



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/137/19, EL CORTE INGLES

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María 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 13 de febrero de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por EL CORTE INGLÉS, S.A. contra la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 5 a 7 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de noviembre de 2019 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por EL CORTE INGLÉS, S.A. (en adelante, ECI), 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 Orden de investigación de 28 de octubre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2019.
2. Con fecha 20 de noviembre de 2019, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (DC) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por ECI.

3. Con fecha 25 de noviembre de 2019, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procedía desestimar el recurso interpuesto por ECI.
4. Con fecha 28 de noviembre de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a ECI un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 25 de noviembre de 2019.
5. Con fecha 19 de diciembre de 2019, ECI remitió el escrito de alegaciones al informe de la DC de 25 de noviembre de 2019.
6. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 13 de febrero de 2020.
7. Es interesada en este expediente de recurso: EL CORTE INGLÉS, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

ECI promueve 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 la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 y la actuación inspectora realizada en su sede los días 5 a 7 de noviembre de 2019.

1. 1. Motivos del recurso

ECI considera que la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 y, por consiguiente, la inspección que trae causa de la misma deben declararse nulas por varias razones.

La primera de ellas se refiere a **la insuficiente concreción del objeto de la investigación**, considerando que el objeto, finalidad y alcance de la inspección definidos en la orden de investigación son manifiestamente amplios en lo relativo tanto a las prácticas como a los mercados objeto de la investigación, pudiendo haberse definido con mayor precisión, como lo requiere la normativa y la jurisprudencia que cita a lo largo de su recurso.

Dicha amplitud se hace más evidente, argumenta ECI, cuando se compara la información de la orden de investigación con la que figura en el auto judicial por el que se autorizó la inspección y de la que la CNMC era concedora, dado que en el mismo sí se limitan tanto el carácter de las supuestas prácticas investigadas – esto es, los supuestos acuerdos de fijación de precios consistentes en la oferta conjunta de bajas insignificantes respecto del precio de licitación- como los concretos mercados

afectados – así, las licitaciones para la adquisición de [...], con expresa indicación de los concursos que se habrían visto afectados-.

Por tanto, la recurrente considera que se ha infringido el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), y los artículos 13.3 RDC y 20.3 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE y, que consecuentemente, se ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (CE).

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, ECI considera que **la inspección excedió el ámbito material de la investigación autorizado por el juez**. La recurrente entiende que se debe estar a la motivación y a los límites del auto judicial dictado y que, si dicho auto identifica incluso la relación de licitaciones concretas respecto de las que considera que podría haber indicios de actividad ilícita, dichos límites no deben excederse. En este sentido, adjunta como anexo a su recurso una lista –no exhaustiva– de los documentos recabados por la CNMC durante el transcurso de la inspección que no tienen relación alguna con el ámbito objetivo de la inspección según los límites del auto, esto es, los nueve concursos que éste identificó. Es por ello por lo que entiende que cualquier actuación inspectora respecto de estos documentos y cualquier otra información no relacionada con el ámbito material autorizado en el auto debe ser declarada nula, devuelta a la empresa o destruida y no podrá, bajo ningún momento, ser tenida en consideración por la CNMC.

Concluye ECI sus alegaciones manifestando que para el improbable caso de que se considerase que la orden de investigación se ajustó a la legalidad (y que, por tanto, tampoco se anulase la inspección en su totalidad), al menos se declare nula la parte de la inspección que fue referida a conductas no relacionadas con la autorización judicial de entrada y registro.

A la luz de las alegaciones que expone en su recurso, ECI solicita se anule y deje sin efecto tanto la orden de investigación como la propia inspección, ordenando la devolución del material recabado de forma ilícita, pues de no revocarse dichas actuaciones las consecuencias serían irreversibles, causándole a la misma un grave e irreparable perjuicio a sus derechos e intereses legítimos.

