

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/004/20, EUROPA FERRYS

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 21 de abril 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 por la que se resuelve el recurso interpuesto por EUROPA FERRYS, S.A. contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 2 de enero de 2020 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por EUROPA FERRYS, S.A. (en adelante, EUROPA FERRYS) 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 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019.
2. Con fecha 13 de enero de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC remitió una copia del recurso a la Dirección de Competencia (DC), para su informe.

3. Con fecha 16 de enero de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procedía desestimar el recurso interpuesto por EUROPA FERRYYS.
4. Con fecha 23 de enero 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a TRASMEDITERRÁNEA, S.A. un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 16 de enero de 2020.
5. Con fecha 17 de febrero de 2020, EUROPA FERRYYS remitió el escrito de alegaciones al informe de la DC de 16 de enero de 2020.
6. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 21 de abril de 2020.
7. Es interesada en este expediente de recurso: EUROPA FERRYYS, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

EUROPA FERRYYS promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución, contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada en su sede los días 17 a 19 de diciembre de 2019, considerando que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC

1.1. Motivos del recurso

La recurrente considera que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y, por consiguiente, la inspección que trae causa de la misma deben declararse nulas por las siguientes razones.

La primera de ellas se refiere a la **inexistencia de indicios** en los que debería haberse basado la orden de investigación para ordenar la inspección en la sede de EUROPA FERRYYS. Tal circunstancia, señala la recurrente, también afectaría a los motivos esgrimidos por el Abogado del Estado para solicitar la autorización de entrada que fueron expuestos por el juez en el auto de 16 de diciembre de 2019, resultando asimismo insuficiente para justificar la realización de la inspección y para ejercer un control de legalidad sobre la misma.

En segundo lugar, como consecuencia del motivo expuesto en el párrafo anterior, EUROPA FERRYYS fundamenta su recurso en una **insuficiente concreción del objeto de la investigación**, considerando que la Dirección de Competencia ha llevado a cabo la inspección sobre la base de meras sospechas infundadas por lo que cualquier actuación investigadora carece de base alguna y cualquier hallazgo, relacionado o no con el objeto formal de la investigación,

debe ser considerado como ilegítimamente obtenido. Al respecto, la recurrente señala distinta jurisprudencia española y europea que prohíbe las denominadas investigaciones de carácter exploratorio o “*fishing expeditions*”, en tanto que suponen una violación injustificada y desproporcionada de la privacidad. Asimismo, exige la devolución inmediata de la totalidad de la documentación recabada en la inspección realizada en la sede de EUROPA FERRYS

En tercer lugar, EUROPA FERRYS alega la **vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de TRASMEDITERRÁNEA, S.A.** –empresa de la que EUROPA FERRYS es filial íntegramente participada- por haberse accedido y desarrollado la actuación inspectora en la sede de TRASMEDITERRÁNEA, S.A. en lugar de en la de EUROPA FERRYS. En particular, indica que las actuaciones realizadas en el despacho de D. [FFF], que se encontraba en la sede TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y no en la de EUROPA FERRYS, ambas sitas en la Estación Marítima del Puerto de Algeciras, implican que la inspección realizada entre los días 17 y el 19 de diciembre de 2019 es nula de pleno derecho.

Finalmente, de forma subsidiaria, EUROPA FERRYS considera que, en todo caso, **la inspección excedió el ámbito material de la investigación delimitado por la orden de investigación y/o por el auto judicial.** En concreto, la recurrente señala que:

- a) La inspección se ha desarrollado en unos locales ajenos a EUROPA FERRYS.
- b) Parte del material recabado no guarda relación con la línea marítima regular de pasajeros y vehículos de la ruta Ceuta-Algeciras, al tratarse de otras líneas o de otro tipo de transporte marítimo.

A la luz de las alegaciones que expone en su recurso, EUROPA FERRYS solicita se anule y deje sin efecto tanto la orden de investigación como las propias actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma, ordenando la devolución del material recabado de forma ilícita.

1.2. Informe de la Dirección de Competencia

En su informe de 16 de enero de 2020 la DC rechaza las pretensiones de EUROPA FERRYS y propone la desestimación del recurso interpuesto.

