

RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE ENDESA, S.A., Y OTRAS

R/AJ/058/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 27 de septiembre 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/058/23, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U., ENDESA, S.A., ENDESA RED, S.A., ENDESA INGENIERÍA, S.L.U., ENDESA ENERGÍA, S.A.U., ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U, ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES, S.L.U y ENDESA X SERVICIOS, S.L.U., (en adelante Grupo ENDESA), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la actuación inspectora realizada los días 19 a 23 de junio de 2023.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 8 de junio de 2023, la DC adoptó una Orden de Investigación en la que se autorizaba la realización de una inspección en las sedes de ENDESA, S.A. y sus filiales, ENDESA RED, S.A., EDISTRIBUCION REDES DIGITALES, S.L.U., ENDESA INGENIERIA, S.L.U., ENDESA ENERGIA, S.A.U., ENERGIA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U., ENDESA

OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES, S.L.U. y ENDESA X SERVICIOS, S.L.U. situadas en la calle Ribera del Loira, 60, 28042 Madrid, en la Avenida de la Borbolla, 4-5, 41004 Sevilla y en la calle del Dr. D. Joaquin Aznar Molina, 2, 50002 Zaragoza.

2. Mediante Autos 136/2023 y 28/2023, de 13 y 15 de junio, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo nº10 de Madrid y nº 5 de Zaragoza, autorizaron la entrada en las sedes del grupo ENDESA en Madrid y Zaragoza.

Con fecha 15 de junio de 2023, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº11 de Sevilla dictó Auto 101/2023, por el que se deniega el acceso a la sede de Sevilla.

3. Con fechas 19 a 23 de junio de 2023, la DC realizó una inspección en las sedes de las empresas del Grupo Endesa en Madrid y Zaragoza.

4. Con fecha 7 de julio de 2023 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por el Grupo ENDESA, 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 actuación inspectora.

5. Con fecha 10 de julio de 2023, 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 el grupo ENDESA.

6. Con fecha 17 de julio de 2023, 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 18 de julio de 2023, el Secretario del Consejo, por delegación mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 13.06.2023, acordó admitir a trámite el recurso del grupo ENDESA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.

Dicho plazo fue ampliado en siete días, a solicitud del grupo ENDESA, por acuerdo de 9 agosto de 2023.

8. El día 20 de agosto de 2023, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias del grupo ENDESA.

La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 27 de septiembre de 2023.

Son interesados en este expediente de recurso:

- EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U.,
- ENDESA, S.A.,
- ENDESA RED, S.A.,
- ENDESA INGENIERÍA, S.L.U.,
- ENDESA ENERGÍA, S.A.U.,
- ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U,
- ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES, S.L.U
- y ENDESA X SERVICIOS, S.L.U

Todos ellos en adelante (GRUPO ENDESA)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de las recurrentes.

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra las actuaciones inspectoras, realizadas al amparo de la Orden de 8 de junio de 2023 y de las correspondientes autorizaciones judiciales, en las sedes conjuntas de las empresas del grupo ENDESA en Madrid y Zaragoza.

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 las recurrentes.

En su recurso las recurrentes solicitan que se anule la actuación inspectora desarrollada los días 19 a 23 de junio de 2023 en las sedes de las empresas de Madrid y Zaragoza, acordando la devolución de la totalidad de los documentos recabados en dicha inspección.

3. Motivos del recurso.

Las recurrentes basan su recurso, en síntesis, en los siguientes fundamentos de derecho:

Considera el grupo ENDESA que el contenido de la orden de inspección es demasiado amplio e indeterminado y se extralimita con creces del único indicio del que partía la DC para llevar a cabo la inspección (las denuncias), definiendo un contenido incongruente y amplio respecto de dicho indicio, invocando a tal efecto, el Auto 101/23 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Sevilla, denegatorio de la entrada solicitada por la CNMC.

A su juicio, los indicios carecen de justificación y motivación suficiente lo que lleva a considerar infundado el objeto de la inspección, y en todo caso, invalida la actuación inspectora.

Asimismo, alegan la falta manifiesta de proporcionalidad en la medida indagatoria seleccionada.

Aunque estos argumentos han sido objeto de un recurso específico al respecto e interpuesto por las mismas empresas contra la citada Orden (R/AJ/055/23), las recurrentes estiman necesario reiterarlos en el presente recurso en la medida que son el antecedente inmediato de los reproches a la actuación inspectora.