1. 2. Informe de la Dirección de Competencia

La DC, tras precisar en su informe la naturaleza de la actuación inspectora de la CNMC contenida en el artículo 27 de la LCNMC, señala que la orden de investigación de 28 de octubre sí cumplía con los requisitos establecidos tanto en el artículo 13. 3 del RDC como en la doctrina jurisprudencial nacional y comunitaria, sin que se pueda hablar de imprecisión o falta de concreción de su objeto, ya que, al contrario, ofrecía más detalles que “los *elementos esenciales*” exigidos. En concreto, advierte la DC que en la orden

de investigación se indicaron las prácticas anticompetitivas, las empresas y conductas investigadas, así como el mercado afectado y el ámbito temporal y geográfico, por lo que, dado el carácter preliminar de la investigación, no se le puede pedir mayor concreción fáctica.

En cuanto a lo relativo al auto judicial nº 168/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Madrid que autorizó la entrada en la sede de la recurrente, la DC señala que el juez no delimitó el objeto de la inspección, como pretende ECI, sino que se limitó a un control formal de la legalidad y proporcionalidad de la inspección, para lo cual consideró necesario ofrecer algunos de los detalles de la información trasladada por la Abogacía del Estado, remitida a su vez por la DC.

Por tanto, apoyándose en múltiples resoluciones de la CNMC, así como en la jurisprudencia que cita a lo largo de su informe, concluye que la orden de investigación no puede declararse nula ni suponer una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE, así como de los artículos 27 de la LCNMC, 13.3 RDC y 20.3 Reglamento 1/2003.

En cuanto a la consiguiente nulidad de la actuación inspectora solicitada por la recurrente, la DC afirma que, a la vista de la jurisprudencia que cita en su informe, la inspección se llevó a cabo en todo momento dentro de los términos legales y del ámbito objetivo determinado en la orden de investigación, pues recuerda que es en ésta, y no en el auto judicial, donde se delimita el objeto de la actuación inspectora. En concreto, el ámbito literalmente fijado por la orden de Investigación, se refería a *“las licitaciones convocadas por diversos clientes localizados en todo el territorio nacional para el suministro de [.....]”*, dentro de las cuales quedan incluidas también las que ECI menciona en el anexo al recurso y cuya devolución se solicita. En este punto recurre la DC al contenido del acta de inspección, firmada por el representante legal de ECI, donde consta cómo las personas inspeccionadas pudieron identificar toda la información ajena a la investigación para que, tras un análisis somero por el equipo de inspección, y si éste así lo considerase procedente, dichos documentos claramente individualizados e identificados por la empresa, pudieran eliminarse de la información inicialmente recabada.

No obstante, la DC recuerda que, tal y como informó a la recurrente, la información recabada tendría carácter cautelarmente confidencial y, además, en modo alguno se incorporará a un eventual expediente la totalidad de la información recabada, sino únicamente la que tras un sistemático proceso de análisis y valoración esté suficientemente relacionada con las presuntas prácticas contrarias al artículo 1 de la LDC, objeto de la información reservada. De este modo, la DC señala que es evidente que no puede compartir la genérica mención del recurrente sobre la existencia de un perjuicio irreparable en sus derechos por el copiado de determinada información durante el desarrollo de la inspección.

Por todo ello, la DC propone en su informe que se desestime el recurso interpuesto por ECI contra la orden de Investigación de 28 de octubre de 2019 y la actuación

inspectora realizada entre los días 5 y 7 de noviembre de 2019, en la medida en que las mismas en ningún caso han dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

1. 3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia

ECI, en su escrito de 19 de diciembre de 2019, se remite a las alegaciones contenidas en su escrito de recurso de 19 de noviembre de 2019, insistiendo en los argumentos allí expuestos que, señala, la DC no ha conseguido desvirtuar en su informe de 25 de noviembre de 2019.

La recurrente considera que, a pesar del estado preliminar de la investigación, la DC disponía de material suficiente para concretar con “la mayor precisión posible” el objeto de la investigación, tal y como exige la jurisprudencia, y sin embargo la orden de investigación adolece de una reprochable falta de definición. Se basa la recurrente para realizar tal afirmación en la delimitación precisa y detallada que sí figura en el auto judicial de entrada y que, en su opinión, no se ha hecho como dice la DC, a título de ejemplo, sino que ha sido el Juzgado el que ha considerado oportuno especificar detalladamente los límites de dicha autorización.