Así, en primer término, señala que, señala que la orden de investigación de 3 de diciembre sí cumplía con los requisitos establecidos tanto en el artículo 13.3 del RDC como en la doctrina jurisprudencial nacional y de la UE, 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 precisó el objeto, contenido y finalidad de la inspección, dado el carácter preliminar de la investigación, por lo que no se le puede pedir mayor concreción fáctica.

En relación con la imprecisión de los indicios que motivaron la actuación inspectora, la DC considera que la utilización de la investigación domiciliaria, prevista en el artículo 27 de la LCNMC, es en este caso pertinente y proporcionada, siendo imposible especificar de forma más pormenorizada los indicios de infracción, debido a que el expediente administrativo se encontraba aún en un periodo de información reservada, es decir, en un momento procesal en el que la CNMC tiene que determinar, precisamente, la existencia de indicios de infracción o no, como contempla expresamente el artículo 49.2 de la LDC. Por ello, la pretensión de la recurrente de darle traslado, en el momento de la inspección domiciliaria, de la información o elementos objetivos que han servido de base para las actuaciones inspectoras de la CNMC, no se corresponde con la normativa vigente en el momento específico en el que se enmarcan estas.

Por lo que respecta a la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de TRASMEDITERRÁNEA, S.L., y, en particular, en el despacho de D. [FFF], por haberse accedido y desarrollado la actuación inspectora en la sede de esa empresa en lugar de en la de EUROPA FERRYS, la DC indica que, tal y como consta en el Registro Mercantil, tanto EUROPA FERRYS como TRASMEDITERRÁNEA, S.L. tienen sede física en la dirección a la que se dirigió tanto la orden de investigación impugnada como el auto de 16 de diciembre de 2019 (Estación Marítima del Puerto de Algeciras, Cádiz). Además, D. [FFF] ostenta un doble cargo como Director de Negocio Norte de África y Sur-Estrecho de TRASMEDITERRÁNEA, S.L. y apoderado y gerente de su filial EUROPA FERRYS, de modo que ambos cargos los venía gestionando desde el mismo edificio y, en concreto, desde el mismo despacho y desde una única dirección de correo electrónico [xxx@ zzz.es]).

Finalmente, en cuanto a la alegación de que la actuación inspectora se excedió del ámbito expresamente delimitado por la orden de investigación y/o por el auto judicial, la DC señala que los inspectores desarrollaron su labor inspectora con pleno respeto a lo establecido en la orden de Investigación recurrida y en el auto judicial, limitando al máximo la información finalmente recabada. Como prueba de ello, la DC destaca que, finalmente, fueron inspeccionados solamente dos empleados de la sede de EUROPA FERRYS, así como que, de todo el volumen de información existente, se recabó solamente un porcentaje muy pequeño, inferior al 0,1 %.

Por todo lo anterior, la DC propone en su informe que se desestime el recurso interpuesto por EUROPA FERRYS contra la orden de Investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre 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

En el escrito de alegaciones de EUROPA FERRYS remitido el 17 de febrero de 2020 tras conocer el informe de la DC de 16 de enero de 2020, EUROPA

FERRYYS reitera los motivos de impugnación ya recogidos en el recurso de 2 de enero de 2020 y precisa que en ningún momento ha cuestionado el derecho de la DC a preservar la confidencialidad de los elementos fácticos que le llevan a ordenar un registro domiciliario, pero defiende que la DC no contaba con tales elementos indiciarios. Por ello, al ordenar la inspección domiciliaria sin apoyo en tales indicios la DC incurrió en una grave vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

EUROPA FERRYYS basa esta apreciación en que la DC monitoriza el comportamiento de las empresas que operan en la línea Algeciras-Ceuta desde hace ocho años, en el marco de la vigilancia VS/0241/10, *Navieras Ceuta 2*, sin que, durante este tiempo, se haya dirigido a ella con el fin de averiguar datos de costes o política de precios de la ruta objeto de investigación o de otras rutas análogas. Por ello, concluye que un requerimiento de información habría sido un método más proporcionado que la actuación de inspección domiciliaria impugnada.

Por ello, EUROPA FERRYYS solicita que el Consejo de la CNMC acuerde obligar a la DC a aportar al presente procedimiento, como mínimo, un documento con una descripción sumaria de los indicios con los que dice contar a fin de que, primero EUROPA FERRYYS y después del Consejo, puedan valorarlos.

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.

