

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/100/21, COHEMO

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 14 de septiembre de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/100/21, COHEMO por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por COMERCIAL HERNANDO MORENO, S.L.U. (COHEMO) contra la actuación de la Dirección de Competencia durante la inspección de la sede de dicha empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de junio de 2021 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por COHEMO, 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 inspección de 2 de junio de 2021, y la actuación inspectora realizada los días 9 y 10 de junio de 2021.
2. Con fecha 23 de junio de 2021, 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 COHEMO.

3. Con fecha 30 de junio de 2021, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del presente recurso.
4. Con fecha 6 de julio de 2021, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de COHEMO, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
5. El día 13 de julio de 2021, COHEMO tuvo acceso al expediente.
6. El día 2 de agosto de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de COHEMO.
7. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 14 de septiembre de 2021.
8. Es interesada en este expediente de recurso COMERCIAL HERNANDO MORENO, S.L.U. (COHEMO).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE.

El presente recurso se promueve contra las actuaciones llevadas a cabo por la DC durante la inspección de la sede de COHEMO que tuvo lugar los días 9 y 10 de junio 2021.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, disponiendo que "*[l]as resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días*".

COHEMO considera que la orden de investigación de 2 junio de 2021 y, por consiguiente, la inspección que trae causa de la misma deben declararse nulas.

En primer lugar, sostiene COHEMO que el domicilio social de la empresa incluido en la Orden de Inspección y en el Auto Judicial de entrada, no corresponde con la ubicación de las oficinas de la empresa.

Por otro lado, la empresa afirma que la información inicial recabada por los inspectores incluía no sólo información corporativa, sino también personal y las mantenidas con los abogados externos de la empresa, si bien estas dos últimas fueron filtradas y descartadas por el equipo de inspección durante la labor inspectora.

COHEMO sostiene que la motivación de la Orden de Inspección es abstracta, sin concretar los hechos, ni definir de manera suficiente su objeto, finalidad y alcance.,

sin incluir indicios concretos o hechos fácticos que habrían concluido a la Dirección de Competencia la conveniencia de llevar a cabo la inspección.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 30 de junio de 2021, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que la actuación de la DC durante la inspección de la sede de COHEMO que tuvo lugar durante los días 9 y 10 de junio 2021 no es susceptible de causar a la recurrente indefensión ni perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En su escrito de alegaciones al informe de la DC, formulado tras el acceso al expediente, COHEMO reitera los argumentos ya expuestos en su recurso.

SEGUNDO. - SOBRE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 47 DE LA LDC.

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

2.1. AUSENCIA DE INDEFENSIÓN

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 defensa, nunca potencial o abstracta. Esto es, una indefensión material¹. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por COHEMO se ha producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material en el sentido que acabamos de exponer.

En primer lugar, sostiene COHEMO que el domicilio social de la empresa incluido en la Orden de Inspección y en el Auto Judicial de entrada, Calle Camino de las Pajarillas, 8, Polígono de las Pajarillas, Móstoles 28935 (Madrid), no corresponde con la ubicación de las oficinas de la empresa, que estarían localizadas en la Calle Camino de las Pajarillas 2, 4, 6 y 8, esgrimiendo esta cuestión la empresa como suficiente para considerar nulas las labores de inspección.

Por otro lado, la empresa afirma que la información inicial recabada por los inspectores incluía no sólo información corporativa, sino también personal y las mantenidas con los abogados externos de la empresa, si bien estas dos últimas fueron filtradas y descartadas por el equipo de inspección durante la labor inspectora. No obstante, se trataría según COHEMO, de actuaciones nulas, al tener su origen en una Orden de Inspección nula o anulable por cuanto se trataría de una

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

resolución estereotipada carente de la motivación exigible de acuerdo con la normativa y jurisprudencia aplicable.

COHEMO sostiene que la motivación de la Orden de Inspección es abstracta, sin concretar los hechos, ni definir de manera suficiente su objeto, finalidad y alcance., sin incluir indicios concretos o hechos fácticos que habrían concluido a la Dirección de Competencia la conveniencia de llevar a cabo la inspección.