En segundo lugar, y con respecto a la actuación inspectora desarrollada los días 19 a 23 de junio de 2023, las recurrentes alegan la comisión de varias ilegalidades por parte de los funcionarios de la CNMC que invalidaría por completo las inspecciones por “fishing expedition”, y que sintentiza la recurrente de la siguiente manera:

- Extralimitación en la incautación de la documentación durante la actuación inspectora. La documentación ilícitamente recabada no obedece a la doctrina del hallazgo casual.

- Extralimitación en la realización de entrevistas sin las debidas garantías formales ni sustantivas.
- Negativa a mostrar el auto autorizando la entrada y registro en la sede de Zaragoza con carácter previo a consentir la entrada y registro.
- Y, por último, manifiesta falta de proporcionalidad en la medida indagatoria seleccionada.

4. Informe de la DC.

La DC en su informe de 17 de julio de 2023, rechaza las pretensiones de las recurrentes y propone la inadmisión y, su defecto, desestimación del recurso contra la actuación inspectora desarrollada los días 19 a 23 de junio, en la medida en que ésta no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de dicha empresa, por lo que el recurso no reúne los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

Sobre el contenido y motivación de la orden de inspección, así como la proporcionalidad en la medida indagatoria seleccionada, señala la DC que las alegaciones de las recurrentes fueron objeto del recurso en el expediente (R/AJ/055/23) que fue informado por la DC con fecha 11 de julio de 2023 y elevado a la Sala de Competencia, por lo que por razones de economía procesal, se remite a dicho informe, rechazando las mismas. La Dirección de Competencia señala que ha satisfecho las exigencias legales requeridas en cuanto a la provisión al órgano judicial de los elementos de juicio necesarios para decidir sobre la procedencia de la entrada en el domicilio de las recurrentes, sin que ello haya supuesto menoscabo alguno de su derecho de defensa, en cuanto que en la Orden de Inspección de 8 de junio de 2023 recurrida, se concretaba de manera detallada el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección no vulnerándose el invocado derecho a la inviolabilidad del domicilio, y cumpliéndose los preceptos de los artículos 40 y 49.2 de la LDC y en el artículo 13 del RDC.

En relación a la actuación inspectora, considera la DC que la misma, tanto en la sede de Madrid como en la sede de Zaragoza, se desarrolló sin incidencias, como consta en las respectivas actas de precinto que firmaron los representantes de las empresas, y en las actas de inspección, de acuerdo con lo dispuesto en la orden de inspección de 8 de junio de 2023 y los respectivos autos judiciales de 13 de junio de 2023 y el auto complementario de 16 de junio de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº10 de Madrid, y el Auto de 15 de junio de 2023, del Juzgado Contencioso-Administrativo N.º 5 de

Zaragoza, que autorizaron la entrada en las sedes de Madrid y Zaragoza respectivamente.

5. Alegaciones de las recurrentes al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones de 18 de agosto de 2023, el grupo ENDESA rechaza las alegaciones de la DC y reitera su solicitud de declaración de nulidad de la actuación inspectora desarrollada los días 19 a 23 de julio de 2023, en las sedes de Madrid y Zaragoza en el marco de la información reservada S/0007/23; o, subsidiariamente, se acuerde la devolución de la totalidad de documentos recabados.

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 el grupo ENDESA supone verificar si la actuación inspectora desarrollada los días 19 a 23 de julio de 2023, en las sedes de Madrid y Zaragoza, ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes, 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.

2.1.1 Sobre el contenido y motivación de la orden.

Las recurrentes sostienen que el contenido de la orden de inspección es demasiado amplio e indeterminado y se extralimita con creces del único indicio del que partía la DC para llevar a cabo la inspección (las denuncias), definiendo un contenido incongruente y amplio respecto de dicho indicio, invocando a tal efecto, el Auto 101/23 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Sevilla, denegatorio de la entrada solicitada por la CNMC.

En concreto, señala que la Orden de inspección incurre en una serie de incongruencias en su vertiente subjetiva, objetiva y territorial, y que el contenido amplio e incongruente de la misma ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las sociedades inspeccionadas, consagrado en el artículo 18.2 CE, y además se opone a lo dispuesto en los artículos 40 y 49.2 LDC, el artículo 27 LCNMC y el artículo 13 RDC, así como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

y de los Tribunales de la Unión en la materia, por lo que debe de ser objeto de declaración de nulidad y revocación.

