



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/144/19, MSD

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 del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 4 de marzo de 2020

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 en el recurso interpuesto por MERCK SHARP & DOHME S.A. (en adelante, MSD) contra el acuerdo de incoación de 20 de noviembre de 2019 en el expediente S/0026/19 MERCK SHARP & DOHME S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de noviembre de 2019, se dictó acuerdo de incoación en el expediente S/0026/19 por existir indicios racionales de la comisión por parte de MSD de una presunta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).
2. Con fecha 5 de diciembre de 2019 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), el recurso interpuesto por MSD, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el citado acuerdo de incoación de 20 de noviembre de 2019.
3. Con fecha 10 de diciembre de 2019, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por MSD.

4. Con fecha 17 de diciembre 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 MSD.
5. Con fecha 9 de enero de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a MSD un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 17 de diciembre de 2019.
6. Con fecha 30 de enero de 2020, MSD remitió escrito de alegaciones al informe de la DC de 17 de diciembre de 2019
7. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 4 de marzo de 2020.
8. Es interesada en este expediente de recurso: MERCK SHARP & DOHME S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

MSD interpone el recurso sobre el que versa la presente resolución, bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de incoación de 20 de noviembre de 2019 en el expediente S/0026/19 MERCK SHARP & DOHME S.A.

La recurrente solicita al Consejo de la CNMC que, a la vista de los argumentos esgrimidos en el recurso, lo estime y anule el acuerdo de incoación por ser contrario a Derecho. Asimismo, solicita que se suspenda el procedimiento sancionador S/0026/19 MERCK SHARP & DOHME S.A. en atención a lo previsto en el artículo 37.1.d) de la LDC y la declaración de confidencialidad del recurso y sus anexos para cualquier tercero o interesado en el procedimiento sancionador S/0026/19 MERCK SHARP & DOHME S.A.

La empresa recurrente alega, en primer lugar, sobre la errónea calificación del acuerdo recurrido como acto de trámite. Considera que se trata de un acto definitivo que concede a la denunciante, INSUD PHARMA S.L., la condición de parte interesada en el procedimiento sancionador. Por ello, el hecho de que el acuerdo recurrido cierre la vía de la interposición de un recurso de alzada vulneraría el artículo 24.2 de la Constitución.

En segundo lugar, MSD considera que la denunciante carece de interés legítimo en el expediente. Señala que, aunque el artículo 25.2.d) del RDC contempla la posibilidad de que los denunciantes puedan ser partes interesadas en los procedimientos sancionadores, es igualmente cierto que puede haber denunciantes que no deban ser considerados partes interesadas en el mismo.

En este sentido, MSD señala que INSUD PHARMA S.L. estaría instrumentalizando la denuncia para acceder a información de la empresa que pudiera ser utilizada en un litigio sobre patentes en España o en una eventual demanda civil de reclamación de daños y perjuicios.

Por último, la recurrente considera que se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 47.1 de la LDC:

- Por un lado, considera que el acto recurrido le habría causado una total indefensión. Argumenta que el acuerdo carece de la motivación exigida en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**) y que no ha tenido la oportunidad procesal para oponerse a la admisión de la denunciante como parte interesada.
- Por otro lado, la recurrente alega que la personación de la denunciante como parte interesada constituye un perjuicio irreparable por el hecho de que esta pueda tomar vista de la documentación obrante en el expediente. Asimismo, MSD solicitó que parte de la información recabada durante la inspección fuera devuelta o destruida, sin que la Dirección de Competencia se haya pronunciado a este respecto.

Pese a las pretensiones de la recurrente, la Dirección de Competencia considera que debe inadmitirse o, en su defecto, desestimarse el recurso interpuesto.

La Dirección de Competencia indica que, de acuerdo con la jurisprudencia, el acto de incoación es un acto de trámite que no es susceptible de impugnación autónoma. La incoación no es un acto definitivo capaz de producir indefensión o un perjuicio irreparable, pues ni prejuzga, ni resuelve un procedimiento sancionador, por lo que no impide a las partes ejercer ulteriormente su derecho de defensa. Por ello, procede la inadmisión del recurso.

Además, la Dirección de Competencia señala que el artículo 28 del RDC, al regular el contenido mínimo del acuerdo de incoación, prevé en la letra d) que se incorpore "*en su caso, personas que ostenten la condición de interesado*". Por tanto, el acuerdo recurrido se ajusta a lo establecido en la normativa aplicable, no pudiendo generar indefensión, ni vulnerar el artículo 24 de la Constitución.

Sobre el concepto de interesado en el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia señala que, de acuerdo con el artículo 4 de la LPAC, es preciso analizar en cada supuesto concreto si el sujeto que pretende comparecer en el procedimiento administrativo es titular de un interés legítimo. Por ello, debe ser alegado y probado por la parte que se lo arroga, es decir, la denunciante en este caso. Corresponde entonces a la Dirección de Competencia ponderar caso por caso los elementos que determinan la condición de interesado respecto del concreto expediente administrativo sancionador.

