La incoación del expediente sancionador por la CNC de por sí no provoca por esta causa indefensión ni perjuicio irreparable en el recurrente. Incluso si, en aplicación de la normativa resultara que la instrucción y resolución del asunto no corresponde a la CNC sino a otra autoridad de competencia, esta no supondría la anulación de lo actuado por parte de la DI sino su traslado a la Autoridad competente.

En todo caso, no corresponde a este Consejo mediante el recurso previsto en el artículo 47 de la LDC determinar la sede administrativa de instrucción y resolución del expediente principal. Por tanto, se debe desestimar la segunda alegación, según la cual la incoación del expediente sancionador de autos viola el artículo 9 de la Constitución en relación con la Ley 1/2002, de 21 de febrero.

En conclusión, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de FEDEJEREZ.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

TERCERO.- Inadmisión de las solicitudes obrantes en otrosí.

Como consecuencia de la inadmisión del recurso por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 47 LDC se deriva la improcedencia de entrar a conocer de la solicitud de suspensión del procedimiento y la declaración de confidencialidad de la documentación obrante en el expediente.

Dichas cuestiones se deben resolver dentro del procedimiento principal que instruye la DI y conforme a los procedimientos habilitados en la normativa aplicable, constando además que el recurrente ya ha cursado a la DI su solicitud sobre tales extremos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **ELCONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por el representante de la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ) contra la Resolución de la Directora de Investigación de 17 de febrero de 2010 por la que se incoa el expediente sancionador S/0167/09, Productores de Uva y Mosto de Jerez.

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.