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial a continuación se examina la posible existencia de indefensión o perjuicio irreparable derivada de la actuación administrativa impugnada en el recurso interpuesto por EUROPA FERRYS.

TERCERO. - Ausencia de perjuicio irreparable

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).

EUROPA FERRYS alega en su recurso que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y las actuaciones inspectoras desarrolladas entre los días 17 y 19 de diciembre de 2019 le han ocasionado perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos suponiendo en concreto una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio contemplado en el artículo 18.2 de la Constitución Española.

Asimismo, alega la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de TRASMEDITERRÁNEA, S.L. por haber accedido y desarrollado la actuación inspectora en la sede de esa empresa en lugar de en la de EUROPA FERRYS

Por tanto, el fondo de la cuestión discutida en el presente recurso exige analizar si la actuación inspectora realizada durante los días 17 a 19 de diciembre de 2019, al amparo de la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, que EUROPA FERRYS tacha de inválida, es conforme a derecho o no, causando en

este último caso, un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de EUROPA FERRYS.

A. Vulneración de la inviolabilidad del domicilio de TRASMEDITERRÁNEA, S.L.

Comenzando por la alegación relativa a la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de TRASMEDITERRÁNEA, S.L. por haber accedido y desarrollado la actuación inspectora en la sede de esa empresa en lugar de en la de EUROPA FERRYS, esta Sala concluye que la entrada y la inspección de la CNMC se llevó a cabo en la sede social de EUROPA FERRYS, conforme a la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y el auto judicial de 16 de diciembre de 2019 teniendo en cuenta los elementos que se exponen a continuación.

En contra de lo que ha venido afirmando la recurrente, ha quedado acreditado a través de los datos públicos del Registro Mercantil que la sede social de EUROPA FERRYS se sitúa en Estación Marítima del Puerto, planta 1ª, módulos 3A y 3B, en Algeciras (Cádiz), de modo que el despacho de D. [FFF] se encontraba físicamente en la sede de EUROPA FERRYS, independientemente de las fotos de esos locales con los logos de TRASMEDITERRÁNEA, S.L. que ha aportado la recurrente. La confusión a la que la recurrente ha contribuido con la información de datos erróneos sobre la localización de las sedes de EUROPA FERRYS y TRASMEDITERRÁNEA, S.L., aprovechando la relación matriz-filial que las vincula, es congruente con las declaraciones del propio Sr. [FFF] ante el equipo de inspección, al afirmar en un primer momento que EUROPA FERRYS no tenía actividad y que él trabajaba para TRASMEDITERRÁNEA, S.L., datos que posteriormente desmintió hasta el punto de afirmar que continuaba ostentando el cargo de apoderado de EUROPA FERRYS

Es en este sentido en el que hay que tener en consideración el hecho de que EUROPA FERRYS y TRASMEDITERRÁNEA, S.L., con motivo de su pertenencia a un mismo grupo empresarial, llegan a compartir trabajadores y directivos, como sucede en el caso de [FFF], quien lleva a cabo su actividad para ambas empresas desde un solo despacho y desde una sola cuenta de correo electrónico ([xxx@ zzz.es]), circunstancia que, a juicio de esta Sala, no es incoherente con el hecho de que la inspección se haya desarrollado en la sede de EUROPA FERRYS

En consecuencia, esta Sala entiende que la entrada y la inspección en la sede de EUROPA FERRYS se realizó conforme al domicilio social indicado tanto en la orden de 3 de diciembre de 2019 como del auto judicial de 16 de diciembre de 2019.

B. Vulneración de la inviolabilidad del domicilio de EUROPA FERRYS

A través de diversas alegaciones la recurrente señala que se ha producido un perjuicio irreparable sobre sus derechos e intereses legítimos a causa de la infracción de los artículos 27 LCNMC y 13.3 RDC que se concreta en la

vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18 de la CE. La vulneración de tal derecho vendría motivada por las siguientes razones:

- En primer lugar, por la **insuficiente motivación de la orden de investigación impugnada**.
- En segundo lugar, por la **inexistencia de indicios** que pudieran justificar la inspección.
- Por último, por la **extralimitación de la actuación inspectora** llevada a cabo en su sede, que no habría respetado los límites señalados en la orden de investigación y en el auto judicial.

a) Sobre la motivación de la orden de investigación

Como se expone en el informe de la DC de 16 de enero de 2020, 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 EUROPA FERRY S se apoya en que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 no cumplía con las exigencias de dichos artículos, al no hacer referencia a indicios o noticias previas que la justificaran, así como tampoco indicaba con suficiente claridad el objeto y finalidad de la actuación inspectora, 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 presunciones que la autoridad pretende comprobar, debe estar identificado con *“la mayor precisión posible”*, de acuerdo con la jurisprudencia nacional y de la UE es un hecho que no se discute y precisamente esta Sala entiende que así se hizo en la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019¹.