Esta falta de motivación concreta habría situado a la empresa en una situación de indefensión, al no conocerse la relación de la mercantil con hecho concreto alguno. Reconoce COHEMO que, al tratarse de un procedimiento en información reservada, la Orden de Inspección no podría ofrecer información detallada y exhaustiva de los hechos investigados, si bien esto no debería suponer un *cheque en blanco* a la hora de no motivar mínimamente las resoluciones, según la recurrente, remitiéndose a las sentencias del Tribunal Supremo (TS) de 10 de diciembre de 2014, asunto UNESA (recurso 4201/2011), de 27 de febrero de 2015, asunto Trasmediterránea (recurso 1292/2012) y de 31 de octubre de 2017, asunto SEMI (recurso 1062/2017). Considera la empresa que, al menos en el caso de las sentencias de 27 de febrero de 2015 y de 31 de octubre de 2017, la motivación de las Órdenes de Investigación que condujo a su anulación es idéntica a la motivación de la Orden de Inspección de 2 de junio de 2021 recurrida por COHEMO.

Por todo ello, y por considerarse vulnerados los artículos 18.1, 2 y 3 y 24.2 de la Constitución Española, así como los artículos 8.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, COHEMO solicita que se anulen la orden de inspección de 2 de junio de 2021 y las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma.

Esta Sala, sin embargo, considera que la actuación inspectora de la DC fue proporcionada y ajustada a Derecho por las razones que se exponen a continuación:

La inspección llevada a cabo los días 9 y 10 de junio de 2021, se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 40 de la LDC, siguiendo lo dispuesto en la orden de inspección de 2 de junio de 2021 y también en el Auto nº 80/2021 de 4 de junio de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, de concesión de autorización de entrada en el domicilio de la citada empresa para la realización de la inspección, firmando la empresa el correspondiente recibí de notificación de dicha orden y del Auto Judicial tras informarle del objeto y contenido de éstos, accediendo a la práctica de la inspección, tal como se indica en el acta de la inspección.

En primer lugar y por lo que respecta al domicilio social de la empresa inspeccionada, sin perjuicio de que efectivamente en la dirección indicada en la Orden de Inspección y el Auto Judicial, Camino de las Pajarillas nº 8, efectivamente se encuentra la sede de COHEMO, que la empresa ahora alega que también incluye los números 2, 4 y 6, ello no excluye, como ya se ha señalado, que la dirección de la sede social de COHEMO esté efectivamente en la citada dirección, en su nº 8, siendo ésta la que aparece en las bases de datos públicas

empresariales, como AXESOR, adjuntándose informe con los datos que al respecto constan en fuentes oficiales y que indica como domicilio social y comercial de la empresa el ya citado y recogido tanto en la Orden de Inspección como en el Auto Judicial de entrada (Camino de las Pajarillas 8), siendo también éste el que se indica por la propia empresa en su página Web (www.cohemo.com):



Por otro lado, en cuanto al ámbito cognitivo del órgano judicial autorizador de la entrada, efectivamente éste debe comprobar 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 artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, F.J. 3.a, 50/1995, de 23 de febrero, F.J. 5, 171/1997, de 14 de octubre, F.J. 3, 69/1999, de 26 de abril, 136/2000, de 29 de mayo, FF.JJ. 3 y 4).

Y como puede comprobarse de la lectura del Auto emitido por el juez, autorizando la entrada en el domicilio de la recurrente, en éste se hace referencia al contenido exigido respecto de la Orden de Inspección, de acuerdo con lo indicado en el artículo 40.4 de la LDC y también en el artículo 13.3 del RDC, en los que expresamente se indica que el personal de la CNMC debidamente autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia para proceder a una inspección tiene, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la consideración de agente de la autoridad y ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Competencia que indique 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.

Es decir, desde un punto de vista formal, en la Orden de Inspección se 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 va a practicarse y el alcance

de la misma y, desde un punto de vista material, las características básicas de la infracción, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de la presunta infracción, siguiendo así lo señalado por la AN en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, que expresamente indica lo siguiente²:

“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”.