Asimismo, alegan la falta manifiesta de proporcionalidad en la medida indagatoria seleccionada.

En la medida en que dichas alegaciones fueron objeto del recurso R/AJ/055/23 por razones de economía procesal, nos remitimos a lo resuelto por esta Sala, desestimando las mismas.

2.1.2 Sobre la actuación inspectora.

(i) Supuesta extralimitación en la incautación de la documentación durante la actuación inspectora.

Señalan las recurrentes que en los más de 37 GB incautados por la DC, se incautó indiscriminadamente documentación sujeta a secreto profesional, que no guarda relación alguna con la distribución eléctrica ni con el tipo de infracción presuntamente investigado o muy alejada temporalmente del presunto indicio de infracción; así como numerosos documentos que pese a ser neutros al objeto de la inspección, constituyen documentos confidenciales y relativos a otras áreas de negocio del Grupo Endesa o incluso documentos elaborados por o a petición de la propia CNMC, datos financieros, documentos relacionados con contratos públicos de alumbrado, conversaciones por teams y whatsapp, etc respecto de los cuales no tenía cobertura judicial, extralimitándose del indicio original, lo que vicia toda la actuación inspectora por “fishing expedition”.

Pues bien, en contra de lo manifestado por el grupo ENDESA entiende esta Sala que la actuación inspectora no ha supuesto un **copiado masivo e indiscriminado de documentación** de las empresas, ni en la sede de Madrid ni en la de Zaragoza.

Tal y como señala la DC, el equipo inspector de las sedes de Madrid y Zaragoza recabaron información de 16 y 13 trabajadores respectivamente, respecto de una plantilla que la propia empresa cuantifica en 9.258 empleados, tal y como recoge el propio informe financiero consolidado de las líneas de negocio del Grupo Endesa.

En relación al procedimiento de análisis y selección de documentos durante la inspección, tal y como se explicó a los representantes de las empresas y sus abogados externos en la sede de Madrid (párrafos 52 a 60 del acta) como en la de Zaragoza (párrafos 92 a 101), éste se realiza a través de un proceso que consta de diferentes fases sucesivas.

Dicho proceso comienza en los despachos y equipos o dispositivos informáticos seleccionados, donde los inspeccionados deben identificar la información de

carácter personal, así como la documentación protegida por la confidencialidad de las relaciones abogado cliente, para que tras una somera revisión por los inspectores quede excluida de la siguiente fase del análisis si se confirma dicha naturaleza. Una vez trasladada la información a la sala de trabajo habilitada por la empresa para los inspectores, se aplican distintas herramientas y criterios de búsqueda para determinar la documentación que finalmente será recabada por el equipo inspector.

Este procedimiento ha sido validado por el Tribunal Supremo que, en su sentencia de 27 de febrero de 2015, señala lo siguiente respecto a la proporcionalidad de la actuación inspectora de la CNMC¹:

“Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación realizando, frente a lo que por la actora se alega, una labor discriminatoria por parte de los inspectores recabando finalmente, por ejemplo en el caso de los correos electrónicos, una mínima parte que impide, en fin, hablar de desproporción, máxime si tenemos en cuenta los criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección muy concreta de documentos y no, como se dice, a una copia masiva e indiscriminada de los archivos de los ordenadores, declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.”

Por tanto, no cabe apreciar que se haya producido una copia indiscriminada de documentación.

Tal y como señala la DC, en la relación de copias digitales (RCD) adjunta a las actas de la inspección de las sedes de Madrid y Zaragoza, durante la inspección se ejecutó una búsqueda muy definida, delimitada y proporcionada en las comunicaciones, archivos y ficheros electrónicos, de acuerdo con el contenido de la Orden de Inspección y las cifras resultantes no pueden considerarse masivas ni indiscriminadas:

- En la inspección de la sede de Madrid, de un total de 1.219.422 correos electrónicos de los buzones de los inspeccionados revisados inicialmente, tan sólo se han recabado 7.570 correos, esto es, el 0,62%. En cuanto a los archivos, de los 2.479 GB revisados inicialmente se han recabado un total de 8,4GB, esto es, el 0,33% del total de la documentación.
- En la inspección de la sede de Zaragoza, y una vez realizada la preselección con los inspeccionados, se revisaron en la sala de trabajo facilitada por las

¹ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2015, rec. casación 1292/12, en relación con el Expte. R/0046/10, TRANSMEDITERRÁNEA.

empresas a los inspectores, un total de 722.827 correos electrónicos de los buzones de los inspeccionados, de los que tan sólo se han recabado 4.083 correos, esto es, el 0,56%. Y en cuanto a los archivos, de los 1.519 GB revisados se han recabado un total de 17,12 GB, esto es, el 1,1% de la documentación preseleccionada.