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.

Que 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 es algo

¹ STS de 10 de diciembre de 2014 en el RJ2014, 6370.

plenamente confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo 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) señala 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 expediente S/0482/13 *FABRICANTES DE AUTOMÓVILES*. Así en la sentencia de 19 de diciembre de 2019, que desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por FORD, la Audiencia Nacional 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”.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019, que se desestima el recurso contencioso-administrativo de NISSAN IBERIA S.A, al responder a alegación sobre la inspección domiciliaria que la recurrente presentaba, al considerarla contraria a Derecho por lo genérico de la orden de investigación:

“... 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, constamos 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...”

En el caso que nos ocupa, los indicios que motivaron la actuación investigadora han sido expuestos en la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 que aquí se cuestiona:

“Esta Dirección de Competencia ha tenido conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas realizadas en el mercado del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une los puertos de Ceuta y Algeciras. En concreto, las prácticas consistirían en presuntos acuerdos y/o prácticas concertadas de fijación de precios y otras condiciones comerciales, de reparto de mercado e intercambios de información comercial sensible con objeto de coordinar los precios y los horarios de las diferentes rotaciones diarias y repartirse los derechos de atraque de los buques en los puertos. Además, dicha concertación habría podido alcanzar presuntamente a las licitaciones públicas convocadas para la prestación del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Ceuta-Algeciras. Dichos acuerdos y/o prácticas concertadas habrían sido adoptados entre las tres empresas navieras que operan en la citada línea de transporte Algeciras/Ceuta desde el año 2012 y, concretamente: BALEARIA EUROLÍNEAS MARTÍTIMAS S.A.; COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A. y su filial EUROPA FERRYS S.A.; y las empresas FORDE REEDEREI SEETOURLISTIK IBERIA S.L. y su filial FERRYS RAPIDOS DEL SUR S.L. (...).”

Asimismo, no cabe apreciar un carácter exploratorio en la actuación inspectora, como denuncia EUROPA FERRYS en su recurso calificándola como o “*fishing expedition*”, cuando el objeto de la misma estaba perfectamente delimitado desde un punto de vista objetivo, temporal y geográfico y se refería a un mercado muy concreto, tal y como se desprende de la propia orden de investigación de 3 de diciembre de 2019:

“El objeto de la inspección es verificar la posible participación de EUROPA FERRYS así como de su matriz COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., desde el año 2012 hasta la actualidad, en acuerdos y/o prácticas concertadas entre las tres empresas que operan en el mercado del transporte de viajeros y vehículos por vía marítima entre Algeciras y Ceuta. Concretamente, las posibles prácticas anticompetitivas a investigar habrían consistido en la fijación de precios y otras condiciones comerciales, de reparto de mercado e intercambios de información comercial sensible con objeto de coordinar los precios y los horarios de las diferentes rotaciones diarias y repartirse los derechos de atraque de

los buques en los puertos. Además, dicha concertación habría podido alcanzar presuntamente a las licitaciones públicas convocadas para la prestación del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Ceuta-Algeciras [...]”.

Los datos consignados en el acta de inspección desmienten igualmente cualquier intención exploratoria en la inspección, que se desarrolló con manifiesta limitación sobre toda la documentación existente en la empresa. Como se desarrollará con más detalle posteriormente la información recabada finalmente se limitó a 374 correos electrónicos, de los 359.037 correos que contenían los buzones de los inspeccionados y 30 MB de documentación electrónica de los 41.000 MB disponibles, sin recabar ningún documento impreso en papel.