La Dirección de Competencia considera que ha constatado que concurren las condiciones exigidas en el artículo 4.1 de la LPAC. La denunciante, no solo ha promovido el procedimiento administrativo aportando numerosa documentación, sino que resulta evidente del análisis de la misma que presenta un interés legítimo directo y actual que resultará afectado por la resolución administrativa finalizadora del procedimiento al ser la única y directamente perjudicada por la potencial conducta anticompetitiva denunciada. Asimismo, las acciones judiciales interpuestas por la recurrente, que constituyen el objeto del expediente S/0026/19 MERCK SHARP & DOHME S.A.

supusieron de facto la paralización de la fabricación, distribución y comercialización del producto de la denunciante durante varios meses.

Asimismo, la Dirección de Competencia considera que el acuerdo recurrido no habría generado un perjuicio irreparable, pues supone únicamente el inicio formal del procedimiento y la recurrente puede hacer valer sus pretensiones a lo largo del mismo.

En relación con la confidencialidad de la información, la Dirección de Competencia indica que en el acta de inspección de 21 de mayo de 2019 se señalaba que la información recabada era declarada cautelarmente confidencial y en ningún caso dicha información se incluye en expediente público hasta que no se resuelva sobre la confidencialidad de la misma. En línea con ello, con fecha 5 de diciembre de 2019, la Dirección de Competencia ha notificado a la recurrente el acuerdo de incorporación al expediente de referencia de la documentación recabada en la inspección para que se pronuncie sobre la misma en el plazo de diez días y aporte versión censurada de los mismos.

Por tanto, la Dirección de Competencia considera que el recurso se habría interpuesto con un carácter preventivo, alegando un potencial daño generado por un acceso a determinada información que no se ha producido. Dicho acceso no puede producir un perjuicio irreparable, pues la información consta como cautelarmente confidencial hasta que la recurrente solicite de manera individualizada y motivada la confidencialidad de la misma y la Dirección de Competencia resuelva sobre su procedencia.

En el escrito de alegaciones de MSD remitido el 30 de enero de 2020 tras conocer el informe de la Dirección de Competencia de 17 de diciembre de 2019, MSD reitera los motivos de impugnación ya recogidos en el recurso de 5 de diciembre de 2019. Precisa que no cuestiona en su recurso la incoación del expediente en términos genéricos, sino la admisión en el mismo de INSUD PHARMA como interesada.

Mantiene que INSUD PHARMA pretende ser parte interesada con un interés espurio para situarse en una posición ventajosa en las negociaciones extrajudiciales en el actual o futuros pleitos en la jurisdicción civil.

MSD también aclara que el perjuicio causado al que se refería en el recurso deriva de que la propia admisión de INSUD PHARMA al expediente como parte interesada le permitiría acceder al expediente, pudiendo, con ello, acceder a cualquier tipo de información, sea esta confidencial o no, y no deriva, por tanto, del hecho de que pueda acceder a información confidencial.

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 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte 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, y no en ningún otro motivo:

“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".

La Audiencia Nacional, en sentencia de 18 de mayo de 2011, en equivalente sentido, señala:

"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 (expte 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".* Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la LPAC.

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la LPAC, 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.- Desestimación del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

El artículo 47 de la LDC dispone 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".*

MSD entiende en primer lugar que el acuerdo de incoación de fecha 20 de noviembre de 2019 produce indefensión. En relación con ello, 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 solo 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)"

La notificación del acuerdo de incoación de fecha 20 de noviembre de 2019 señala expresamente que contra dicho acuerdo no cabe recurso alguno, por ser un acto de trámite que no cumple con 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 ponga fin al procedimiento.

Esta Sala considera, siguiendo la jurisprudencia del TS, que el acto de incoación es un acto de trámite¹:

"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 sobre el fondo del asunto y no produce indefensión"

La STS de 7 de febrero de 2007 aclara en relación con la alegada vulneración del artículo 24 de la Constitución que²:

"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" añadiendo 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 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"

¹ Véase STSS de 25 de mayo de 1999, de 2 de abril de 2001 y de 6 de octubre de 2009 y las Resoluciones del TDC, de 21 de diciembre de 2004 (R 641/04 UNIÓN FENOSA), de la CNC, de 3 de febrero de 2009 (exptes. R/0008/08 TRANSITARIOS I, R/0009/08 TRANSITARIOS II y R/0010/08 TRANSITARIOS III) y de 29 de octubre de 2012 en el expte. R/114/12 ATEIA-OLT.

² Como ha venido reiterando las 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 RECYPIAS

La SAN de 4 de marzo de 2011 confirma la resolución de la CNC, de 3 de mayo de 2010, en el expediente R/0037/10 FEDEJEREZ que resolvía que la incoación de expediente sancionador no provocaba indefensión ni perjuicio irreparable a los incoados, basándose en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo que los califica como actos de trámite.

Tampoco puede aceptarse que el acuerdo impugnado carezca de motivación ni que esta se reduzca a una única frase, como pretende MSD, ya que, como expone la Dirección de Competencia, dicho acuerdo debe examinarse en su totalidad y atendiendo a toda la información integrada en el mismo, de acuerdo con la regulación establecida en el artículo 28 del RDC que específicamente contempla la posibilidad de incluir en su contenido las partes que ostenten la condición de interesado en el expediente que se incoa.