Precisamente, en este caso, el juez concedió la autorización de entrada una vez valorada que la actuación administrativa que motiva la entrada tiene amparo en un fin legítimo tutelado por el Ordenamiento jurídico y que la entrada se plantea como un medio necesario para la consecución de ese legítimo fin, no siendo factible otra vía menos lesiva o constrictiva del derecho afectado. Con la citada inspección se trataba de verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas, estimando el juez suficiente la información trasladada por la Dirección de Competencia para que éste pudiera realizar el control de legalidad de la actuación administrativa, concediendo por ello el auto autorizando la entrada en la sede social de COHEMO, considerando que existía título habilitante (la reiterada Orden de Inspección), con apariencia de legalidad, la constatación de la necesidad de la actuación, habida cuenta de la naturaleza de los hechos a investigar, así como la proporcionalidad de la medida solicitada.

Por tanto, la citada Orden cumple las formalidades legales, tanto formales, en cuanto al contenido de la Orden de Inspección, como materiales, siendo la finalidad para la que se solicita la entrada, la de obtener información relevante sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, siendo la entrada en el domicilio un medio adecuado y proporcionado para la finalidad que se pretende.

Se recuerda que justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es recabar evidencias que acrediten, en su caso, la posible infracción de cara a contar con indicios racionales que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, como exige el artículo 49.1 de la LDC, posibilitando la identificación de los presuntos infractores y su grado de participación en la conducta ilícita.

Así, consta en el acta de la inspección (párrafos 25 y 26) que se informó a COHEMO que la inspección se producía en relación con lo señalado en la Orden de Inspección y que, de acuerdo con los poderes de inspección establecidos en el artículo 40 de la LDC, se recabaría información relacionada con los hechos señalados en dicha Orden. Y también, por lo que se refiere al análisis y selección

² Sentencia de la AN de 18 de septiembre de 2017, rec. nº 540/2014.

de documentos, se informó que se realizaría una primera evaluación de la información al objeto de realizar una primera selección de la relacionada con la investigación, que sería posteriormente objeto de sucesivas fases de filtrado mediante la inspección visual del mismo por los inspectores y, eventualmente, mediante la ayuda de otros criterios adicionales de búsqueda basados en el uso de palabras significativas que serían entregadas al finalizar la inspección (párrafo 32).

De hecho, tal y como indica la empresa en su escrito de recurso y quedó debidamente reflejado en el acta de la inspección (párrafos 28 a 30), de la información de la empresa seleccionada inicialmente, la información de carácter personal fue debidamente identificada por el personal inspector, con la colaboración de los inspeccionados, por lo que o bien no fue recabada, o bien fue censurada, en el caso de las conversaciones de WhatsApp. En cuanto a la documentación que podría contener comunicaciones con abogados externos, la empresa facilitó al equipo inspector un listado con sus direcciones de correo electrónico, que fue empleado para su identificación y posterior eliminación (párrafo 57 del acta) de la información que sería finalmente recabada.

Una vez precisado que la empresa tuvo cumplida información respecto al objeto, contenido y finalidad de la inspección, así como del procedimiento que iba a seguir el equipo inspector en relación con la selección de documentación, y de ahí la firma de la empresa del recibí tanto de la notificación de la Orden como del auto judicial de entrada, manifestando su consentimiento expreso a la práctica de la inspección, se procede a analizar con más detalle el contenido de dicha Orden, a la vista del recurso presentado por COHEMO. Dicho recurso señala que la Orden de 2 de junio de 2021 es una Orden estereotipada, cuya motivación es abstracta, en base a hechos que no concreta, de fundamentación genérica, sin definir de manera suficiente su objeto, finalidad y alcance, de acuerdo con la normativa de competencia y jurisprudencia aplicable, limitando sus derechos fundamentales. Sin embargo, la Orden indica literalmente que las prácticas a investigar consisten en acuerdos para la manipulación y reparto de licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa, al menos desde 2012, en relación con el suministro, mantenimiento y modernización militar, en especial, de vehículos militares:

“El objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la citada empresa, junto con otras empresas competidoras en el sector del suministro, mantenimiento y modernización de material militar, en especial, de vehículos militares, respecto del reparto de licitaciones convocadas en España por el Ministerio de Defensa, al menos, desde 2012 hasta la actualidad, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), dada su posible afectación del comercio intracomunitario. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos y/o prácticas concertadas se han llevado a la práctica.”