Además, dado el carácter preliminar de la investigación, toda la información que se recaba en la inspección tiene cautelarmente carácter confidencial y en ningún caso dicha información será incluida en el expediente público mientras no se hubiera sustanciado la confidencialidad de ésta.

Por ello, una vez analizada en la sede de la CNMC toda la documentación recabada en la inspección, la DC comunicará a las empresas qué documentación recabada en la misma va a ser incorporada al expediente con el fin de que, en su caso, en el plazo señalado al efecto, 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.

Respecto del copiado de información afectada por el **secreto profesional y el privilegio legal abogado-cliente**, como se recoge en varios párrafos de ambas Actas (así, entre otros, en los párrafos 86 y 88, 89 y 90 del Acta de la inspección de la sede de Zaragoza y en los párrafos 49, 50 y 108 del Acta de la inspección de la sede de Madrid), la DC informó a las empresas que les corresponde identificar de forma concreta e individualizada la información de esta naturaleza.

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

Según se constata en las actas de inspección de ambas sedes, durante las actuaciones se ha consultado de manera expresa a cada persona inspeccionada sobre la existencia de documentos de esta naturaleza en los dispositivos y servicios que han sido investigados.

En el caso de la inspección de la sede Madrid, de forma voluntaria, las empresas proporcionaron un listado con nombres de abogados externos y una relación de

dominios de despachos de abogados externos (párrafos 108 y 129 del Acta de inspección de la sede de Madrid).

No obstante, ante la falta de aportación de una relación de despachos de abogados externos en el caso de Zaragoza (apartados 89 y 90 del Acta) o de indicación de que no se tenía constancia de tal tipo de documentación en sus dispositivos de distinta naturaleza, el equipo inspector aplicó los filtros oportunos de oficio para no recabar la información afectada por secreto profesional y/o el privilegio legal abogado-cliente con abogados externos.

La duración de la inspección de cinco días y la presencia desde los primeros momentos y durante toda la misma de asistencia jurídica experta en materia de competencia en ambas sedes inspeccionadas, la insistencia al efecto del equipo inspector, así como el número relativamente limitado de personas inspeccionadas, ponen de manifiesto que las empresas pudieron cumplir sin problemas con su obligación de identificar de manera individualizada los posibles documentos protegidos por el secreto profesional, cosa que no se realizó.

En este sentido, cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Stanpa, de 27 de abril de 2012 (rec. 6552/2009), señaló que la carga de la prueba compete a quien solicita la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. De este modo, cuando una empresa sometida a inspección invoca la protección de la confidencialidad para negarse a presentar la correspondencia mantenida con su abogado, debe facilitar los elementos de prueba que permitan determinar si dicha correspondencia reúne los requisitos que justifican su protección legal. Añade el Tribunal Supremo que la finalidad de ello es evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia.

En relación a la **incautación de datos de carácter personal**, incluso de categoría especial, en particular los referidos datos de salud de un empleado de Endesa, no consta que la existencia de dichos datos personales fuese manifestada por la empresa en ningún momento durante la inspección al equipo inspector de Madrid, sin recogerse en el acta de la inspección firmada por sus representantes legales internos y externos, ni tan siquiera recogida en un escrito de observaciones posteriores a dicho acta.

En cualquier caso, como indica la DC en su informe, la información finalmente incorporada a un posible expediente, en su caso, será aquella que no pueda ser considerada secreto de negocio de las inspeccionadas o datos de carácter personal no relacionados con el objeto de la investigación, resultando aplicable

el artículo 62 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos.

En cuanto a la alegación de incautación indiscriminada de **información fuera del ámbito temporal** autorizado por los autos, cabe subrayar que la referencia temporal a la que hacen mención las recurrentes, fijada en los Autos judiciales y la Orden de inspección (“desde, al menos febrero de 2020”) no se establecía como un límite temporal, sino que simplemente reproduce la información incluida en la Orden y trasladada al juez.