Por ello, entiende ECI, la inspección supuso una vía de hecho por parte de la DC al acceder y recabar documentación al margen del ámbito material para el que estaba legitimada, suponiendo, no sólo una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio sino además un perjuicio irreparable adicional, al poder revisar y analizar una información a la que no debió tener acceso. En este punto, señala la recurrente que aportó un anexo en el que indicaba todos aquellos documentos, representativos de un porcentaje muy elevado de los recabados en la inspección, que excedían el ámbito material autorizado, por lo que es insostenible la crítica llevaba a cabo por la DC que tacha de genéricas las alegaciones de ECI.

Finalmente, concluye la recurrente, que:

- La orden de investigación debe anularse por no cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales para su validez.
- El auto judicial debe ser considerado un claro y explícito límite para el desarrollo de la inspección, únicamente autorizada respecto de las conductas expresamente indicadas en el auto.
- La inspección excedió los límites impuestos por el auto y se apoyó en una orden de investigación carente de validez, por lo que dicha inspección carece de fundamento jurídico y constituye una vía de hecho gravemente perjudicial para sus derechos e intereses legítimos, por lo que debe ser declarada nula o, subsidiariamente, debería anularse la parte que excede la autorización

contenida en el auto y que se identificó en el anexo a su escrito de recurso de 19 de noviembre de 2019.

SEGUNDO. - Naturaleza del recurso interpuesto

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por ECI supone verificar si la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 recurrida y la subsiguiente actuación inspectora han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre 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*".

Por ello, para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*"

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, esta Sala debe evaluar si el acto recurrido por ECI –es decir, la orden de investigación recurrida y la subsiguiente actuación inspectora- es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

TERCERO. - Ausencia de indefensión

La recurrente no alega expresamente la vulneración de su derecho de defensa por lo que esta Sala considera innecesario ahondar en este primer requisito requerido por el artículo 47 de la LDC. No obstante, conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal

vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa¹:

“En suma, estamos en presencia de una transgresión de las normas formales configuradas como garantía, factor necesario e inexcusable pero no suficiente para diagnosticar la indefensión. Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión «material».”

Pues bien, respecto a la posible existencia de indefensión, esta Sala considera que ni en la orden de investigación de 28 de octubre de 2019, ni en la posterior actuación inspectora de la DC hay atisbos de que a la recurrente se le haya causado indefensión. ECI conoció por qué la DC solicitó la entrada en su domicilio, ya que le fueron notificados tanto la citada orden de investigación como el auto nº 168/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Madrid que autorizó dicha entrada y constando en estos documentos, como veremos, el motivo de apertura de la investigación, su objeto y su período temporal. En consecuencia, se puede afirmar que la parte recurrente no ha sufrido indefensión alguna.

CUARTO. - Ausencia de perjuicio irreparable

Respecto a la existencia de perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“aquél 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).

La recurrente alega genéricamente la existencia de un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos a causa de la infracción de los artículos 27 LCNMC, 13.3 RDC y 20.3 Reglamento 1/2003 y, consecuentemente, la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18 de la CE.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

Las facultades atribuidas a la CNMC en materia de inspecciones enlazan con los principios que sirven de guía a toda actuación de la misma: la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos y la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia, indicándose que en relación a los poderes de inspección ambos principios deben estar en equilibrio. Así mismo, se ha indicado tanto en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) que han desestimado los recursos interpuestos contra los autos judiciales relativos a actuaciones inspectoras de la CNMC², como de la Audiencia Nacional (AN) y del Tribunal Supremo (TS) que han desestimado los recursos interpuestos contra algunas de las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y de la CNMC³, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que ha indicado que no existen derechos ilimitados y la restricción de un derecho fundamental tiene su fundamento bien en la CE o bien en el respeto de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos (Sentencias del TC 11/1981, 2/1982 y 110/84). En definitiva, la facultad inspectora de la CNMC no es una potestad absoluta e ilimitada que pueda ejercerse de forma arbitraria frente al administrado, sino que, dicha facultad habrá de cumplir con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico y matizados por reiterada jurisprudencia.