Por tanto, a la vista del contenido literal de la Orden en ningún momento puede considerarse que sea abstracta y, por el contrario, ha de afirmarse que ésta cumple

con las exigencias del artículo 13.3 del RDC, así como lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia aplicable, como se ha corroborado en la reciente sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 24 de mayo de 2021³. En esta sentencia, la AN se ha vuelto a manifestar en relación con la también alegada falta de concreción de la Orden de investigación, señalando en primer lugar que no se ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la Constitución por cuanto la investigación y el registro domiciliario ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico le ha atribuido competencia para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez que ha analizado la orden de inspección y comprueba que la entrada domiciliaria cumple los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que están en juego, como ha sido también el caso en este supuesto, reiterándose que la entrada fue autorizada por Auto nº 80/2021 de 4 de junio de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, de concesión de autorización de entrada en el domicilio de COHEMO para la realización de la inspección, que se adjunta a este informe, firmando la empresa el correspondiente recibí de notificación de dicha Orden y del Auto Judicial tras informarle del objeto y contenido de éstos, accediendo a la práctica de la inspección, tal como se indica en el acta de la inspección. Por tanto, el citado juez comprobó efectivamente que (i) el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución e pretende tiene cierta apariencia de legalidad prima facie; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

Por tanto, ha de negarse lo alegado por COHEMO en relación al contenido de la Orden, pues a la luz de lo expuesto ésta se ajusta al contenido exigido en el artículo 13.3 del RDC, así como también a lo indicado tanto por la Audiencia Nacional (AN) como por el TS al respecto.

Así, en la Orden se delimita el objeto, alcance y finalidad de la inspección, precisando los mercados investigados (mercado de suministro, mantenimiento y modernización de material militar, en especial, de vehículos militares) y la naturaleza de las conductas investigadas, en concreto, la manipulación y reparto de licitaciones convocadas en España por el Ministerio de Defensa, al menos, desde 2012 hasta la actualidad.

Precisamente, la información a la que la Dirección de Competencia ha tenido acceso, a través de la denuncia recibida el 11 de marzo de 2021, en el marco de la información reservada iniciada ha motivado, como se indica también expresamente en la Orden de Investigación, la inspección en la sede de COHEMO a partir del 9

³ Sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, rec. Derechos fundamentales 2/2019, dictada en el ámbito del Expte. R/AJ/002/19, en relación con la inspección realizada en la sede común de FERROSER INFRAESTRUCTAS, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A..

de junio de 2021, con la previsión de que ésta pudiera continuar hasta el 11 de junio de 2021.

Como ya se ha adelantado, este contenido se ajusta también a lo indicado por nuestros Tribunales. En este sentido, la AN ya en su sentencia de 20 de julio de 2011 indicó que la Orden de Investigación debe permitir identificar al inspeccionado los elementos esenciales previstos en el citado artículo 13.3 del RDC al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección⁴:

"En este caso la orden de investigación permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Así además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a "determinada información" según la cual determinadas empresas habrían podido incurrir en "posibles" prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional y que, por lo tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si estos acuerdos se han llevado a la práctica. Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección."

Concluía la AN que los términos en los que estaba redactada la Orden de Investigación permitía identificar los elementos del citado artículo 13.3 del RDC y que debía tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las órdenes de inspección depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia, remitiéndose a la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), recaída en el asunto T-23/09 *Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens*, que incide en el denominado "efecto útil" de las inspecciones:

⁴ Sentencia de la AN de 20 de julio de 2011, en el ámbito del Expte. S/0192/09 Asfaltos.

“(...) el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36).”