Así, se señala que la información a la que había tenido acceso la DC se remitía a prácticas anticompetitivas que se vendrían realizando, al menos, desde febrero 2020, sin que, por tanto, tampoco se prejuzgue, en esta fase de diligencias previas, que tales prácticas no se vinieran realizando anteriormente.

En consecuencia, la posible recopilación de información relacionada con el objeto de la investigación datada con anterioridad a 2020 nunca constituiría una infracción de la doctrina del “hallazgo casual”, como alegan las recurrentes al cuestionar la supuesta desconexión entre la orden de inspección y los indicios disponibles, ni en la inspección realizada en la sede de Zaragoza ni en la de Madrid pues, como ha indicado el TS en su sentencia de 12 de marzo de 2019, aquella doctrina se aplica cuando “(...) *en la práctica del registro se obtengan documentos o material que resulten ajenos al objeto de la investigación que determinó la autorización judicial*”.

(ii) Realización de entrevistas sin las debidas garantías legales.

Alegan las recurrentes que durante la actuación inspectora se realizaron entrevistas a sus empleados sin guardar las debidas garantías procedimentales y materiales, formulándose preguntas auto-incriminatorias, y en todo caso, fuera del objeto de la inspección; sin que el equipo inspector guardara constancia exacta de las preguntas y respuestas formuladas durante la entrevista.

El artículo 40 de la LDC recoge las facultades de inspección, disponiendo el apartado sexto, letra f) que el personal inspector podrá:

“f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la entidad inspeccionada explicaciones sobre hechos o documentos relevantes para la inspección y guardar constancia de sus respuestas.”

Según queda acreditado en el párrafo 7 del Acta de inspección de la sede de Madrid, se informó a la empresa, en presencia de sus abogados externos y/o internos, de las facultades que el artículo 40 de la LDC atribuye al equipo inspector y que se recogen en la Orden de Inspección de 8 de junio de 2023, y que incluyen lo dispuesto en el apartado 6 de dicho precepto y el deber de

colaboración que incumbe a los inspeccionados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 40.7 de la LDC.

Conforme a este deber de colaboración, y como consta recogido en el Acta de inspección de la sede de Madrid (párrafos 33, 79, 81, 131, 142 y 157), a diferencia de lo que afirman las recurrentes, se recogen las conversaciones mantenidas por el equipo inspector con los empleados de las empresas, con el fin de acotar la actuación al objeto, alcance y finalidad de la investigación.

Tal y como señala la DC, a 16 empleados de la sede de ENDESA en Madrid se les solicitó información sobre el contenido de sus funciones y puesto de trabajo, organización y personal dependiente, siempre en presencia de sus abogados internos y/o externos, con el fin de delimitar la conveniencia de su inspección por el equipo inspector.

De todas las conversaciones mantenidas, el equipo inspector recogió los elementos necesarios en el acta de inspección de la sede Madrid, cuando la respuesta aportaba información adicional a la derivada de la propia pregunta, sin que quepa apreciar, como manifiestan las recurrentes que dichas explicaciones solicitadas a los trabajadores inspeccionados se hicieron en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 bis de la LDC con objeto de obtener los datos e informaciones que pudiesen resultar necesarios para la aplicación de lo previsto en dicha ley.

Precisamente, las explicaciones dadas permitieron al equipo inspector valorar su relación con el objeto de la investigación y limitar su alcance, como demuestra que de estas cuatro personas que mencionan las recurrentes, salvo el Sr Aznar, empleado de ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES, se descartó inspeccionar a los empleados de las empresas para las que trabajaban los otros tres empleados (ENDESA X, ENDESA ENERGÍA XXI), a pesar de estar incluidos en la Orden de inspección por no considerarse relevante para la actuación inspectora.

Todas estas conversaciones quedan recogidas en los párrafos 131 a 136 y 142 a 144 del Acta de inspección de la sede de ENDESA en Madrid.

(iii) Nulidad de la actuación inspectora por la negativa a exhibir el auto judicial de Zaragoza con carácter previo a consentir la entrada y registro.

