



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID

POBRO OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2010 0003179
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000389 /2010**
Recurrente: **EXTRACTO CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.**

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de **EXTRACTO CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.**, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por LA PARTE RECURRENTE.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a treinta y uno de Octubre de dos mil once.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. (EXPTE. SNC/0007/10, EXTRACO)

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

ENTRADA

RegOf: 6957 / RG 6957
07/11/2011 12:05:17



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000389/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 03266/2010
Demandante: EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.
Procurador: D. MANUEL LANCHARES PERLADO
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a catorce de septiembre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Extraco Construccions e Proxectos S.A.** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Manuel Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de mayo de 2010**, siendo la cuantía del presente recurso de 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Extraco Construccions e Proxectos S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. D° Manuel Lanchares Perlado, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de mayo de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día trece de septiembre de dos mil once.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de mayo de 2010.

Esta Resolución determina en su parte dispositiva:

PRIMERO.- Declarar que la actuación de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. en el curso de la inspección desarrollada el 15 de octubre de 2009 por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia constituye una obstrucción de la labor inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia, tipificada como infracción leve en el artículo 62.2.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.

SEGUNDO.- Imponer a EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A., la sanción de TRESCEINTOS MIL EUROS (300.000 €)

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO: De los hechos declarados probados por la Resolución impugnada, y que esta Sala asume por resultar acreditados en el expediente administrativo, y, además como después diremos son admitidos por el actor, hemos de destacar los siguientes:

“...en la sede de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. (desde ahora, EXTRACO o la empresa), sita en Camiño da Cima 24, CP 32.004 de Orense, se procede a dar cumplimiento a la Orden de Investigación de fecha 9 de octubre de 2009, expedida por la Directora de Investigación de la CNC, solicitando al entrar en dicha sede la presencia del responsable de esta empresa...

A las 11,07 horas se procede a la firma de la Orden de Investigación por D. XXX, accediendo la persona indicada a la práctica de la inspección. Expresamente, D. XXX manifiesta lo siguiente, solicitando que conste en acta: "No oponemos traba u obstáculo alguno a que se realicen las actuaciones y diligencias que procedan conforme a derecho "...

A partir de ese momento se inicia la inspección material como se ha indicado previamente, produciéndose a partir de las 14,10 horas una serie de incidencias especialmente relevantes:

?? A las 14,10 horas, mientras los inspectores están examinando la información y documentación ubicada en el despacho de D. XXX, éste coge un sobre de color blanco que se hallaba sobre la mesa de su despacho y sale rápidamente del mismo con el sobre, pese a ser requerido por los inspectores de la CNC a no llevarse dicha documentación de su despacho sin haber sido previamente analizada por los inspectores de la CNC. El Jefe de Equipo, que había salido en su busca, encuentra a D. XXX volviendo a su despacho y sin llevar el mencionado sobre. Pese a ser requerido por el Jefe de Equipo para devolver el sobre a su ubicación original, D. XXX se niega, alegando que se trata de unas fotos que no tienen nada que ver con el objeto de la inspección. El Jefe de Equipo solicita entonces al Sr. XXX que le deje comprobar someramente el contenido del sobre, al objeto de verificar tales afirmaciones, a lo que el Sr. XXX responde que ha destruido el sobre. Cuando el Jefe de Equipo advierte al Sr. XXX de que el hecho de haberse llevado y mantener escondido o haber destruido el sobre es susceptible de constituir una obstrucción a la labor inspectora, y puede acarrear una sanción personal y también para la empresa por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, el Sr. XXX contesta que los inspectores no tienen derecho a examinar su despacho sin que esté presente su abogado externo. El Jefe de Equipo explica al Sr. XXX que la empresa tiene derecho a la asistencia de abogados internos y externos, ya sea presencial o no, y que, de hecho, la empresa ha contado con asistencia de abogados internos y externos desde el inicio de la inspección. Añade el Jefe de Equipo que la presencia en la empresa de los abogados externos no es condición para la práctica de la inspección, como se ha señalado a los responsables de la empresa al inicio de la inspección, y que, en cualquier caso y sin perjuicio de lo anterior, la empresa había señalado a los inspectores la llegada inminente de los abogados externos hacía ya más de tres horas sin que éstos hubieran llegado todavía.

?? A continuación, a las 14,15 horas, el Sr. XXX vuelve a entrar en su despacho y sale del mismo con un montón de fotografías que se hallaban en uno de los armarios. El Sr. XXX es seguido por el Jefe de Equipo, quien le insta encarecidamente a devolver a su ubicación original las fotografías y el sobre que había cogido anteriormente y que podría mantener escondido. El Sr. Prada, al llegar

con las fotografías cogidas de su despacho al despacho de D. XXX, indica al Jefe de Equipo que se trata de documentos personales.