A esta misma sentencia se ha remitido la AN en su reciente sentencia de 24 de mayo de 2021⁵, estimando que se concretaron las prácticas, la operativa de la actuación, las licitaciones afectadas y el momento temporal al que se refieren, siendo trasladable esta estimación a este supuesto, en el que la Orden de Investigación permite identificar los elementos esenciales de la investigación, así como conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar cuál es el mercado afectado (suministro, mantenimiento y modernización de material militar, en especial, de vehículos comerciales), así como el ámbito material de actuación (reparto de licitaciones convocadas en España por el Ministerio de Defensa, al menos, desde 2012).

Se ha de remarcar la reiterada jurisprudencia comunitaria en cuanto al contenido de las órdenes de investigación y el efecto útil de las inspecciones de las Autoridades de Competencia, que no sólo se ha establecido en la citada sentencia del TGUE de 26 de octubre de 2010, sino también previamente en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, que concluyó que la Decisión de investigación de la Comisión Europea impugnada cumplía los elementos esenciales exigidos por el artículo 20.4 del Reglamento nº 1/2003, y a la que se ha remitido expresamente nuestro TS en su sentencia de 31 de octubre de 2017, sentencia a la que también se remite COHEMO en el recurso presentado, así como la citada reciente sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, y que indicaba lo siguiente:

“- 58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a

⁵ Sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, rec. Derechos fundamentales 2/2019, dictada en el ámbito del Expte. R/AJ/002/19, en relación con la inspección realizada en la sede común de FERROSER INFRAESTRUCTAS, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A..

delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

- 59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

- 60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99).

- 61. En el caso de autos, procede declarar que aunque la Decisión impugnada, reproducida anteriormente en los apartados 15 a 17, está redactada en términos generales, contiene sin embargo los elementos esenciales exigidos por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 y por la jurisprudencia. Indica el objeto y la finalidad de la inspección, poniendo de manifiesto las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, designando el supuesto mercado relevante –el acceso a Internet de alta velocidad para la clientela residencial en Francia–, la naturaleza de las restricciones de la competencia de cuya práctica la demandante es sospechosa –prácticas tarifarias que serían contrarias al artículo 82 CE–, explicaciones relativas a la manera en que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción –sería la autora de la misma–, qué era lo que se buscaba y los elementos sobre los que debía versar la inspección –información relativa a estas prácticas, en particular datos que permitieran determinar el grado de cobertura de los costes de la demandante y elementos propios de una estrategia de limitación

y expulsión de los competidores, que probablemente sólo se comunicaron a algunos miembros del personal de France Télécom y/o de la demandante, que podían buscarse en cualquier local de la empresa, en sus libros y otros documentos empresariales y, en su caso, verbalmente–, las facultades conferidas a los investigadores comunitarios, la fecha de su inicio –el 2 de junio de 2004–, las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24 del Reglamento nº 1/2003 y el derecho a recurrir contra esta Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia”.

Y en base a la citada jurisprudencia, nuestro TS valoró el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, y la extensión del control judicial cuando se trata, como ocurre en este supuesto, de una información reservada, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. Así, expresamente el TS en la citada sentencia de 31 de octubre de 2017, a la que también se remite la reciente sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, literalmente señala que⁶:

“La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción”.

Y siguiendo lo indicado por el TS se ha manifestado igualmente la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en aquellas ocasiones en las que dicha cuestión se ha planteado en recursos a inspecciones⁷:

⁶ Sentencia del TS de 31 de octubre de 2017, rec. casación núm. 1062/2017, asunto SEMI.

⁷ Por ejemplo, entre otras, Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 9 de abril de 2015, Expte. R/AJ/004/15 PROSEGUR y de 28 de marzo de 2019, Expte. R/AJ/002/19, FERROSER INFRAESTRUCTURAS.

“(…) 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”.

Es más, en la citada sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021 se concluye, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, lo siguiente⁸:

“(…) afirmamos que resulta excesivamente desproporcionado exigir en la solicitud de autorización de registro y entrada domiciliaria, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, datos de participación y otros elementos de información –como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada–, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que no se conocen o no están suficientemente identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia”.