Las recurrentes sostienen que la negativa del equipo inspector para la sede de Zaragoza de mostrar el Auto de Autorización de entrada supone un comportamiento errático y contrario a Derecho, por parte de la CNMC, que vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Sin embargo, en el párrafo 16 del Acta de inspección de la sede de Madrid, consta que, tras la firma del recibí de la Orden de Inspección y del auto judicial, a las 10.47 horas del día 19 de junio de 2023, el jefe de equipo informó al Sr. [DATO PERSONAL], representante legal y abogado interno de las empresas, de que la CNMC también contaba con autorización judicial de entrada para la sede de Zaragoza, por lo que solicitaba la identificación de alguna persona para recibir al equipo inspector en la sede Zaragoza.

A estos efectos, y como se recoge en los párrafos 18 y 20 del Acta de inspección de la sede de Madrid, el Sr. [DATO PERSONAL] realizó varias llamadas, entre otras personas, a la abogada interna Sra. [DATO PERSONAL] en Zaragoza, a la que se comunicó que se iba realizar una inspección de competencia en la sede de Zaragoza y posteriormente, se identificó al Sr. [DATO PERSONAL] presente en la sede de Zaragoza como la persona que recibiría al equipo inspector.

Asimismo, como consta en el párrafo 23 del Acta de la inspección de la sede de Madrid, el jefe de equipo en la sede de Madrid informó a las 11.00 horas, al Sr. [DATO PERSONAL] y a la Sra. [DATO PERSONAL], ambos abogados internos de las empresas, con carácter previo a la personación del equipo inspector en la sede de Zaragoza, de la existencia de una única Orden y de una autorización judicial de entrada para cada una de las sedes de Madrid y Zaragoza, señalando, en respuesta a la cuestión formulada por la Sra. [DATO PERSONAL] , que el auto para la entrada en la sede de Sevilla había sido denegado por lo que dicha sede no iba a ser objeto de inspección.

Por su parte, en el párrafo 14 del Acta de inspección de la sede de Zaragoza, consta que, estando el equipo inspector en el vestíbulo de entrada de la citada sede con el Sr. [DATO PERSONAL], a su llegada a las 11.20 horas, la Sra. [DATO PERSONAL] preguntó, pese a conocer ya la respuesta, sobre la existencia de auto judicial para la entrada en la sede de ENDESA en Zaragoza.

A su vez, como se indica en los párrafos 15 a 35 del Acta de inspección de la sede de Zaragoza, el jefe de equipo informó con todo detalle a las empresas del objeto de la Orden de inspección, de la posibilidad de no dar su consentimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.7 y 8 de la LDC, de la existencia de autorización judicial de entrada y de las condiciones para su notificación impuestas por la juez que emitió el auto, como se recoge en el párrafo 19 del acta de inspección.

Esta misma explicación fue dada por el jefe de equipo a los abogados externos por teléfono, como recoge el párrafo 26 del acta de inspección. Tras recibir asesoramiento de dichos abogados externos como figura en los párrafos 27 y 28 del acta, la Sra. [DATO PERSONAL] comunicó al equipo inspector que la

empresa optaba por denegar otorgar su consentimiento para el acceso a la sede. Por ello, los inspectores procedieron a notificar el auto de autorización de entrada, firmando la empresa el recibí de la Orden y del auto judicial a las 11.45 horas del primer día de inspección.

De la lectura del Auto de Zaragoza, los representantes pudieron comprobar que en su parte dispositiva la magistrada hacía constar expresamente lo indicado por el equipo inspector:

“SEGUNDO; - La COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA comunicará a la mercantil investigada su solicitud de entrada, que en caso de ser denegada se practicará autorizada por la presente Resolución judicial, notificándose la misma en el acto.”

En atención a lo anterior, considera esta Sala que el equipo inspector, tanto en la sede de Madrid como en la de Zaragoza, dio perfecto cumplimiento de las previsiones legales y de los principios de lealtad, buena fe y transparencia en el desarrollo de las inspecciones exigidas por la jurisprudencia.

Tal y como apunta la DC, en aquellos casos, como los que citan las recurrentes, en los que el Tribunal Supremo ha reprochado la actuación de la CNMC y considerado que el consentimiento de la empresa a la hora de someterse a una inspección estaba viciado, ha sido por el carácter elusivo o falta de información por parte de los inspectores, acerca de la existencia o no de un auto (o del sentido del mismo), lo cual es evidente que no se ha producido en este caso. (Véase STS de 17 de septiembre de 2018; STS de 28 de febrero de 2023 y STS de 2 de junio de 2015)

En el presente caso, desde el primer momento, en la sede de Madrid, como recoge el párrafo 23 del acta de inspección de dicha sede, se informó de la totalidad de los autos existentes y del sentido de éstos, incluido que se había autorizado la entrada en la sede de Zaragoza y que dicho auto podría ser solicitado, en su caso, al equipo desplazado a dicha sede con la firma del recibí.

