



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/001/19, PULEVA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 24 de enero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por Industrias Lácteas de Granada, S.L.U. (en adelante, PULEVA) contra la notificación de la Propuesta de Resolución de 21 de diciembre de 2018 por parte de la Dirección de Competencia en el marco del expediente S/DC/0425/12.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de noviembre de 2018, notificado en la misma fecha, la Dirección de Competencia de la CNMC (“**DC**”) notificó a PULEVA la reanudación del expediente sancionador de referencia, *“retomando las actuaciones pertinentes frente a todos los incoados e interesados en dicho expediente en el momento inmediatamente anterior al acuerdo de 24 de abril de 2014 por el que se subsanaban y corregían errores en el PCH de fecha 18 de marzo de 2014.”*
2. Con fecha 21 de diciembre de 2018, fue notificada la Propuesta de Resolución (**PR**) a PULEVA.
3. Con fecha 28 de diciembre de 2018 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), el recurso interpuesto por PULEVA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la PR del expediente S/0425/12 Industrias Lácteas 2 de fecha 21 de diciembre de 2018, y más concretamente, contra la decisión contenida en dicha PR de no tomar en consideración las alegaciones formuladas por PULEVA al Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**) de 18 de marzo de 2014.

4. Con fecha 2 de enero de 2019, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero(RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por PULEVA.
5. Con fecha 9 de enero de 2019, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procede inadmitir a trámite o, en su defecto, desestimar el recurso interpuesto por PULEVA.
6. La Sala de Competencia del Consejo resolvió el asunto en su reunión de 24 de enero de 2019.
7. Es interesada en este expediente de recurso: Industrias Lácteas de Granada, S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PULEVA interpone recurso contra la notificación de la propuesta de resolución dictada por la DC de fecha 21 de diciembre 2018 en el expediente S/DC/0425/12. El recurrente solicita al Consejo de la CNMC que, a la vista de los argumentos esgrimidos en el recurso, lo estime y ordene que se tenga en cuenta la versión no confidencial de las alegaciones remitidas por PULEVA al PCH, notificado a PULEVA el 19 de marzo de 2014, en una nueva PR que se dicte y notifique a PULEVA.

El recurrente alega asimismo que la DC no ha dado respuesta al escrito de PULEVA de 5 de diciembre de 2018 en el que solicitaba que la DC no mantuviera la posición expresada en el acuerdo de 21 de abril de 2014. Afirma también PULEVA que no ha sido hasta la notificación de la PR cuando ha conocido que sus alegaciones al PCH no han sido tenidas en cuenta, en clara violación de sus derechos procesales.

De acuerdo con la empresa recurrente, la versión no confidencial de las alegaciones, por su propia naturaleza, no estaría dirigida a la DC, sino a facilitar a las demás partes del expediente un acceso limitado a las alegaciones. Por tanto, en la medida en que la versión confidencial de las alegaciones al PCH se presentó dentro del plazo establecido y siendo esta una versión más completa que la versión no confidencial, presentada fuera de plazo, el recurrente considera errónea la perspectiva de la DC según la cual no puede emplearse un documento confidencial como elemento de cargo o descargo en el marco de un expediente sancionador.

Pese a las pretensiones de la recurrente, la DC propone que se inadmita o, en su defecto, desestime el recurso interpuesto en todos sus términos respecto a la notificación de la PR de 21 de diciembre de 2018 en la que la DC mantiene el criterio adoptado y notificado a la empresa con fecha de 21 de abril de 2014, considerando igualmente que no se ha producido un perjuicio irreparable o causado indefensión, según exige el artículo 47 de la LDC.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

El artículo 47 LDC prevé la posibilidad de interponer recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que *"Las resoluciones y actos dictados 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."*

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 señala que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos: *"En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".*

Como aclara la Audiencia Nacional en la sentencia de 18 de mayo de 2011: *"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC".*

Asimismo, la resolución de 16 de julio de 2009 (R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI"*. Estas referencias deben entenderse ahora hechas a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

TERCERO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

PULEVA entiende que el acto de no toma en consideración de las alegaciones presentadas frente al PCH produce indefensión.

En relación con ello, es necesario recordar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, *“el Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses”* señalando que *“la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la jurisprudencia constitucional que *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 71/1984, 64/1986)”*.

