

RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE NAUTALIA II

R/AJ/038/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 7 de junio de 2023.

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/038/23 NAUTALIA II, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por NAUTALIA VIAJES, S.L (en adelante **NAUTALIA**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acta de inspección.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de marzo de 2023, la DC adoptó una Orden de Investigación en la que se autorizaba la realización de una inspección en la sede de la Compañía NAUTALIA VIAJES, S.L a partir del día 28 de marzo de 2023, pudiendo continuar hasta el 31 de marzo de 2023.

2. Mediante Auto nº 32/2023, de 17 de marzo de 2023, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid, autorizó la entrada en la sede de la empresa.
3. El día 30 de marzo de 2023, finalizó la inspección, entregándose a NAUTALIA copia del acta de inspección.
4. El 13 de abril de 2023, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por NAUTALIA VIAJES, S.L (NAUTALIA) 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 el acta de inspección.
5. Con fecha 14 de abril de 2022, 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 NAUTALIA
6. Con fecha 20 de abril de 2022, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del recurso al considerar que no concurren los requisitos del artículo 47 de la LDC.
7. Con fecha 26 de abril de 2023, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de NAUTALIA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
8. El día 4 de mayo de 2023, la recurrente tuvo acceso al expediente.
9. El día 23 de mayo de 2023, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de NAUTALIA.
10. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 7 de junio de 2023.
11. Es interesado en este expediente de recurso:
 - NAUTALIA VIAJES, S.L . En adelante (NAUTALIA)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acta de inspección realizada ejecutando la Orden de Inspección de 15 de marzo de 2023.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.

2. Pretensiones de la recurrente.

En su recurso NAUTALIA solicita que la Sala de Competencia acuerde declarar la nulidad/anulabilidad del acta de inspección.

3. Motivos del recurso.

La recurrente considera que el acta de inspección es nula de pleno derecho conforme al artículo 47.1 a), e) y f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), invocando a tal efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de febrero de 2000.

NAUTALIA sostiene que el equipo inspector materializó una actuación ilegal en la medida en que ejecutó la orden de inspección de 15 de marzo de 2023, dirigida únicamente a la mercantil NAUTALIA VIAJES SL, no a WAMOS AIR, por lo tanto se produjo una entrada ilegal en la sede de otra sociedad, WAMOS AIR S.A, sin cobertura gubernativa, no autorizada por ningún representante, ni autorizada por un órgano judicial, en abierta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución Española.

Alega NAUTALIA que la Orden de inspección debía acordar expresamente la concreta filial o matriz a inspeccionar, una vez motivada la meritada “conexión

directa” en virtud del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que el acta de inspección desarrolle tampoco dicha labor motivadora.

Considera NAUTALIA que la falta de concreción de la orden de inspección produjo grandes desviaciones en su ejecución dado que:

-Estaba acotada a la sede social de NAUTALIA VIAJES, S.L con domicilio social en la calle Mahonia, 2- 3ª planta, 28043 Madrid, y no identificaba a WAMOS AIR, SA.

-No ordena la inspección en ninguna otra empresa del grupo, más allá de la genérica referencia al artículo 40.7 LDC, manifiestamente insuficiente a estos efectos.

-Y tampoco motiva la “ conexión directa” entre cualquier otra empresa del grupo y los “hechos investigados”, dado que los inspectores accedieron al despacho de la directora financiera del Grupo Wamos Air, S.A, Dª. [DATO PERSONAL], ubicado en la planta 6ª del mismo edificio, produciéndose una entrada no autorizada por la orden de inspección, y sin el consentimiento de sus representantes.

4. Informe de la DC.

La DC en su informe de 20 de abril de 2023, rechaza las pretensiones de NAUTALIA y propone la desestimación del recurso.

La DC en su informe se remite a lo manifestado en su informe de 19 de abril de 2023 relativo al recurso interpuesto por NAUTALIA contra la Orden de Inspección de 15 de marzo de 2023 (expediente R/AJ/ 035/23).

A juicio de la DC la orden de inspección recurrida no ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

Considera la DC que, de la información aportada por NAUTALIA en su recurso, no resulta posible determinar la planta del edificio Pórtico en la que se encuentra domiciliada la empresa con meridiana claridad, y que esta indeterminación se manifiesta en otras fuentes de información pública.