Por otra parte, como ha expuesto la Dirección de Competencia, resulta evidente que la denunciante en este caso cumple con las condiciones exigidas en el artículo 4.1 de la LPAC, pues además de presentar la denuncia y aportar numerosa documentación, es titular de un interés legítimo al tratarse de la única y directamente perjudicada por la potencial conducta anticompetitiva, que habría supuesto la paralización de la fabricación, distribución y comercialización del producto objeto del expediente.

La resolución que ponga fin al expediente recientemente incoado, independientemente de su fallo, tendrá un efecto inmediato en la esfera jurídica de INSUD PHARMA en tanto puede influenciar la apreciación de medidas cautelares o la decisión judicial en relación con los procedimientos judiciales abiertos y futuros en relación con la validez de las patentes objeto del expediente tanto a nivel nacional como internacional.

Por ello, INSUD PHARMA ostenta un interés legítimo y su posición es distinta a la de cualquier otro tercero a los efectos del expediente principal. No puede sostenerse ni inferirse que con el otorgamiento de la condición de interesado en el expediente a INSUD PHARMA vaya a generar indefensión a MSD, quien podrá determinar y alegar a lo largo del procedimiento administrativo si la documentación tiene carácter confidencial.

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).

Sobre este particular, como señala la Dirección de Competencia, la denunciante no ha tenido acceso a la información recabada durante la inspección o con posterioridad a la misma por haber sido declarada cautelarmente confidencial hasta que la recurrente se manifieste de forma individualizada y motivada sobre la misma, aportando versión censurada y la Dirección de Competencia resuelva de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

Por tanto, el acuerdo de incoación no se pronuncia sobre la confidencialidad de la información recabada durante la inspección o remitida por la recurrente a la CNMC. El

acuerdo de incoación es el acto de trámite que da inicio al procedimiento administrativo y no resuelve la confidencialidad de la información que se incorporará posteriormente al expediente administrativo.

Por ello, el acuerdo de incoación no tiene la capacidad para producir un perjuicio irreparable a la recurrente por tratarse de un acto administrativo ajustado a Derecho que no se pronuncia sobre un fin distinto de aquel para el que le configura la norma y para el que existirá un acto administrativo diferente en el momento procedimental oportuno y sobre el que MSD tendrá oportunidad de manifestarse y ejercer sus derechos de defensa en el expediente.

En el escrito de alegaciones del 30 de enero de 2020, MSD manifiesta que el perjuicio irreparable se produciría por el simple acceso de INSUD PHARMA al expediente, con independencia de la información que contenga. Con ello, está asumiendo el carácter reparable de cualquier perjuicio alegado, en tanto el eventual acceso solo permitiría al interesado acceder a la información no confidencial. La posición manifestada por la recurrente implica la definición de perjuicio irreparable en el sentido de que conlleva una prohibición de acceso por parte de la denunciante a cualquier información contenida en el expediente, incluida la información de carácter público. Esta definición no puede ser admitida, no solo desde el ámbito del acceso al expediente en un procedimiento sancionador de la LDC, sino por el hecho de que contrasta drásticamente con las obligaciones de la CNMC en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En contra de lo que afirma MSD no cabe considerar que la simple admisión de INSUD PHARMA como parte interesada en el presente expediente, sitúe a la denunciante en una posición ventajosa en hipotéticas negociaciones extrajudiciales, o en el actual o posibles futuros pleitos en la jurisdicción civil, dañando la posición procesal de MSD. Debe recordarse una vez más que el expediente S/0026/19 apenas se ha iniciado y sobre el mismo se ignora no sólo cuál será su resolución final sino incluso las distintas decisiones procesales que pueden acordarse durante su entera tramitación.

Como oportunamente recuerda la Dirección de Competencia, así se manifestó el Consejo de la CNC en la resolución de 2 de febrero de 2010 (expediente R0034/10 Bergé/ Marítima Candina) señalando que *"cuando el artículo 47 habla de perjuicios irreparables se refiere a aquéllos que tengan un carácter real y actual, por lo que tampoco podría admitirse tal alegación cuando hablamos de riesgos hipotéticos y futuros. Dicho de otro modo, no puede interponerse un recurso administrativo con carácter meramente preventivo y pretender que, con base en meras conjeturas, se proceda a la anulación del acto impugnado solo por la amenaza de una actuación que desconocemos si va a tener lugar"*.

En conclusión, esta Sala considera que el acuerdo de incoación es un acto de trámite sin aptitud para producir indefensión a la recurrente. Asimismo, esta Sala ha constatado las condiciones exigidas en el artículo 4.1 de la LPAC por las que INSUD PHARMA presenta un interés legítimo en el expediente principal. El acuerdo de incoación tampoco

puede generar un perjuicio irreparable en la medida en que es ajustado a Derecho y no se pronuncia sobre aquello para lo que existirá otro acto administrativo.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por MERCK SHARP & DOHME S.A., contra el acuerdo de incoación de fecha 20 de noviembre de 2019 en el marco del expediente S/0026/19 MERCK SHARP & DOHME S.A.

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.