Respecto a la posible existencia de indefensión, como ha venido reiterando el Consejo de la CNMC¹ en consonancia con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas en su sentencia de 7 de febrero de 2007: *“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.”*

La concurrencia de las dos condiciones exigidas por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo no se puede apreciar en el presente supuesto pues, como resulta evidente, por la propia naturaleza de acto de trámite de la PR, el acto de instrucción cuestionado por la recurrente no es definitivo ni resuelve el procedimiento sancionador en cuyo marco ha sido dictado, siendo consecuencia necesaria de tal apreciación que cualquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas.

En este supuesto, esta Sala considera que la notificación a PULEVA de la PR de 21 de diciembre de 2018 es un acto de trámite dentro del procedimiento sancionador S/DC/0425/12. Dicho procedimiento sancionador continuará, por tanto, su tramitación con el habitual respeto de todas las garantías procesales y, en consecuencia, sin tratarse de un acto administrativo generador de indefensión, ni definitivo, ni con un efectivo contenido sancionador.

Asimismo, en relación con el carácter preclusivo del plazo para presentar alegaciones al PCH, dispone el artículo 50.3 de la LDC un plazo de quince días, en el presente caso ampliado durante 7 días, para efectuar alegaciones al PCH: *“Los hechos que puedan ser*

¹ Resoluciones del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018 R/AJ/050/18 ECOIMSA/GTMA, R/AJ/051/18 IRMASOL, R/AJ/052/18 RECYPIIAS

constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”. Y el carácter preclusivo de tal plazo se desprende con claridad de la previsión del artículo 35 del RDC: “La Dirección de [Competencia] no tendrá en cuenta en su informe las alegaciones presentadas por los interesados fuera de los plazos concedidos en virtud de los apartados 1 y 3 del artículo 33 de este Reglamento para contestar al pliego de concreción de hechos [...]. Asimismo, la Dirección de [Competencia] denegará la práctica de pruebas adicionales transcurridos dichos plazos. En todo caso los escritos serán incorporados al expediente, indicándose expresamente que se han presentado fuera de plazo.” La Dirección de Competencia ha tenido la oportunidad de confirmar el carácter extemporáneo de la versión no confidencial del escrito.

La Sala de Competencia, coincidiendo plenamente con el criterio de la DC, considera que la consecuencia debida directa de la extemporaneidad del escrito de alegaciones al PCH es que las mismas no sean tenidas en cuenta en el informe propuesta de la DC y que se incorporen al expediente con expresa mención de que se han presentado fuera de plazo.

Finalmente, hay que recordar que la Sala de Competencia, como órgano resolutorio, deberá ser quien tome en consideración, para formar adecuadamente su voluntad, la totalidad de la documentación aportada en el expediente, incluyendo las alegaciones presentadas fuera de plazo, como precisa el artículo 35 RDC *in fine*. Incluidas en esa documentación se encuentran las alegaciones en su versión no confidencial presentadas por PULEVA, por lo que tampoco desde esta perspectiva puede haber indefensión alguna a la recurrente.

Por último, respecto a la existencia de perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“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). Sin embargo, tal y como se aprecia por la mera existencia de la presente resolución, la no contestación al escrito de alegaciones en el informe de propuesta de resolución no pone fin de manera definitiva a la posibilidad de que la parte pueda alegar lo que considere oportuno a la misma y además nada impide a esta Sala modificar la valoración realizada por la DC.

En atención a lo expuesto, no resulta posible apreciar que la notificación de la Propuesta de Resolución de 21 de diciembre de 2018 de la Dirección de Competencia ocasione indefensión o perjuicio irreparable alguno a la recurrente. La PR es un trámite dentro del procedimiento S/DC/0425/12 Industrias Lácteas 2, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales, destacadamente la posibilidad de la recurrente de formular las alegaciones y propuesta de prueba que estime oportunas a la misma y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión, ni de perjuicio irreparable,

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por PULEVA, contra la Propuesta de Resolución, de 21 de diciembre de 2018, en el marco del expediente S/DC/0425/12 Industrias Lácteas 2, en el que la Dirección de Competencia mantiene el criterio adoptado y notificado a la empresa con fecha 21 de abril de 2014.

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 pueden 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.