Por otro lado, señala que la orden de inspección incluye expresamente una remisión al artículo 40.7 de la LDC, y que en el acta de inspección (párrafo 4) se recoge que el equipo inspector advirtió a los representantes de la empresa, antes del inicio de la inspección, del contenido del anterior precepto y de la obligación

de someterse a la inspección de aquellas empresas del grupo empresarial si hubiera una conexión directa entre éstas y los hechos investigados.

Además, como se comprueba de la lectura del acta de inspección (párrafos 2, 11 y 17), D^a. [DATO PERSONAL] se identificó como directiva de NAUTALIA, y no de WAMOS AIR, sin que realizase observación alguna en función de la ubicación de su despacho cuando se solicita la inspección de la citada directiva.

Asimismo, tal y como resulta del organigrama facilitado por NAUTALIA, uno de los departamentos de la empresa es el de Servicios Corporativos, en el que se integra la Dirección Financiera de la que es responsable la Sra. [DATO PERSONAL]. Salvo su condición de servicios comunes a otras empresas del Grupo WAMOS en el que también se integra NAUTALIA (párrafo 22 del Acta de inspección), la empresa no realizó ningún comentario o manifestación sobre dichos servicios ni, en ningún caso, sobre la localización del despacho de la citada directiva.

Por último, respecto a la conexión directa de la Sra. [DATO PERSONAL] con los hechos investigados, afirma la DC que dicha información la proporcionó la propia empresa (párrafo 23 del acta de inspección) en su respuesta al jefe del equipo inspector al poner de manifiesto que la citada directiva forma parte del comité de gerencia de la UTE formada con la empresa IAG7 Integración de Agencias de Viaje, S.A., denominada IALIA, que se ha presentado a contratos con las Administraciones Públicas para la prestación del servicio de agencia de viajes.

5. Alegaciones de la recurrente al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones de 23 de mayo de 2023, NAUTALIA da por reproducidos sus fundamentos y la documental adjunta, solicitando se dicte resolución declarativa del archivo del expediente.

2. 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 NAUTALIA supone verificar si el acta de inspección ha 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 material.

La recurrente considera que la orden de inspección es nula de pleno derecho conforme al artículo 47.1 a), e) y f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), citando al respecto la sentencia del TSJ de Castilla y León de 18 de febrero de 2000.

Sin embargo, la recurrente no explicita en ningún momento en su recurso cómo considera que la orden recurrida ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, o qué facultad o derecho se ha adquirido por la misma careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio de WAMOS AIR, al acceder los inspectores al despacho de D^a [DATO PERSONAL] directora financiera del Grupo Wamos, ubicado en la planta 6^a del edificio Pórtico, produciéndose una entrada no autorizada por la Orden de Inspección y sin el consentimiento de sus representantes, cabe señalar que de la información aportada por NAUTALIA en su recurso, no resulta posible determinar la planta del edificio Pórtico en la que se encuentra domiciliada la empresa con meridiana claridad.

En efecto, NAUTALIA en su recurso sitúa el domicilio social de la empresa en la Planta 3^o del Edificio Pórtico, sito en la calle Mahonia nº 2 de Madrid, sin embargo en el poder notarial que anexa al recurso como documento nº 1”, consta que NAUTALIA se encuentra “domiciliada en Madrid (28043), calle Mahonia número 2, 5- planta. Edificio Pórtico, Campo de las Naciones”.

Asimismo, en el acta notarial del requerimiento de 31 de marzo de 2023, que NAUTALIA adjunta a su recurso, realizada el día posterior a la finalización de la inspección, se señala por el notario que la empresa se encuentra “domiciliada en Madrid-28043, calle Mahonia, número 2, 5 planta. Edificio Pórtico, Campo de las Naciones”.

Por último, en el contrato de arrendamiento de 5 de agosto de 2019, celebrado entre SCI TITAN y NAUTALIA para el arrendamiento de la planta 3ª del Edificio Pórtico, se consigna igualmente que NAUTALIA se encuentra “domiciliada en Madrid, Calle Mahonia, número 2, Edificio Pórtico, planta 5ª, 28043. Madrid.”