Así, el fondo de la cuestión discutida en el presente recurso exige analizar si la actuación inspectora realizada, durante los días 5 a 7 de noviembre de 2019, al amparo de la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 a la que ECI tacha de inválida, es conforme a derecho o no, causando en este último caso, un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de ECI.

Como se expone en el informe de la DC de 25 de noviembre de 2019 las facultades de inspección que ostenta el personal funcionario de carrera de la CNMC vienen determinadas en el artículo 27 de la LCNMC y posteriormente concretadas en el artículo 13.3 del RDC, que guardan, asimismo, correspondencia con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Pues bien, toda la fundamentación del recurso de ECI se apoya en que la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 no cumplía con las exigencias de dichos artículos, al no indicar con suficiente claridad el objeto y finalidad de la inspección, derivando por tanto en una inspección carente de fundamento jurídico.

Esta Sala no puede compartir los motivos expuestos por la recurrente que le llevan a tales conclusiones. Que el objeto de la investigación, entendido éste como las

² Entre otras, Sentencias del TSJ de Madrid de 25 de mayo de 2017 y de 29 de junio de 2017.

³ Entre otras, Sentencias de la AN de 23 de abril de 2010, Expte. R/0008/08, Transitarios 1; de 23 de junio de 2010, Expte. R/0009/08, Transitarios 2; de 20 de julio de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 21 de julio de 2014, Expte R/0148/13 RENAULT y de 26 de mayo de 2015, Expte. R/0126/13, ARBA y ARNEDO y del TS de 10 de febrero de 2014, Expte. R/0030/2009 UNESA; de 16 de enero de 2015, confirmando la citada sentencia de la AN de 20 de julio de 2011; de 27 de febrero de 2015, Expte. R/0046/10 Transmediterránea; de 17 de marzo de 2015, Expte. R/0010/08 Transitarios 3; de 6 de abril 2016, Expte. S/0280/10 Suzuki-Honda y de 21 de marzo de 2017, confirmando la sentencia de la AN de 17 de diciembre de 2015 Expte S/DC/0545/15 Hormigones de Asturias.

presunciones que la autoridad pretende comprobar, debe estar identificado con “la mayor precisión posible”, de acuerdo con la jurisprudencia nacional y comunitaria (así la STS de 10 de diciembre de 2014 en el RJ2014, 6370 que cita la propia recurrente) es un hecho que no se discute y precisamente esta Sala entiende que así se hizo en la orden de investigación de 28 de octubre de 2019.

Sin embargo, una cosa es que el objeto de la investigación sea suficiente como para salvaguardar los derechos de la empresa investigada y otra bien diferente es que en la información contenida en la orden de investigación la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que obren en su poder, y con mayor razón, estando en la fase preliminar en la que se encuentra dicho expediente, esto es, la fase de información reservada.

La Administración, en la fase de información reservada, no está obligada a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la actuación inspectora. Como ya se expuso en la Resolución de 9 de abril de 2015 (Expte. R/AJ/004/15 Prosegur):

"Lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las diligencias previas DP/0044/14 y condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho. Tal y como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la Administración no está obligada en esta fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección".

Igualmente, la resolución de 14 de marzo de 2019 (Expte. R/AJ/113/18, MEGASA) establece que lo dispuesto en el artículo 27 de la LCNMC no implica la necesidad de trasladar al investigado todos los datos que estén a disposición de la CNMC, recogiendo los argumentos de la Audiencia Nacional, que en su sentencia de 18 de septiembre de 2017 expresamente indicaba la necesidad de garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder para planificar la actuación inspectora:

"De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción".

Estos mismos argumentos se acaban de exponer recientemente por la Audiencia Nacional en varias de las sentencias que desestiman los recursos de las empresas en el

Expte. S/0482/13. FABRICANTES DE AUTOMÓVILES. Así en la SAN de 19 de diciembre de 2019 que desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por FORD se señala:

“Para resolver este motivo de impugnación debemos recordar que las órdenes de investigación deben cumplir las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción”.