A la vista de lo expuesto esta Sala entiende que no puede hablarse en ningún caso de imprecisión o falta de concreción o motivación en la orden impugnada ni de “fishing expedition”, 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, EUROPA FERRYS 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 que restringía el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE, por lo que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 no puede declararse inválida como pretende EUROPA FERRYS

b) Sobre la existencia de indicios que motivaran la inspección

EUROPA FERRYS también denuncia la insuficiencia de los indicios en poder de la CNMC para sospechar de la existencia de una conducta infractora del Derecho de la Competencia y para ordenar la inspección. Cuestiona asimismo los motivos esgrimidos por el Abogado del Estado para solicitar la autorización de entrada que fueron expuestos por el Juez en el auto de 16 de diciembre de 2019.

Esta Sala coincide con la DC en que EUROPA FERRYS carece de justificación en sus alegaciones, con base en una información a la que no ha tenido acceso y que exclusivamente va dirigida al juez, que es quien debe conceder la autorización de entrada. No obstante, EUROPA FERRYS tiene la posibilidad de recurrir en apelación la correspondiente autorización de entrada en los términos establecidos en la misma ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En relación con el expediente de vigilancia VS/0241/10 NAVIERAS CEUTA-2 al que EUROPA FERRYYS hace referencia, esta Sala considera que las alegaciones de la recurrente carecen de todo fundamento. La diferencia entre ambos ámbitos de actuación de la CNMC resulta manifiesta y ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en jurisprudencia consolidada² lo que imposibilita la extrapolación de conclusiones que realiza la recurrente.

Adicionalmente debe señalarse que, si bien TRASMEDITERRÁNEA y EUROPA FERRYYS fueron destinatarias de la resolución de 10 de noviembre de 2011, dictada por la antigua CNC en el expediente S/0241/10 NAVIERAS CEUTA-2, la infracción de la que se les declaró responsables y las sanciones impuestas a ambas empresas fueron anuladas por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 1 de junio de 2015 (recurso de casación nº 1994/2014). Dicha sentencia casó la sentencia de 7 de abril de 2014 de la Audiencia Nacional (recurso contencioso-administrativo nº 6/2012) y subsiguientemente la citada resolución de 10 de noviembre de 2011, dictada en el expediente S/0241/10, para ambas empresas.

Por tanto, desde junio de 2015 TRASMEDITARRÁNEA y EUROPA FERRYYS no han podido ser objeto de vigilancia como infractores de la normativa de competencia en virtud de la resolución de 10 de noviembre de 2011 mientras que las restantes empresas sancionadas en noviembre de 2011 (BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A., BUQUEBUS ESPAÑA, S.A.U., EUROMAROC 2000, S.L. y FORDE REEDEREI SEETOURLSTIK IBERIA, S.L.) sí vieron confirmada su responsabilidad en la revisión judicial del expediente sancionador y fueron objeto de sendas resoluciones de recálculo de multa dictadas por esta Sala de Competencia a raíz de las actuaciones de vigilancia desarrolladas por la Dirección de Competencia (resoluciones de ejecución de sentencia de 2 de junio y 3 de noviembre de 2016).

La disociación y separación de las empresas objeto de vigilancia que fueron sancionadas en la resolución original en virtud de la dispar revisión judicial sobre la responsabilidad de las mismas ha modulado completamente el ejercicio de la función de vigilancia prevista en el artículo 41 de la LDC por parte de la Dirección de Competencia. En tales circunstancias resultaba imposible ejercer las mismas funciones de verificación y vigilancia de cara a investigar la posible persistencia de las conductas sancionadas en noviembre de 2011 entre empresas exoneradas de responsabilidad (TRASMEDITERRÁNEA y EUROPA FERRYYS) y empresas cuya responsabilidad había sido confirmada judicialmente (las restantes). Ninguna actuación de la Dirección de Competencia en sus funciones de órgano de vigilancia podía dirigirse al unísono a ambos conjuntos de empresas, dada su diferente posición jurídica respecto a la resolución a vigilar. A partir de junio de 2015 la relación de TRASMEDITARRÁNEA y EUROPA FERRYYS con las funciones de vigilancia de la CNMC de cara a verificar una hipotética continuación de las conductas sancionadas en 2011 era del todo

² Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016), 22 de mayo de 2019 (recurso 1299/2018) y de 4 de febrero de 2020 (recursos 5549/2018, 5945/2018 y 6404/2018).

similar a las de empresas terceras ajenas a la resolución original, empresas que no eran interesadas en el expediente de vigilancia y no eran destinatarias de sus actuaciones ni de sus resoluciones.