Como dirección de notificaciones a NAUTALIA en el contrato, se consigna a un directivo con dirección de correo de “wamos.com”, con domicilio en “NAUTALIA VIAJES, S.L. Edificio Pórtico. Calle Mahonia nº 2. 28043 Madrid.”, sin especificar planta.

Esta indeterminación se manifiesta en otras fuentes de información pública, dado que la página web de NAUTALIA, el registro mercantil y la base de datos empresarial ASEXOR, sitúan el domicilio social de la empresa en la planta 5º del edificio Pórtico, sito en calle Mahonia, nº 2; mientras que, por el contrario, la base de datos INFORMA consta como domicilio social la planta 3ª del mismo edificio.

En relación a la alegación de la recurrente respecto a la vulneración de la inviolabilidad del domicilio de su sede (o en su caso de WAMOS AIR), por la no identificación en la Orden de inspección de la empresa WAMOS AIR, la orden de inspección incluye expresamente una remisión al artículo 40.7 de la LDC, y el acta de inspección en su párrafo 4 recoge que el equipo inspector advirtió a los representantes de la empresa, antes del inicio de la inspección, del contenido del anterior precepto y de la obligación de someterse a la inspección de aquellas empresas del grupo empresarial si hubiera una conexión directa entre éstas y los hechos investigados.

Por otro lado, coincide esta Sala con la DC en que tal y como se deduce de la lectura del acta de inspección (párrafos 2, 11 y 17), Dª. [DATO PERSONAL] se identificó como directiva de NAUTALIA, y no de WAMOS AIR, sin que realizase observación alguna en función de la ubicación de su despacho cuando se solicita la inspección de la citada directora financiera..

Además, en el organigrama facilitado por NAUTALIA consta que uno de sus departamentos es el de Servicios Corporativos, en el que se integra la Dirección Financiera de la que es responsable la Sra. [DATO PERSONAL]. Salvo su condición de servicios comunes a otras empresas del Grupo Wamos en el que también se integra NAUTALIA (párrafo 22 del acta de inspección), la empresa no realizó ningún comentario o manifestación sobre dichos servicios ni, en ningún caso, sobre la localización del despacho de la citada directiva.

Igualmente, tanto en la Orden de Inspección como en el Auto de 17 de marzo de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid, autorizando la entrada, se hacía referencia al citado Edificio Pórtico, ubicado en c/ Mahonia

nº 2 sin indicación de plantas. Y en cualquier caso, tal y como señala la DC, la conexión directa de la Sra. [DATO PERSONAL] con los hechos investigados la proporcionó la respuesta de NAUTALIA (apartado 23 del Acta de inspección) a la pregunta del jefe de equipo inspector sobre contratos de la empresa con las administraciones públicas para la prestación del servicio de agencia de viajes, al poner de manifiesto la empresa que la citada directiva forma parte del comité de gerencia de la UTE formada con la empresa IAG7 Integración de Agencias de Viaje, S.A., denominada IALIA, que se ha presentado a contratos con las Administraciones Públicas para la prestación del servicio de agencia de viajes.

Según se deduce del acta de inspección, el primer día de la inspección se inspeccionó el despacho de la Sra. [DATO PERSONAL] , en su presencia, desde las 11:20 horas hasta las 12:02 horas, así como el día 28 de marzo, sin que se manifestara ninguna oposición u observación al respecto por la referida directiva. (párrafo 52 del acta de inspección).

A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de noviembre de 2017, ha señalado lo siguiente:

“Pues bien, a partir de dicho dato debemos considerar el ámbito de actuación de la Dirección de Investigación. Y se observa que en efecto, los inspectores de la Dirección de Investigación acudieron al citado domicilio sito en la calle Ferrer i Busquets de Mollerusa que se había indicado como sede del Grupo Lactalis y una vez en dicho local, se indica por los responsables de la empresa allí existente que la estructura de la empresa en Mollerusa consta de tres partes, la principal, que es la fábrica Puleva Food, y las demás partes en las que tienen su sede ,en el mismo recinto, las mercantiles Lactalis Compras y Suministros SL y Lactalis Puleva SL (Logística).