Así pues, siguiendo lo indicado en dicha jurisprudencia, así como los requisitos de contenidos en el artículo 13.3 del RDC, el juez estimó conceder la autorización de entrada solicitada dado que analizada la Orden de inspección de 2 de junio de 2021, pues ésta concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma, teniendo en cuenta también la información aportada en anexo confidencial por la Dirección de Competencia al juez para que éste pueda contar con elementos de juicio suficientes para realizar dicho examen y le permitan fundar la procedencia de la entrada en domicilio solicitada para la realización de la inspección, sin que en ningún caso dicha información tenga que ser trasladada a la inspeccionada dado el carácter confidencial de dicha información.

Es decir, el juez ha podido valorar adecuadamente, a la luz de la información facilitada por la Dirección de Competencia, la necesidad de la medida solicitada, como ha señalado el TS, que, en su sentencia de 16 de enero de 2015, afirmaba lo siguiente, en un supuesto también de una inspección realizada en el ámbito de una información reservada, y la información que así mismo debía incluirse en la Orden de inspección⁹:

“En este sentido debe tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las ordenes de Inspección "depende de la naturaleza del acto de que

⁸ Sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, rec. Derechos fundamentales 2/2019, dictada en el ámbito del Expte. R/AJ/002/19, en relación con la inspección realizada en la sede común de FERROSER INFRAESTRUCTAS, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A..

⁹ Sentencia del TS de 16 de enero de 2015 (rec. Casación núm. 5447/2011), Expte. R/0026/09 OSCAL OBRAS.

se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia" (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 (TJCE 2010, 319) caso Conseil National de l'Prfre [sic] des Pharmaciens). En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento "de la posible existencia de una infracción". Es decir, la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas -en cuyo caso el artículo 49.1 LCD (RCL 1991, 71)- ordena incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada. Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 apartado 40 "el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989 (TJCE 1989, 30), Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)."

Y así se ha manifestado también la AN en sus sentencias de 18 de septiembre de 2017 y 24 de mayo de 2021, remitiéndose a la reiterada jurisprudencia comunitaria y nacional citada anteriormente, indicando respecto del alcance de la obligación de motivar y la información que debía trasladarse al inspeccionado, que¹⁰:

"(...) no es correcto sostener que la CNMC debe 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 la inspección 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".

¹⁰ Sentencias de la AN de 18 de septiembre de 2017 (rec. 540/2014), dictada en el ámbito del Expte. S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL y de 24 de mayo de 2021 (rec. derechos fundamentales 2/2019), dictada en el ámbito del Expte. R/AJ/002/19, en relación con la inspección realizada en la sede común de FERROSER INFRAESTRUCTAS, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A.

Como ya había señalado la AN en su sentencia de 27 de diciembre de 2019, citando jurisprudencia comunitaria, incluida la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1989, asunto *Dow Chemical*, a la que también se remite la AN en la citada sentencia de 24 de mayo de 2021, en cuanto a la información que debe ser trasladada al inspeccionado¹¹:

“(...) 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...”

Por tanto, respecto a la información que según COHEMO debe estar disponible por parte del inspeccionado para preservar su derecho de defensa, lo que se exige tanto por la normativa en vigor como por la jurisprudencia es que la Dirección de Competencia aporte información suficiente al órgano judicial para que éste pueda contar con elementos de juicio que le permitan fundar la procedencia de la solicitud de entrada en el domicilio para la realización de la inspección.

¹¹ Sentencia de la AN de 27 de diciembre de 2019 (rec. 624/2015), dictada en el ámbito del Expte. S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES.

Exigencia que ha sido satisfecha por la Dirección de Competencia, como se pone de manifiesto explícitamente en el auto judicial, donde consta que la CNMC remitió al órgano judicial dicha información, con carácter confidencial, lo que implica su tratamiento como tal por el órgano jurisdiccional, al que incumbe no exponer datos que frustren el efecto útil de la investigación, pero al mismo tiempo le permite contar con información más precisa sobre la oportunidad de la entrada solicitada, como ha señalado el TS en la ya citada sentencia de 31 de octubre de 2017, también aludida por COHEMO en su recurso y citada en la reciente sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, aportando la CNMC al juez la información necesaria para que éste pueda contar con elementos de juicio suficientes que le permitieran fundamentar adecuadamente la pertinencia de la entrada en el domicilio, pero en ningún caso se contempla que dicha información sea trasladada al inspeccionado, dado el carácter reservado o confidencial de dicha información.

