

RESOLUCIÓN (Expte. SNC/0007/10, EXTRACO)

Consejo

Señores:

D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta asumiendo funciones de Presidente

D. Julio Costas Comesaña, Consejero

D^a. María Jesús González López, Consejera

D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 6 de mayo de 2010.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a. María Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S-0007/10, EXTRACO, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación, con fecha 7 de abril de 2010, contra EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A., por infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 15 de octubre de 2009 se personaron funcionarios de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) en el domicilio social de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. sito en Camiño da Cima, 24 32004; Orense, para dar cumplimiento a la Orden de Investigación adoptada por la Directora de Investigación el 9 de octubre de 2009 (folios 2 a 5), en aplicación del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).
2. Esta Orden de Investigación de 9 de octubre de 2009 ordenaba investigar posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en territorio nacional. La inspección fue autorizada por auto judicial del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Ourense de 14 de octubre de 2010.
3. Considerando que determinadas actuaciones ejecutadas por parte del personal directivo de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. durante el desarrollo de la inspección podía ser constitutiva de una obstrucción de la labor de inspección de la CNC, tipificada en el artículo 62.2.e) de la Ley 15/2007, con fecha 7

de abril de 2010, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la Ley 15/2007, la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la CNC procedió a la incoación de expediente sancionador por obstrucción de la labor de inspección de la CNC, que quedó registrado con el número de expediente SNC/0007/10.

4. Dicho procedimiento ha sido tramitado conforme al procedimiento simplificado previsto en el Capítulo V del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.
5. EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. ha formulado alegaciones y aportado varios documentos durante la tramitación del presente procedimiento. En concreto, aporta copia del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia contra el auto judicial de autorización de entrada en la sede de EXTRACO, certificado médico, actas de la inspección en EXTRACO y MISTURAS, borradores de actas de EXTRACO y cuentas anuales de 2008.
6. Con fecha 30 de abril de 2010, la Dirección de Investigación emitió su propuesta de Resolución.
7. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 6 de mayo de 2010.
8. Es interesado EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Los principales hechos acaecidos en el transcurso de la inspección de 15 de octubre de 2009 en la sede de EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. se recogen en el correspondiente acta de la inspección, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, cuenta con valor probatorio, al estar firmada por tres funcionarios autorizados.

En concreto, son hechos relevantes consignados en el acta de la inspección los siguientes:

- (1) *“En Orense, a las 10,00 horas del día 15 de octubre de 2009 y, personados los inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC),*
- *D. XXX*
 - *D^a XXX*
 - *D. XXX*
 - *D. XXX*
 - *D. XXX*

- D^a XXX
en la sede de EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROYECTOS, 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.
[...]
- (6) *A las 10,09 horas D^a XXX solicita a los funcionarios realizar una llamada telefónica al abogado externo de la empresa, D. XXX, a lo que éstos acceden, recordándole al tiempo que debe procederse a la firma del recibí del auto notificado. La llamada al abogado externo de la empresa se realiza en presencia del Jefe de Equipo. En el curso de la llamada telefónica, D^a XXX lee parcialmente el auto al abogado externo (en particular, el número de expediente y la identificación del juzgado y la parte dispositiva del mismo).*
[...]
- (7) *A las 10,15 horas D^a XXX indica a los funcionarios que no va a firmar nada (refiriéndose al recibí del auto) hasta que no se resuelva el recurso contra el auto judicial que la empresa interpondrá, a lo cual el Jefe de Equipo advierte de que el mismo es ejecutivo desde el momento de su notificación a la CNC y a la empresa, y que tan sólo se solicita que se proceda a su recepción mediante la firma del recibí, a lo que los responsables de la empresa presentes en la sala se niegan.*
- (8) *A las 10,25 horas se persona en la sala D. XXX, Consejero Delegado de la empresa, a quien se le explica nuevamente el objeto de la presencia de los funcionarios y se solicita la firma del recibí del auto. D. XXX se pone en contacto telefónicamente con el abogado externo de la empresa, y comunica que el mismo está en Orense y que se personará en la empresa.*
- (9) *A las 10,30 horas D. XXX procede a firmar el recibí del auto judicial, haciendo constar, no obstante, su disconformidad con el mismo.*
[...]
- (14) *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".*
- (15) *El Jefe de Equipo solicita a D. XXX que si no va a estar a lo largo de la inspección y, por tanto, no es posible que esté presente en el momento de su finalización, designe a la persona autorizada para ello, como se indica en el artículo 13.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC).*

El Sr. XXX manifiesta que estará presente hasta la finalización de la inspección.