Así pues, a tenor de los concretos datos acreditados en autos que manifiestan la relevante relación existente entre la sociedad matriz a la que se refería el Auto de entrada del Juzgado y las empresas filiales que se encontraban en el local que se indica en la autorización, llevan a concluir que la entrada realizada en los locales de las empresas recurrentes en el lugar autorizado por el Juzgado en Mollerusa se encontraba amparada en la autorización judicial, pues si bien en ésta se indicó como local autorizado el de la sede del Grupo Lactalis, y a ésta como empresa inspeccionada, es lo cierto que la intensa vinculación formal y material existente, al ser el mencionado Grupo Lactalis socio único de las mercantiles recurrentes, determina que la empresa matriz y la filial constituyen una unidad económica y estratégica real que permite considerar que en este supuesto el ámbito de la autorización judicial comprendía al local de Mollerusa respecto a la empresa Grupo Lactalis como a sus filiales que se encontraban en el aludido lugar.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Enero de 2011 (asunto C-90/09 P) se reitera la jurisprudencia sobre el concepto de empresa y se precisa que este concepto designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico esta unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas, añadiendo que el comportamiento de una filial puede imputarse a una sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente las instrucciones que le impone la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (Sentencia Azko Nobel y otros /Comisión , apartados 55 a 58).

Mas concretamente, en la reseñada sentencia de 20 de Enero de 2011 el TJUE ha declarado que en el caso particular que una matriz participe al 100% del capital de su filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia , cabe afirmar, de una parte, que esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en la filial y por otra parte que existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia. Y en estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquella ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial, a no ser que dicha matriz, a la que incumbe desvirtuar dicha presunción, aporten suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (Sentencia Stora Kopparbergs/Comisión, apartado 99 y Azko Nobel y otros /Comisión, apartado 61). Y en fin, declara la sentencia que incumbe a la sociedad matriz someter a la apreciación del juez de la Unión todo elemento relativo a los vínculos organizativos, económicos y jurídicos existentes entre ella y la filial que puedan demostrar que no integran un unidad económica.

Con arreglo a las consideraciones jurídicas de la citada sentencia del TJUE, cabe interpretar que en el caso concreto de que una sociedad matriz sea titular al 100% de del capital de una filial de su grupo, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial, y que ambas constituyen una única empresa a los efectos de la aplicación del derecho de la competencia.

Y desde esta perspectiva, cabe considera que el hecho de que en el Auto de autorización judicial de entrada no corresponda formalmente a la empresa objeto de inspección, sino a tres empresas filiales, no presenta la relevancia que la parte pretende, en cuanto todas ellas constituyen una unidad económica, que se presume por el dato acreditado de que la sociedad matriz es socio único de las filiales y nada se ha expuesto en el recurso para desvirtuar tal realidad económica, pues no se ha ofreció ninguna argumentación ni se ha realizado ninguna actividad probatoria de que no existe esa unidad económica entre las empresas matriz y las filiales. Por lo expuesto, hemos de rechazar la tesis de las

recurrentes de que la entrada en el local de Mollerusa indicado en el Auto judicial carece de validez por haberse desarrollado en el domicilio de las empresas filiales.” (Subrayado propio).

NAUTALIA en su recurso no alega ningún motivo de indefensión referido al acta impugnado.

Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional “*la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*”, conduciendo a entender que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, “*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*” (STC 71/1984, 64/1986)”.

Asimismo, con respecto al derecho de defensa, la jurisprudencia del TS, en su sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, ha declarado que “*tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador*”, matizando que “*esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite*”.

Respecto a la posible violación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria por una orden de inspección que cuenta con la preceptiva autorización judicial, la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2021, aplicable a este caso, indicó que “*la Orden de Inspección(...) ahora impugnada no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la Constitución por cuanto la inspección y el registro domiciliario ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico -artículo 8.6 de la LJCA y artículo 91.2 de la LOPJ- 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, y entre ellos el derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria.*”

Por todo lo anterior, considera esta Sala que el acta de inspección no es susceptible de provocar indefensión a la recurrente.

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 todos, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En anteriores recursos 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 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 a la recurrente.

Por todo ello, esta Sala considera que el acta recurrida no ha causado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

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.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

2 RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso presentado por NAUTALIA VIAJES S.L (NAUTALIA) contra el acta de inspección.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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.