Tras varios requerimientos y recordatorios por el Jefe de Equipo al Sr. XXX de que la ocultación de información puede constituir una seria obstrucción a la labor inspectora, con sus consecuencias previstas en la Ley de Defensa de la Competencia, y al auto judicial, con sus consecuencias correspondientes, el Sr. XXX dice acceder a devolver la documentación sustraída de su despacho y que, por tanto, no había destruido como había afirmado inicialmente. Así, el Sr. XXX indica que la citada documentación sustraída es una carpeta con documentos que se halla sobre la mesa de D. XXX, que no contiene ninguna fotografía, afirmando que dicha carpeta era lo que había tomado de su despacho. Sin embargo, los funcionarios que estaban en el despacho del Sr. XXX en el momento de la citada sustracción del sobre, afirman que el sobre sustraído por D. XXX de su despacho era un sobre de color blanco y que en ningún caso dicho sobre podía contener la carpeta indicada.

?? A continuación, a las 14,20 horas, D. XXX insiste nuevamente en que los inspectores están violando sus derechos, al investigar su despacho sin que esté presente su abogado externo, tras lo que el Jefe de Equipo pide a los inspectores y al personal de la empresa que salgan del despacho del Sr. XXX, que se cierra, al considerar que la actitud del Sr. XXX está entorpeciendo la labor inspectora, de lo que se le informa, indicándole que se está estudiando la posibilidad de pedir la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, puesto que éstas prestan la protección y el auxilio necesario a los inspectores de la CNC para el ejercicio de la función de inspección, de acuerdo con lo indicado en la Ley de Defensa de la Competencia y en cumplimiento de la correspondiente autorización judicial.

?? A las 14,21 horas, D. XXX muestra su negativa a que los inspectores accedan a la caja de seguridad de la empresa, ubicada en la zona común de la empresa,

?? Ante los hechos descritos, y ante el riesgo de obstaculización de la labor inspectora y la oposición mostrada por D. XXX, se decide por los inspectores de la CNC solicitar la protección y el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, manteniendo cerrados y vigilados el despacho del Sr. XXX y la caja de seguridad de la empresa hasta la llegada de la policía nacional, de todo lo cual se advierte expresamente a la empresa.

?? A las 14,35 horas se persona en la empresa D. XXX, abogado externo de la empresa, a quien se explica la situación por los inspectores.

?? A las 14,45 horas se personan dos agentes de la policía nacional en la empresa, ante quienes se identifican los inspectores y dan cuenta de la situación. En su presencia, por los inspectores se examina el despacho del Sr. XXX y la caja de seguridad de la empresa.

?? Una vez finalizada la inspección de estas dependencias, los agentes de la policía nacional abandonan la sede de la empresa aproximadamente a las 17 horas."

El recurrente admite en su demanda lo que denomina dos incidentes, el relativo al sobre blanco – y acerca de ello versaron las preguntas a los testigos en la testifical practicada – y el relativo al retraso en la apertura de la caja de seguridad, sólo abierta a presencia de miembros de la Policía Nacional. En la prueba testifical pretendió establecerse que el contenido del sobre lo era una carpeta azul, después devuelta, pero la testifical en cuanto al contenido del sobre es irrelevante pues los testigos ignoraban este extremo.

Puyes bien, establecida la aceptación de los hechos por la recurrente, entiende, sin embargo que no son jurídicamente relevantes. Antes de entrar en el análisis de esta cuestión, hemos de aclarar que la alegada indefensión por no practicar la CNC la prueba encaminada a desvirtuar los hechos debe ser rechazada. En primer lugar, porque aceptados los hechos imputados, es innecesaria la prueba tendente a desvirtuarlos, y, en segundo lugar, porque la prueba se ha practicado ante esta Sala, con el resultado confirmatorio de los hechos ya señalado.

TERCERO: El artículo 62.2 d) de la Ley 15/2007 establece:

“Son infracciones leves:

d) La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección.

No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.

Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia.”

Por su parte el artículo 63 determina:

“1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.”

Y, por último el artículo el artículo 62.3 establece:

“Son infracciones graves: ...d) La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.”

Se alega falta de motivación, sin embargo basta leer la Resolución impugnada, para rechazar esta alegación, pues en la misma se recogen los hechos probados, el análisis del tipo objetivo y subjetivo infractor y la proporcionalidad de la imposición de la sanción.

En cuanto al número de faltas imputadas, afirma en actor que son tres, pero ello no se corresponde con la realidad, porque se imputan tres hechos que son sólo constitutivos de una sola infracción, del artículo 62.2 d) de la Ley 15/2007.

La Resolución razona en este sentido:

“Efectuadas estas precisiones, y centrándonos en el examen del elemento objetivo del tipo infractor, de la documentación incorporada al expediente administrativo, y, en concreto, del contenido del acta de la inspección, resultan una

serie de actuaciones que, a juicio de este Consejo, evidencian que por parte de representantes de la empresa inspeccionada se ha obstaculizado la labor de los funcionarios de la CNC. En concreto:

(i) La sustracción por parte del Consejero Delegado de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A., XXX, de un sobre blanco y posteriormente de unas fotografías, que se encontraban en su despacho.