- (16) *A continuación, el Jefe de Equipo explica que la investigación se produce en relación con lo señalado en la Orden de Investigación y que de acuerdo con los poderes de inspección establecidos en el artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se va a recabar información tanto en formato papel como en formato electrónico y que, por ello, se procederá a la inspección de los despachos y ordenadores de determinados empleados y directivos de la empresa y, en su caso, a la realización de entrevistas a determinado personal. Por lo que se refiere a la búsqueda de documentos en formato electrónico, se subraya por el Jefe de Equipo que, la misma se centrará en los hechos mencionados en la orden de investigación entregada a la empresa, basándose en criterios objetivos, proporcionados y relacionados con el objeto de la investigación.*
- (17) *Se informa por el Jefe de Equipo que desde este mismo instante no debe destruirse ni ocultarse ningún documento de la empresa y para ello se solicita que se den las instrucciones oportunas al personal de la empresa.*
- (18) *Respecto a la información recabada durante la inspección, se informa por el Jefe de Equipo que al finalizar la inspección quedará en poder de la empresa, además de copia del acta de inspección, una copia de la información recabada por el equipo de inspección, debidamente cotejada, para que tenga conocimiento pleno de la información recabada. En concreto, de la información en formato papel se harán 2 copias, dejando el original y una de las copias en poder de la empresa, y de la información en formato electrónico, igualmente se harán 2 copias, en discos grabables desprecintados en presencia de personal de la empresa y lo su representante legal, quedando en poder de la empresa una de las copias. Asimismo, se hará entrega a la empresa una copia de la relación de documentos recabados en el curso de la inspección, tanto en formato papel como en formato electrónico. La empresa podrá solicitar que la documentación recabada durante el desarrollo de la inspección tenga el tratamiento de información confidencial, en su caso.*
- (19) *Se insiste por el Jefe de Equipo que, tanto respecto de la información en formato papel como respecto a la información en formato electrónico, la empresa y/o su representante legal podrán identificar aquellos documentos que puedan estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente para que tras un somero análisis por el equipo de inspección, y si éste así lo considera procedente, dichos documentos no sean incorporados a la información recabada durante la inspección. Preguntado por el Jefe de Equipo acerca de la posible existencia de información protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente, la empresa no manifiesta conocer la existencia de tal clase de información.*

- (20) *Asimismo, se solicita la activa colaboración del personal de la empresa al objeto de poder identificar, en la medida de lo posible, todo aquello que pudiera afectar a su intimidad de tal manera que no sea incorporado a la información recabada durante la inspección.*
- (21) *Se informa a la empresa que durante el transcurso de la inspección se solicitará la presencia en todo momento de personal de la empresa y/o su representante legal, en particular de los usuarios de los ordenadores inspeccionados y el personal de los despachos inspeccionados y se reitera que con anterioridad a proceder a dicha inspección se solicitará por el personal inspector al personal de la empresa la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente así como, en la medida de lo posible, la que pudiera estar relacionada con su intimidad.*
- [...]
- (25) *Tras el relato de la estructura de la empresa, los inspectores de la CNC indican a la empresa que, a fin de incidir lo menos posible en el normal desarrollo de la actividad de la empresa, se procederá en primer lugar a la inspección del despacho de D. XXX, que está presente en la empresa, y tras dejar cerrados los de D. XXX y D. XXX, se examinarán dichos despachos posteriormente. Al llegar al despacho de D. XXX, se constata su presencia en el mismo. D. XXX indica que debe ausentarse de la empresa durante un breve período de tiempo, por lo que, tras su marcha, se informa a la empresa de que se procederá como originalmente se había planeado.*
- (26) *A las 12 horas se presenta en la sede de la empresa D. XXX.*
- (27) *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.*

[...].