O en la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019 por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo de NISSAN IBERIA S.A, en la que, al responder a la cuestión relativa a la inspección domiciliaria que la recurrente consideraba contraria Derecho por lo genérico de la Orden de investigación, se indicaba:

“... Sobre este motivo debemos hacer dos consideraciones. En primer lugar, el que haya intervenido un Juzgado autorizando la entrada nos es óbice para que esta Sala se pronuncie sobre este extremo, como ha dicho la STS de 10 de diciembre de 2014, recurso 4201/2011 y podamos «fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad.». En segundo lugar, que SJUE de 17 de octubre de 1989 Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, afirmó que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de

una decisión de inspección toda la información de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar (apartado 45). Y respecto del alcance de esta facultad reconoce que «quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas». Precisa todavía más la STJU de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, cuando afirma en su punto «[t]eniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, (...), la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]».

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2019, recurso 286/2015, sin apartarnos de la STS de 31 de octubre de 2017, recurso 1062/2017, y ciñéndonos al contenido de la Orden que nos ocupa, constatamos es suficientemente explícito en las razones y el objeto en que se centra la investigación, a pesar de que parte de la información a la que ha podido acceder tenga el carácter de reservada y no pueda ser totalmente explicitada...”

La orden de investigación de 28 de noviembre de 2019 que aquí se cuestiona precisó del siguiente modo el ámbito objetivo y subjetivo de la investigación:

“La Dirección de Competencia ha tenido acceso a cierta información relacionada con la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en presuntos acuerdos de reparto de mercado, fijación de precios e intercambios de información comercial sensible entre, al menos, las empresas EL CORTE INGLES, S.A., [.....] en el mercado de la fabricación y comercialización de [.....] en el territorio nacional desde, al menos, 2015. Dichas empresas habrían concurrido presuntamente de forma concertada a las licitaciones convocadas por diversos clientes localizados en todo el territorio nacional para el suministro de [.....]”.

Además, concretó y detalló más adelante que el objeto de la actuación inspectora era:

“...verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de, al menos, EL CORTE INGLES, S.A., [.....] relacionadas con su presunta participación en las prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos y/o prácticas concertadas de reparto de mercados, fijación de precios e intercambios de información comercialmente

sensible en el mercado de la fabricación y comercialización de[.....] desde, al menos, 2015 en España, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la vigente LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dada su posible afectación del comercio intracomunitario. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica.”

A la vista de lo expuesto esta Sala entiende que no puede hablarse en ningún caso de imprecisión o falta de concreción, pues el objeto y finalidad de dicha orden de investigación ofrece muchos más detalles que “*los elementos esenciales*” exigidos legal y jurisprudencialmente, esto es, las prácticas anticompetitivas, las empresas y conductas investigadas, el mercado afectado y su ámbito temporal y geográfico.

En definitiva, ECI estaba en posición de saber lo que se buscaba y los datos que debían verificarse y, todo ello, sin necesidad de recurrir al auto judicial como pretende la recurrente, sino que basta con la simple lectura de la información contenida en el título habilitante para la realización de la inspección, esto es, la orden de investigación. La información aquí contenida fue la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada, por lo que la Orden de investigación de 28 de octubre de 2019 no puede declararse inválida como pretende ECI.

Cosa diferente, y es en este punto donde la recurrente intenta basar erróneamente su argumentación, es que el Juez que dictó el Auto nº 168/2019, de 29 de octubre de 2019, decidiera referir en él parte de la información a la que había tenido acceso (trasladada por la Abogacía del Estado, remitida a su vez por la DC), lo cual no debe entenderse como una enumeración cerrada ni puede servir para tildar de inconcreción a la orden de investigación como reclama la recurrente. Al contrario, que la DC conociera cierta información y la trasladara al Juez, contribuye al control de la motivación de entrada en la sede de la inspeccionada y en última instancia no hace sino salvaguardar sus derechos. Por ello dicho hecho no puede servir para afirmar que el juez ha llevado a cabo una delimitación del objeto de la inspección, ya que el mismo se limita a realizar un control formal de la legalidad y de la proporcionalidad de la inspección, pudiendo, si lo considera necesario, ofrecer algunos de los detalles de la información trasladada. Pero en ningún momento, el auto señala que los inspectores deban limitarse a la información referida en sus Antecedentes SEGUNDO y TERCERO.