Por todo ello, ha de desestimarse lo alegado por el recurrente en cuanto al incumplimiento por la Orden de Inspección de los requisitos legales y la jurisprudencia que los desarrolla, ya que el contenido de aquélla, tal y como se ha expuesto, respeta las exigencias establecidas por el citado artículo 13.3 del RDC y por la jurisprudencia relevante al efecto. Así, la CNMC no debe dar traslado al investigado de todos los datos que estén a su disposición, como también se ha corroborado en la sentencia de 20 de diciembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, concluyendo lo siguiente en relación a una petición muy similar a la contemplada ahora y en fase de información reservada, en cuanto a que el apelante solicitó acceder a la información facilitada por la Dirección de Competencia órgano judicial al solicitar la autorización judicial de entrada para la realización de una inspección domiciliaria, destacando el citado órgano judicial la necesidad de mantener la confidencialidad de la información que disponía la Dirección de Competencia en el marco de una información reservada¹²:

“Por tanto, en la medida en que se refiere la otra parte a información de un expediente que se encuentra en información reservada (con las características citadas; no ha habido acceso de las partes todavía, ni alegaciones o identificación de información sensible en el mismo), no debería darse acceso al mismo, ya que, entre otros motivos, podrían verse comprometidos derechos de defensa de las otras partes investigadas.”

Es más, en la citada sentencia el Tribunal valoró así la solicitud de la recurrente en conocer la información trasladada por la Dirección de Competencia al juez al solicitar la autorización de entrada para realizar una inspección en fase de información reservada:

“No obstante, parece ser que lo que la parte apelante busca es conocer al detalle el objeto, circunstancias y desarrollo de las diligencias de investigación. Sin embargo, el conocimiento de dicha tramitación excede del objeto del presente procedimiento, limitado a la autorización de una entrada

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2019, rec. apelación 120/2019.

en domicilio y a la comprobación de la concurrencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles (...)”.

Por tanto, se considera que la alegación de COHEMO relativa a la falta de concreción de los indicios o datos fácticos que justificasen la actuación inspectora debe desestimarse por infundada, pues, como se ha expuesto, la DC ha satisfecho las exigencias requeridas en cuanto a la provisión al órgano judicial de los elementos de juicio necesarios para decidir la procedencia de la entrada en el domicilio de la recurrente, sin que ello haya supuesto menoscabo alguno del derecho de defensa de la empresa inspeccionada, en cuanto que en la propia Orden de Inspección de 2 de junio de 2021, por otra parte, en cumplimiento de los requisitos señalados en el citado artículo 13.3 del RDC y en la jurisprudencia, se concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección.

2.2. AUSENCIA DE PERJUICIO IRREPARABLE.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque 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).

En anteriores recursos¹³ planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos señalados por el Tribunal Constitucional. En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, como es el caso que nos ocupa.

Así, del análisis desarrollado en el apartado anterior en relación a la proporcionalidad de la inspección y su adecuación a la orden de investigación y el auto judicial que la amparaban, no puede deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente. De hecho, COHEMO no lleva a cabo una argumentación específica con respecto a la vulneración concreta de este derecho, por lo que el análisis de la Sala en este punto se considera innecesario.

Por todo ello, esta Sala considera que la actividad inspectora de la DC fue proporcionada y ajustada a derecho, por lo que ninguno de los mencionados actos de la DC ha causado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

¹³ Entre otros expedientes R/0112/12, Grupo Lactalis Iberia; R/0141/13, AOP; R/0148/13, Renault; R/0149/13, BP España y R/DC/0001/14, Almendra y Miel.

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - **Desestimar** el recurso interpuesto por COMERCIAL HERNANDO MORENO, S.L.U. contra la Orden de inspección de 2 de junio de 2021, y la actuación inspectora realizada los días 9 y 10 de junio de 2021 en la sede de la empresa.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndoles 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 a su notificación.