(36) La empresa no da su conformidad a la firma del presente acta.

Sin más asuntos que tratar, a las 24 horas, se da por finalizada la inspección.”

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La conducta que la DI imputa como infractora de la LDC se produce el 15 de octubre de 2009, por lo que la Ley aplicable tanto a la calificación jurídica o tipificación de la conducta como a su tramitación deben ser, respectivamente, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y, conforme a lo dispuesto en su artículo 70, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su normativa de desarrollo.

SEGUNDO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.2.e) de la LDC

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como propone la DI, EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. ha obstaculizado de alguna manera la inspección realizada en su sede por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia el 15 de octubre de 2009. De ser así esta conducta está tipificada en el artículo 62.2.e) como una infracción leve, por lo que el Consejo de la CNC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 1% del volumen de negocios de la empresa infractora.

En concreto dispone el citado precepto que *“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:*

- 1. 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.*
- 2. No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.*
- 3. Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia”.*

El sistema de inspecciones regulado por la LDC, exige, para que estas puedan realizarse en la sede o local de que se trate, no solo la existencia de una orden de investigación en la que se especifique el objeto y características principales de la inspección, sino también que el afectado preste su consentimiento o que, en su defecto, se obtenga autorización judicial de entrada.

Un vez dentro de la sede de la empresa, los inspectores de la CNC gozan, sin necesidad de que la empresa preste un consentimiento adicional, de determinadas facultades mencionadas en el artículo 40.2 de la LDC, como son la de verificar libros y documentación, obtener copias o extractos de los mismos o pedir a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección.

Estas facultades se completan, desde la perspectiva de los afectados por la inspección, con el deber que la LDC les impone de colaborar con la CNC, artículo 39, y con la obligación a someterse, conforme a lo dispuesto por el artículo 40.3, a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado.

En el presente caso, resulta del contenido del acta de inspección que, una vez presentado el auto judicial por el que se autorizaba la entrada en la sede de EXTRACO y prestado su consentimiento a la entrada el Consejo Delegado, el Jefe de Equipo de la CNC le explicó debidamente el fundamento de la inspección y los términos en los que iba a tener lugar, advirtiéndole de la obligación de no destruir ni ocultar ningún documento de la empresa y solicitándole que se diesen las instrucciones oportunas al personal de la empresa. Es decir, es indiscutible que la empresa, antes de ser inspeccionada, fue debidamente informada de la extensión de la inspección y de las obligaciones que, como sujeto inspeccionado, debía asumir.

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 CONSTRUCCIONES 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 CONSTRUCCIONES 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 CONSTRUCCIONES 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 CONSTRUCCIONES 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 CONSTRUCCIONES 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.

Además, estos hechos, gozan de presunción de certeza “iuris tantum” conforme a lo dispuesto por el artículo 137 LRJAP-PAC, que establece, en su apartado 3 que *“los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios interesados”*.

Por lo tanto, al acta de inspección que, en el presente caso, ha sido emitida y firmada por el personal de la CNC en el ejercicio de sus funciones, en la que se detalla con absoluta claridad la conducta infractora, ha de gozar de la citada presunción de certeza puesto que, además, no se ha aportado por la imputada prueba alguna que desvirtúe dicha presunción. Partiendo de esta base, la disconformidad con los hechos manifestada por EXTRACO carece de relevancia jurídica al no haber acreditado, mas allá de meras afirmaciones, que el contenido del acta es inexacto.

No es relevante que el acta no estuviese firmada por representante alguno de la empresa (se negaron), cuando el artículo 13.4 del RDC establece con meridiana nitidez que *“La negativa de estas personas a firmar el acta no impedirá que ésta, una vez firmada por dos funcionarios autorizados, tenga valor probatorio”*.

Tampoco puede atribuirse valor probatorio alguno a los borradores de actas aportados por EXTRACO, ya que el único documento en el que tres funcionarios públicos rubrican con su firma la autenticidad de los hechos que en él se hacen constar es el acta y no en dichos borradores.

