



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/019/16, SURGYPS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 17 de marzo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/019/16, SURGYPS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SURGYPS, S.A. (SURGYPS) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia (DC), de 22 de febrero de 2016, por la que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/DC/0525/14.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de diciembre de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia incoó el expediente sancionador S/DC/0525/14 en los mercados de fabricación de cemento, hormigón y sus productos relacionados.
2. Con fecha 22 de enero de 2016 fue notificado por la DC a SURGYPS Acuerdo de reapertura de la fase de instrucción respecto del expediente sancionador S/DC/0525/14, así como Acuerdo por la que se rectificaba el apartado

correspondiente del Pliego de Concreción de Hechos, referente a la imputación de una determinada conducta infractora a SURGYPS, concediéndole un plazo de quince días para contestar al Pliego.

3. El 9 de febrero de 2016, SURGYPS presentó escrito de alegaciones al Pliego.
4. El 22 de febrero de 2016 se dio traslado a SURGYPS del Acuerdo de cierre de la fase de instrucción.
5. Con fecha 8 de marzo de 2016 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de SURGYPS el 4 de marzo de 2016, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra la resolución de cierre de la fase de instrucción de fecha 22 de febrero de 2016, alegando vulneración de los derechos de la recurrente.
6. Con fecha 9 de marzo de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. Con fecha 14 de marzo de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido. En dicho informe, la DC considera que procede la inadmisión del mismo, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de SURGYPS.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 17 de marzo de 2016.
9. Es interesada en este expediente de recurso SURGYPS, S.A.

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 de la LDC, contra el Acuerdo de la DC de 22 de febrero de 2016, por la que se procede al cierre de la fase de instrucción del expediente S/DC/0525/14, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50 de la LDC.

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

SURGYPS considera que el Acuerdo de la DC de 22 de febrero de 2016, procediendo al cierre de la fase de instrucción sin, de acuerdo con la interpretación de la recurrente, haber acordado nada acerca de la prueba propuesta por SURGYPS, le provoca indefensión y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos. En virtud de tal consideración, SURGYPS solicita que esta Sala de competencia revoque el precitado Acuerdo de cierre de la fase de instrucción o, en su defecto, que declare la nulidad de tal Acuerdo y se produzca un pronunciamiento sobre la procedencia de las prácticas propuestas.

En su informe de 14 de marzo de 2016, la DC concluye que procede inadmitir el recurso administrativo interpuesto por SURGYPS, dado que el controvertido Acuerdo de cierre de instrucción de 22 de febrero de 2016 no es un acto susceptible de recurso y no concurren los requisitos de indefensión y/o perjuicio irreparable exigidos por el artículo 47 de la LDC. Concretamente, señala la DC que el momento debido para pronunciarse de forma motivada sobre la valoración de las pruebas propuestas o su inadmisión es la propia Propuesta de Resolución (artículo 34.1 del RDC). Asimismo, señala el órgano instructor que contra la denegación de práctica de prueba no cabe recurso alguno (artículo 32.2 del RDC). Finalmente, la DC precisa que el cierre de la fase de instrucción no impide la audiencia a los interesados, toda vez que siguen teniendo la posibilidad de solicitar la práctica de las pruebas y de las actuaciones complementarias que consideren convenientes para la defensa de sus derechos e intereses ante el Consejo de la CNMC, tal y como establece el artículo 36 del RDC.

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

Al interponerse el recurso objeto del presente expediente "al amparo de lo dispuesto 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.

La base del recurso de SURGYPS es la consideración de que la DC no se ha pronunciado sobre la práctica de las pruebas solicitadas por la mercantil, y que tal falta de pronunciamiento genera a la recurrente indefensión y un perjuicio irreparable. Esa ausencia de consideración por parte de la DC de la prueba solicitada supone conforme argumenta SURGYPS una vulneración de su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, lo que tendría como efecto la conculcación del artículo 24.2 de la Constitución.

Las pruebas cuya práctica se solicita por la recurrente son tres, concretamente una declaración testifical del representante legal y del Director Comercial de SURGYPS, para que declare sobre los hechos imputados, y sendas testificales de los representantes legales de otras dos mercantiles, me para que identifiquen la empresa que contrataron para el suministro de hormigón a unas determinadas obras.

SURGYPS entiende que las pruebas propuestas permitirían acreditar su no culpabilidad en las conductas imputadas, pues se acreditaría que, al no haber suministrado hormigón a las mercantiles cuya testifical solicita, no habría tampoco participado en la infracción de reparto de mercado. En ese sentido, alega que al no pronunciarse la DC sobre las pruebas propuestas, se está exigiendo a SURGYPS que pruebe un hecho negativo, lo que resulta del todo imposible.

Tal y como establece el artículo 32.2 del RDC, contra la denegación de práctica de prueba no cabe recurso alguno. Ya en el propio Acuerdo de la DC objeto de recurso por SURGYPS 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 contencioso-administrativo que, en su caso, se interpusiera contra la misma. Como se ha anticipado, conforme con este entendimiento, en la posterior valoración que el órgano instructor hace en su informe de 14 de marzo de 2016, la DC se ratifica en dicha conclusión, considerando que el acuerdo controvertido no es susceptible de recurso.

La DC, para apoyar su tesis, recurre a la cita de varias resoluciones de la Autoridad de competencia recaídas en supuestos en los que el acto recurrido era asimismo el cierre de la instrucción, concretamente el expediente R/0067/11 AISGE CINES y los sucesivos R/0078/11 ABERTIS, R/0114/12 ATEIA-OLT y R/0140/13 HERTZ ESPAÑA, que recogen y reproduce la doctrina anterior.

Este Consejo comparte el juicio de la DC y considera plenamente aplicables al presente recurso los argumentos expuestos en el fundamento de derecho tercero de la Resolución de 23 de marzo de 2011 (R/0067/11 AISGE CINES), 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 esta Sala de competencia 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 SURGYPS contra el acuerdo de la DC de 22 de febrero de 2015, 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.

Refuerza 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 compartió 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 del órgano instructor, esta Sala de competencia, con mayor motivo, no podría llegar a otra conclusión distinta con respecto al Acuerdo de 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, debe concluirse 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.

La DC señala en su informe de 14 de marzo de 2016 que la Propuesta de resolución, dictada por el Director de Competencia con fecha 8 de marzo de 2016, y notificada a los interesados con fecha 9 de marzo de 2016, recoge un pronunciamiento expreso y motivado a este respecto, tanto para las pruebas propuestas por SURGYPS, como para las propuestas por los restantes interesados en el expediente, tal y como establece el artículo 32.2 del RDC.

Efectivamente, tras la elaboración de la Propuesta de Resolución, el interesado puede formular alegaciones durante otros quince 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 nuevamente con la posibilidad de proponer la práctica de pruebas que considere oportunas para la defensa de sus intereses (artículo 36 del RDC).

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por SURGYPS, S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de competencia de 22 de febrero de 2016, por el que se cierra la fase de instrucción del expediente sancionador S/DC/0525/14.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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 el día siguiente al de su notificación.