En este punto, y por lo que se refiere a la autorización judicial de entrada en un domicilio, recordemos que el juez ni concede dicha autorización de forma automática ni puede abarcar tampoco la revisión y control de la legalidad de la actuación administrativa, como ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 144/1987). Así, el control de la legalidad del órgano judicial competente debe limitarse en este caso “*a la apreciación de la apariencia formal de legitimidad de la actuación administrativa*”, velando por la correcta identificación del sujeto pasivo afectado por la medida solicitada y por su adecuada proporcionalidad, en

el sentido de considerar que resulta indispensable la entrada en el domicilio para llevar a cabo la ejecución pretendida.

De la misma manera, en la reciente Sentencia del TSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2019 por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 18 de octubre de 2018 del Juzgado de lo contencioso-administrativo N° 21 de Madrid, que acordaba la autorización de entrada en el domicilio de las recurrentes “*inaudita parte debitoris*”, como sucede en el presente caso, se señalaba lo siguiente con respecto a las autorizaciones de entrada en el domicilio:

... “Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 76/1992, de 14 de mayo , FJ 3.a ; 50/1995, de 23 de febrero , FJ 5 ; 171/1997, de 14 de octubre , FJ 3 ; 69/1999, de 26 de abril ; 136/2000, de 29 de mayo , FFJJ 3 y 4). Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurren, pues, como se señala en la STC 69/1999 de 29 de abril, FJ 4, los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes. En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.”...

En el presente caso la solicitud de autorización de entrada se dirigió por parte de la CNMC al Juzgado, a través de la Abogacía del Estado, junto con la orden de investigación y un informe más detallado de los indicios fácticos y fundamentos

jurídicos que justificaban la necesidad y proporcionalidad de conceder la autorización de entrada en la sede de ECI. Informe que fue puesto igualmente en conocimiento de dicho Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Madrid, el cual pudo resolver sobre la idoneidad de esta solicitud de autorización de entrada con la totalidad de los elementos fácticos y jurídicos de la investigación de que se disponían.

En el fundamento PRIMERO del propio auto se señalaba que *“la autorización que el juez concede no puede consistir en un examen del fondo del supuesto que deberá hacerse en un recurso contencioso administrativo sino únicamente en el análisis de la competencia del órgano, la legalidad del procedimiento y la ausencia de la indefensión por parte del interesado”*.

Por otro lado, y en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio respecto de la inspección de la sede de una empresa por parte de la Administración, el TS declaró en su Sentencia de 6 de abril de 2016 en el Expediente S/0280/10 Suzuki-Honda, que:

“En relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, considera el Abogado del Estado que la Sala de instancia parte de una configuración del derecho que no se corresponde con la reconocida constitucionalmente. En este sentido sostiene que existiendo una concreta autorización judicial de entrada y registro y no habiéndose acreditado que la solicitud de entrada se produjera en términos fraudulentos o que el registro se desarrollara en forma desproporcionada, queda excluida la vulneración del citado derecho constitucional. Entiende el representante de la Administración que otra cosa es que pudieran haberse visto afectados otros derechos distintos al de la inviolabilidad domiciliar como consecuencia de la toma de conocimiento de indicios infractores ajenos en principio al objeto de la inspección domiciliar y su posterior utilización (...)

Hemos de avanzar que, en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto”.

Por todo ello, esta Sala considera que existiendo un auto judicial, en el cual el juez realizó un control formal de la legalidad y de la proporcionalidad de la inspección-ofreciendo algunos de los detalles de la información trasladada para motivar su

decisión- y no habiéndose acreditado que la solicitud de entrada se produjera fraudulentamente o que el registro se desarrollara en forma desproporcionada, resulta evidente que no es posible estimar las alegaciones de ECI relativas a la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Asimismo, y como consecuencia directa de esto, es igualmente evidente que la actuación inspectora que derivó de la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 tampoco puede considerarse nula.