(ii) La negativa del Consejero Delegado de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A., XXX, a devolver el sobre blanco sustraído de su despacho, señalando en primer lugar que lo había destruido, y pretendiendo posteriormente hacerlo pasar por una carpeta de documentos que se hallaba sobre la mesa de D. XXX, carpeta que por sus dimensiones no era susceptible que se encontrase dentro del sobre blanco sustraído.

(iii) La negativa de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A., a partir de las 14:21 horas, a permitir que se continuase la inspección en uno de sus despachos sin la presencia de su asesor legal externo, y a que se inspeccionase la caja de seguridad de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. Esta negativa a permitir el desarrollo de la inspección sólo se levantó a partir de las 14:45 horas, cuando se personaron en la sede de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. agentes de la policía nacional.

Como bien indica la Dirección de investigación, la sustracción y ocultación de documentos supone un claro ejemplo de obstrucción a la labor inspectora de la CNC, ya que no se le ha permitido verificar si el contenido de dichos documentos estaba relacionado con el objeto de la inspección, ni, por lo tanto, descartar que en el mismo hubiese material probatorio de las infracciones investigadas.

Por otra parte, la interrupción temporal de la labor inspectora del personal de la CNC hasta la llegada de la policía nacional también constituye una clara obstrucción al correcto ejercicio de las funciones que tienen encomendadas por ley, no sólo por la alteración que provoca en el curso de la inspección, sino también y fundamentalmente, por el riesgo inherente a todo retraso de que se destruyan las pruebas buscadas y, en definitiva, se ponga en peligro la eficacia de la inspección.

El hecho de que, como se alega por EXTRACO, tras la llegada de los agentes de la Policía Nacional no se produjera obstrucción no obsta a que, con carácter previo, si tuvieran lugar actuaciones de esa índole. O lo que es lo mismo, el elemento objetivo del tipo se produjo con independencia de que en algún momento la conducta cesase.”

Se trata pues de una sola infracción “obstrucción a la labor de la Inspección” pero integrada por tres comportamientos distintos subsumidos en un sólo tipo.

CUARTO: En cuanto a la proporcionalidad, se razona en la Resolución impugnada:

“De acuerdo con el citado precepto la Dirección de Investigación, sin proponer una cifra concreta de sanción, recoge en su propuesta que el límite máximo para la multa es de 627.085,09 euro, teniendo en cuenta que, de acuerdo con las cuentas anuales y el informe de gestión, el volumen de negocios de la empresa infractora, EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A., en el año 2008 fue de de 62.708.509,98 euros, y que a esta a fecha no se dispone de información sobre el volumen de negocios del año 2009 porque, según informa la propia imputada las cuentas anuales de dicho ejercicio están en fase elaboración y auditoria.... Por lo

que se refiere a la cuantificación de la multa dentro del límite fijado por la Ley, y en orden a mantener la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la multa y la infracción cometida, el Consejo quiere destacar que en el caso que nos ocupa de los múltiples supuestos de obstrucción a la labor inspectora que pueden producirse, el realizado por la Empresa EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A no puede considerarse menor puesto que como consta en el acta de inspección, si bien esta finalmente se llevo a cabo en el mismo día, hubo una obstaculización continuada de la labor inspectora por distintos responsables de la empresa, comenzando por desatender las indicaciones de los inspectores y culminada con la negativa expresa del acceso a la caja de seguridad de la empresa que se produce a las 14.21 horas y que solo fue posible acceder a la misma previa personación de los agentes de la policía nacional requeridos por los inspectores. Y, lo que a afectos de la labor inspectora podría ser mas grave, es que se destruyó o se hizo desaparecer, y desde luego se hurtó del conocimiento de los inspectores la documentación que contenía un sobre blanco (ver punto 27 del acta de inspección) y que, dado que ni someramente pudo verse su contenido, no puede descartarse que contuviera información relacionada con el objeto de la inspección.... Por tanto y sin aceptar los citados atenuantes alegados por la imputada, el Consejo considera que dentro del límite del 1% del volumen de negocios propuesto, y teniendo en cuenta que pueden existir dudas razonables de que la documentación hurtada estuviera relacionada con el objeto de la inspección, una multa proporcionada a la acción obstruccionista llevada a cabo por la empresa debe situarse en el entorno del 50% del importe máximo, cuantificándose en 300.000 euros.”

De ello resulta que, a pesar de que se ha razonado sobre la gravedad de la conducta la sanción se ha impuesto en el 50% de la multa prevista en la norma, esto es, el grado medio, que es el corresponde cuando no se aprecian ni agravantes ni atenuantes, por lo que la proporcionalidad ha sido respetada.

QUINTO: De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Extraco Construcciones e Proxectos S.A.** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D° Manuel Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de mayo de 2010**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución administrativa impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

6