Respecto a la falta de identificación de los inspectores a las 14:35 horas, simplemente señalar que, como señala la Dirección de Investigación en su propuesta de resolución, dicha identificación, ya incluida en la orden de investigación, tuvo lugar a las 10, 05 horas ante XXX, del departamento jurídico, reiterándose tal identificación ante los agentes de la Policía Nacional.

Por otro lado, la existencia de un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia contra el auto judicial de autorización, documento éste que aporta

EXTRACO durante la tramitación del procedimiento, como bien expone la Dirección de Investigación en su Propuesta de resolución, tal es una cuestión ajena al presente procedimiento, en el que se está examinado no el hecho de la entrada, que es lo que permite la autorización (en defecto de consentimiento), sino las incidencias ocurridas durante la inspección que, como resulta evidente, son hechos posteriores y diferentes.

Sin perjuicio de lo hasta ahora expuesto, este Consejo considera necesario realizar dos precisiones a efectos de clarificar cómo debe interpretarse la expresión “obstrucción”, precisamente para justificar que la apreciación del elemento objetivo del tipo que se hace en el presente caso es rigurosa y acertada.

En primer lugar, es importante clarificar que la LDC no exige en ningún caso, como elemento del tipo de “obstrucción a la inspección”, que la misma se haya visto frustrada al no poder alcanzar sus objetivos. De ser así, la redacción del artículo habría sido distinta, no utilizando el término “obstrucción” sino otro diferente. El legislador, al optar por este concepto, incluye en el tipo cualquier acción desarrollada por la empresa que dificulte, impida o retrase la inspección, es decir, que altere su normal desarrollo, ya sea con carácter definitivo (privándola de eficacia, por ejemplo, impidiendo la entrada de los inspectores en los locales inspeccionados) o temporal (mediante, por ejemplo, un retraso en el comienzo de la inspección, no respondiendo a las preguntas de los inspectores, rompiendo los precintos, etc...).

Por otro lado, también es importante matizar que el artículo 62.2 e) de la LDC permite tipificar como obstrucción a la inspección, sin realizar interpretación extensiva alguna ni recurrir a la aplicación de la analogía, una conducta no coincidente con ninguno de los tres ejemplos recogidos en el precepto, como, por ejemplo, el retraso injustificado de la inspección o la denegación de acceso a un despacho. La dicción “entre otras”, presente en el propio enunciado literal de la norma, es clara al respecto de esta posibilidad e impide que, en el presente caso, se pueda alegar, como pretende EXTRACO, vulneración alguna del principio de tipicidad, especialmente si se ha justificado, en los términos previamente expuestos, los motivos por los que las actuaciones aquí examinadas constituyen una auténtica obstrucción a la labor inspectora.

En este sentido, ya la orden de investigación firmada por el representante legal de EXTRACO se advertía que, entre otras, constituye obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

- No atender a las indicaciones dadas por los inspectores de la CNC durante el transcurso de la inspección para garantizar el correcto desarrollo de la misma.
- Indicar erróneamente los despachos/locales a inspeccionar o dificultar el acceso a dichos despachos, locales o instalaciones.

En definitiva, el Consejo puede afirmar, sin margen alguno a error, que los hechos tipificados como infracción administrativa por el artículo 62.2.e) de la LDC concurren en el presente caso y que, por lo tanto, la conducta ilícita existe. Cuestión aparte, que se analizará a continuación, es la relativa al carácter con el que ha intervenido en dicha conducta el imputado.

TERCERO.- Elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta ilícita enjuiciada.

Dispone el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Del tenor literal del citado precepto cabe señalar, como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 76/1990, de 26 de abril, que el principio de culpabilidad ha de ser interpretado en función de la recepción, en el Derecho Administrativo sancionador, de los principios propios del Derecho Penal y, en concreto, del de culpabilidad, de forma tal que la sanción correspondiente requerirá el carácter doloso o negligente de la conducta ilícita de que se trate.

No podemos negar, como reconoce reiteradísima jurisprudencia, por todas la STS de 22 de noviembre de 2004, que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ámbito del derecho sancionador, señalando al respecto que sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), que excluye la imposición de sanciones sin atender a la conducta diligente del administrado, pues más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados.