Ante dicha situación, la diferencia entre las actuaciones de vigilancia y las actuaciones de investigación y detección de infracciones de la LDC puesta de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alcanzaba toda su virtualidad dado el diferente estatus jurídico de las empresas implicadas en una posible reiteración de la conducta e impedían el habitual ejercicio de las funciones de vigilancia por parte de la Dirección de Competencia, obligando a que cualquier investigación sobre una posible conducta colusoria por parte de TRASMEDITARRÁNEA y EUROPA FERRYS en la línea Algeciras-Ceuta no pudiera realizarse en el citado expediente de vigilancia VS/0241/10 NAVIERAS CEUTA-2, al que ambas empresas resultaban ya totalmente ajenas.

c) Sobre la extralimitación de la actuación inspectora

Con respecto a la posible anulabilidad de dicha actuación inspectora, que EUROPA FERRYS reclama subsidiariamente por haber recabado la DC información que excede del ámbito expresamente delimitado por la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, esta Sala insiste en que dicha orden estableció 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 si convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que si 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 3 de diciembre de 2019, referido a acuerdos y/o prácticas concertadas que habrían sido adoptados entre las tres empresas navieras que operan en la línea de transporte

Algeciras/Ceuta desde el año 2012, entre las cuales se encuentra EUROPA FERRYS

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 apoderado de EUROPA FERRYS. 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 solicitó un organigrama de la empresa, así como explicaciones necesarias sobre las distintas actividades de la empresa, al objeto de poder identificar mejor los directivos a inspeccionar³.

Según se consigna en el acta de inspección y en la relación de copias digitales que se adjunta a la misma, de todo el volumen de documentación existente en la empresa inspecciona se recabó solamente:

- 374 correos electrónicos, de los 359.037 correos que contenían los buzones de los inspeccionados, es decir, el 0,1% de los inicialmente investigados;
- 30 MB de los 41.000 MB de archivos de unidades locales y de red inicialmente recabados, es decir, se recabaron menos del 0,07% de los inicialmente investigados;
- Y ningún documento en papel.

A juicio de la Sala, estas cifras muestran que los inspectores desarrollaron su labor inspectora con diligencia, proporcionalidad y respeto a lo establecido en la orden de investigación recurrida y en el auto judicial, limitando al máximo la información finalmente recabada. Por tanto, esta Sala entiende que la actuación inspectora se realizó dentro del ámbito literalmente fijado por la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, referido a acuerdos y/o prácticas concertadas que habrían sido adoptados entre las tres empresas navieras que operan en la línea de transporte Algeciras/Ceuta desde el año 2012, entre las cuales se encuentra EUROPA FERRYS.

En relación al número limitado de documentación que fue intervenida, en su escrito de alegaciones de 17 de febrero EUROPA FERRYS defiende que precisamente por este carácter limitado la DC podría haber aplicado fácilmente la doctrina expuesta en la sentencia del antiguo Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 en los asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03. Sin embargo, EUROPA FERRYS no desconoce que dicha sentencia se refiere específicamente a aquellos documentos señalados por la empresa sobre los que exista controversia acerca de su posible protección por la confidencialidad entre

³ En respuesta a la solicitud del equipo inspector, el acta de inspección refleja que "(e)l Sr. [FFF] señala que no disponen de ningún organigrama impreso y explica que él es el máximo responsable de la sede en la que se encuentran los inspectores, así como las funciones de las personas que trabajan en la sede tanto en la planta local 3ª-3B, donde se encuentra su despacho como en la planta baja Local F6".

abogado y cliente. Como afirmó esta Sala en su resolución de 18 de mayo de 2017 (expte. R/AJ/021/17, ALTADIS) *“el tratamiento conjunto e indiferenciado de los tres tipos de documentos referidos por ALTADIS (documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente, ajenos a la inspección y personales) no resulta adecuado, ya que no permite distinguir los derechos y bienes jurídicos afectados en cada uno de los casos y el régimen jurídico aplicable a los mismos. Los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente son documentos que se encuentran dentro del objeto de la investigación domiciliaria pero que quedan fuera del alcance del equipo inspector por su relación con el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el simple acceso a estos documentos “de defensa” podría tener las repercusiones previstas en la jurisprudencia comunitaria que ALTADIS cita en su escrito de alegaciones”*.