Con respecto a la posible anulabilidad de dicha actuación inspectora, que ECI reclama subsidiariamente por haber recabado la DC información que excede de las nueve licitaciones identificadas en el auto judicial de 29 de octubre de 2019, esta Sala insiste en que es en la orden de investigación de 28 de octubre de 2019 donde se establecieron de forma correcta los límites de la inspección, tal y como se recoge en el artículo 13.3 del RDC.

En la STS 6 de abril de 2016 en el recurso 113/2013 relativo al expediente S/0280/10 Montesa Honda se señaló que:

“el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada mediante la colaboración del personal de la empresa si se presta a ello y en todo caso mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta como es obvio a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida y no supone que solo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminado al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada excluyendo requisas generales e indiscriminada de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación”

Por tanto, esta Sala entiende que la actuación inspectora se realizó dentro del ámbito literalmente fijado por la orden de investigación de 28 de octubre de 2019, referido a *“las licitaciones convocadas por diversos clientes localizados en todo el territorio nacional para el [.....]”,* dentro de las cuales quedan incluidas también las que ECI menciona en el anexo de su recurso.

Que la DC mencionara, a los efectos de motivar ante el Juez de lo Contencioso-Administrativo la proporcionalidad de su actuación, nueve licitaciones de las que tenía conocimiento no supone que únicamente se pudiera intervenir material con respecto a las mismas.

La actuación inspectora se llevó a cabo en todo momento dentro de los términos legales y del ámbito objetivo determinado por la orden de investigación y de ello da fe el acta de inspección, que fue firmada por dos funcionarios del equipo inspector, así

como por el representante legal de ECI. El contenido del acta refleja fielmente lo acontecido durante los días de la inspección, en la cual el equipo inspector informó a la empresa sobre el alcance de la misma, a cuyos efectos, como consta en el apartado (27), solicitó un organigrama de la empresa, así como explicaciones necesarias sobre las distintas actividades de la [...] y “con referencia particular a los responsables de los suministros de [...]”.

Asimismo, y con el fin de limitar la información recabada al objeto de la investigación, todas las personas que fueron inspeccionadas ejercían funciones relacionadas con el objeto de la investigación, estuvieron presentes (personalmente o mediando representación) durante la inspección y, por tanto, pudieron identificar toda la información que era ajena a la investigación, tal y como consta recogido en el apartado (30) del Acta:

“Igualmente, se solicita la colaboración de la empresa y del personal para la localización e identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa, para que tras un análisis somero por el equipo de inspección, y si éste así lo considera procedente, dichos documentos claramente individualizados e identificados por la empresa, sean eliminados de la información inicialmente recabada ...”

Por último, tal y como la DC indicó en su informe de 25 de noviembre de 2019, la recurrente fue informada durante el desarrollo de la inspección de que toda la información recabada tendría carácter cautelarmente confidencial, tal y como consta, en el apartado (43) del Acta de la actuación inspectora de 7 de noviembre de 2019:

“(43) En todo caso, la información recabada en la inspección tendrá cautelarmente carácter confidencial y en ningún caso dicha información será incluida en el expediente público mientras no se haya sustanciado la confidencialidad de ésta. Por ello, una vez analizada en la sede de la CNMC toda la documentación recabada en la inspección, la Dirección de Competencia comunicará a la empresa qué documentación recabada en la inspección va a ser incorporada al expediente con el fin de que, en su caso, en el plazo de diez días la empresa solicite de forma individualizada y motivada qué documentos considera confidenciales, aportando versión censurada de los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC.”

Una vez dicho esto, y tal y como se ha señalado a lo largo de la presente resolución, esta Sala considera que la actuación inspectora llevada a cabo por la Dirección de Competencia, autorizada por el auto judicial de 29 de octubre de 2019, cumplió con la normativa aplicable y con las garantías exigibles por el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución Española, por lo que no se puede apreciar la existencia de perjuicio irreparable para los derechos o intereses legítimos de la recurrente.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Desestimar el recurso interpuesto por EL CORTE INGLÉS, S.A. contra la Orden de investigación de 28 de octubre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2019 en la sede de la empresa.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.