Por lo tanto, el título de imputabilidad que permite el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, que implica por definición la conciencia en el autor del carácter típico y antijurídico de su conducta unido a la voluntad de realizarla, sino que se extiende igualmente a aquellos supuestos en los que nos encontremos ante un incumplimiento a *“título de simple negligencia”*.

Por lo que a la regulación contenida en la LDC se refiere, el artículo 61, bajo la rúbrica *“Sujetos infractores”* dispone que *“Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”*. Este precepto debe ponerse en conexión, en el presente caso, con el previamente citado artículo 62.2.e)

Aplicado lo expuesto al presente caso, el Consejo entiende que del contenido del acta, con la eficacia probatoria previamente expuesta, resultan una serie de hechos que ponen de manifiesto no solo el conocimiento del carácter típico y antijurídico de la conducta de la empresa imputada sino también la concurrencia del elemento volitivo, es decir, la voluntad de realizarla, como es que a pesar de las continuas y reiteradas advertencias de los inspectores sobre las obligaciones de la empresa durante la inspección y sobre la posible obstrucción que a las labores inspectoras estaban teniendo lugar, uno de sus cargos directivos insistió en ocultar documentos, dar informaciones incorrectas e impedir la inspección de una caja fuerte mientras que el resto del personal, tanto directivo como no directivo, se abstuvo de impedir tal actuación, al menos hasta la llegada de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En cualquier caso, y aún cuando se pudiera entender que no resulta apreciable el dolo en el actuar de EXTRACO, resulta indiscutible que la actuación, por unos, y omisión, por otros, contrarias a las constantes advertencias que, tanto al iniciarse la inspección, como al tiempo de tener lugar la obstrucción, se formularon por el personal de la CNC no puede ser considerada como una actuación diligente, y si, en el cumplimiento de sus deberes legales una empresa no emplea la diligencia mínima que a un ordenado empresario resulta exigible, es evidente que su actuación, o su ausencia, constituye a todas luces una conducta negligente y, por lo tanto, sancionable por culpable que impide asumir las alegaciones que, respecto a la vulneración del principio de culpabilidad, se efectúan por la imputada.

CUARTO.- Sobre el importe de la sanción.

El artículo 62.2 e) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, tipifica como infracción leve la obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de Competencia.

Por su parte el artículo 63.1 de la citada Ley establece que *“Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:*

- a) las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.”*

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 CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., en el año 2008 fue de de 62.708.509,98

euros, y que a esta 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 auditoría.

El Consejo coincide con la DI en que para el límite de la multa y dado que la imputada no aporta datos de volumen de negocios para el año 2009, procede utilizar el dato disponible de las cuentas anuales de 2008 aportado por la imputada.

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 PROYECTOS, S.A no puede considerarse menor puesto que como consta en el acta de inspección, si bien esta finalmente se llevó 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 efectos de la labor inspectora podría ser más 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.

En el punto 11^a de sus alegaciones EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROYECTOS, S.A dice remitiéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2003 que el principio de proporcionalidad *tiende a adecuar la sanción, al establecer la graduación concreta dentro de los márgenes posibles, a la gravedad de la infracción, tanto en su vertiente de antijuricidad como de culpabilidad*. Y añade que aun cuando los hechos fueron como se dicen, no hubo intencionalidad, sino preservación de la intimidad, ni se causó perjuicio.

El Consejo no puede compartir estas apreciaciones por los motivos expuestos previamente. En primer lugar, la labor inspectora es primordial en la realización de las funciones de represión de las prácticas anticompetitivas que, en defensa del interés general, tiene asignadas la Comisión Nacional de Competencia, y toda obstaculización a las mismas es causante de perjuicio y este perjuicio es mayor si además de obstaculizar se impide el acceso a información que puede ser relevante, sin permitir descartar que esté relacionada con los hechos investigados. Y, en segundo lugar, no se puede aceptar la falta de culpabilidad ya que, como se ha expuesto en el Fundamento precedente, existen suficientes elementos de juicio en el expediente para justificar el dolo o, cuando menos,

la negligencia manifiesta que la conducta global de los empleados y directivos de la empresa.

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.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la actuación de EXTRACO CONSTRUCCIONES 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 CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A.

SEGUNDO.- Imponer a EXTRACO CONSTRUCCIONES 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.