Por el contrario, los documentos profesionales ajenos al objeto de la inspección se encuentran desde el principio fuera del objeto de la investigación pero no gozan de idéntica protección que los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente porque su exclusión no se deriva de su relación con el derecho de defensa protegido por el artículo 24 de la Constitución sino por otros derechos constitucionales, igualmente susceptibles de protección, pero de contenido diferente, como es el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE).

La argumentación indiferenciada y conjunta de EUROPA FERRYYS sobre dos tipos de documentos de diferente naturaleza no sólo resulta inexacta e inadecuada para el examen de los posibles derechos afectados, como ha afirmado esta Sala en otras ocasiones, sino que, además en el presente caso, desconoce que el análisis que menciona en su recurso para determinar si un documentos se encontraba dentro del ámbito de la inspección fue continuo a lo largo de la misma, tal y como acreditan varios pasajes del acta de inspección.

Así, los apartados 73-76 y 79-82 del acta de inspección recogen la realización por parte de los funcionarios de la CNMC de breve análisis para verificar que la documentación almacenada en cuentas de correo electrónico o de mensajería instantánea no se encontraban relacionadas con el objeto de la investigación, teniendo como resultado, tras dicha verificación, que no se recabara ninguna información de las mismas.

En cualquier caso, EUROPA FERRYYS tuvo en todo momento durante la inspección la oportunidad de identificar los documentos que fueran ajenos al objeto de la misma (o que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente), especialmente teniendo en cuenta que la inspección se concretó, exclusivamente, respecto de las áreas de trabajo y dispositivos de dos miembros de su personal.

En este caso, a pesar de mantener en todo momento bajo su control la totalidad de la documentación original sometida a inspección no consta que EUROPA FERRYYS pretendiera efectuar su propio ejercicio de análisis e identificación de

documentos, en aras de garantizar sus derechos, sino que mantuvo un mero seguimiento de la labor inspectora de la CNMC.

Tal como señala la Audiencia Nacional en sus sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014:

"Este control permanente sobre el documento original permite que la sociedad investigada pueda ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la investigación domiciliaria y durante todo el curso de la misma con absoluta independencia de la actuación del equipo inspector, pudiendo analizar exhaustivamente la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de documentos privados, ajenos al objeto de la misma y protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y comunicarlo de inmediato durante la inspección a los funcionarios encargados de la investigación".

Finalmente, tal y como la DC indicó en su informe de 16 de enero de 2020, EUROPA FERRYS fue informada durante el desarrollo de la inspección de que toda la información recabada tendría carácter cautelarmente confidencial, tal y como consta en el acta de inspección:

"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 16 de diciembre 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.

CUARTO. - Ausencia de indefensión

EUROPA FERRYS alega, genéricamente, en su recurso que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y las actuaciones inspectoras desarrolladas entre los días 17 y 19 de diciembre de 2019 le han ocasionado indefensión pero en relación con esta posible vulneración, la recurrente se limita a decir que, en la medida en que la orden de investigación no contenía ninguna

mención a los datos o indicios materiales que llevaron a la DC a sospechar la existencia de la presunta infracción, el acto vulneraría sus derechos de defensa.

A este respecto, 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 defensa⁴:

“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 **existencia de indefensión**, esta Sala considera que ni en la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, ni en la posterior actuación inspectora de la DC hay atisbos de que a la recurrente se le haya causado la más mínima indefensión. Como ya se ha visto en el fundamento de derecho anterior no es posible apreciar la ausencia de motivación en la orden de investigación impugnada por EUROPA FERRYS De acuerdo con lo antes expuesto la empresa inspeccionada conoció las razones por las que la DC solicitó la entrada en su domicilio, ya que le fueron notificados tanto la citada orden de investigación como el auto nº 5199/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Algeciras que autorizó dicha entrada y constando en estos documentos el motivo de apertura de la investigación, su objeto y su período temporal, se puede afirmar que, consecuentemente, la parte recurrente no ha sufrido indefensión alguna en relación a los documentos oficiales que ordenaban la inspección.

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

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

HA RESUELTO

ÚNICO. - Desestimar el recurso interpuesto por EUROPA FERRY S, S.A. contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre 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. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.