Teniendo en cuenta lo anterior, es indudable que se han facilitado a las empresas inspeccionadas todos los datos relevantes para prestar un consentimiento válido, en concreto se ha informado expresamente de: (i) la existencia de una autorización judicial de entrada para las sedes de Madrid y Zaragoza; (ii) la notificación del auto de Zaragoza por decisión expresa de la magistrada únicamente en el caso de denegación del consentimiento expreso de la empresa; y (iii) la existencia de una autorización judicial denegatoria para la entrada en la sede de Sevilla y por tanto la ausencia de actuación inspectora en dicha sede.

La no entrega del auto denegatorio de Sevilla en ningún caso vicia o altera el consentimiento otorgado por las empresas inspeccionadas en las sedes de

Madrid y Zaragoza, ni ha producido indefensión de las empresas inspeccionadas.

Por todo ello, la alegación debe ser rechazada.

(iv) Otras actuaciones desproporcionadas.

La recurrente relaciona diversos hechos que a su juicio ejemplifican el ejercicio desproporcionado de las facultades de inspección, en particular, el retraso en devolver y reestablecer las contraseñas de los dispositivos inspeccionados; el acceso a los dispositivos de empleados que se encontraban fuera de la sede inspeccionada; la forma de incautar información de algunas de las cuentas de mensajería privadas de los empleados; el empleo de términos genéricos en la búsqueda, así como la custodia no fidedigna y diligente de la información incautada.

En relación a los **términos de búsqueda empleados en la revisión y posterior copiado de la documentación**, esta Sala considera que los mismos tienen conexión con el objeto y la finalidad de la inspección, tanto en relación con los mercados afectados (servicios de medida, comercialización y distribución de energía eléctrica, servicios energéticos y autoconsumo), así como con el ámbito material de actuación (abuso de posición de dominio o competencia desleal), por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 2 y/o 3 de la LDC.

Esos términos, al contrario de lo señalado por las recurrentes, tanto de forma individual como sumados a otros usados en las inspecciones, tienen transcendencia respecto de las prácticas y mercados investigados y permiten al equipo inspector realizar una selección progresiva de la documentación a recabar en cumplimiento estricto del objeto de la inspección

Además, tal como ha señalado esta Sala en numerosas ocasiones (entre otras Resolución de 7 de junio de 2023, en los expedientes R/AJ/040/23 y R/AJ/038/23, el conjunto de palabras significativas utilizadas como apoyo en la selección de los documentos en soporte informático no constituyen en sí mismas el criterio único de selección de documentos electrónicos y así consta en el acta de inspección de la sede de Madrid (párrafo 272) y de la sede de Zaragoza (párrafo 181).

Por otro lado, respecto a la **desproporción en el número de inspeccionados**, cabe destacar que la inspección se desarrolló dentro del ámbito marcado por la Orden de inspección y los autos judiciales, 8 empresas de un total de 108 empresas del Grupo ENDESA y de los más de 9.250 empleados que tiene el

Grupo, han sido inspeccionados los dispositivos de 16 empleados en la sede de Madrid y 13 en la sede de Zaragoza.

Del mismo modo, tampoco cabe apreciar desproporcionalidad en el número de inspectores, que solo tiene por finalidad agilizar la actuación en beneficio de las propias empresas, ni en la duración de cinco días, dado que fue autorizada por los autos judiciales previa ponderación de los intereses en juego y realizando un análisis de proporcionalidad de la actuación.

En cuanto al horario de permanencia en la sede de las empresas, en ningún momento las empresas plantearon ningún problema de convenio laboral de sus empleados y como consta en las actas de precinto firmadas por los representantes de las empresas de ambas sedes, el horario de permanencia de los inspectores fue el convenido con las empresas dentro de su horario de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en los autos judiciales: *“horario que la empresa manifiesta ser compatible con el funcionamiento ordinario de la misma”*.

Respecto al supuesto **retraso en la devolución y restablecimiento de las contraseñas de los dispositivos inspeccionados**, cabe destacar que el equipo inspector contaba con una autorización judicial de 5 días y que todos los dispositivos fueron devueltos y las contraseñas restablecidas, no solo dentro de ese plazo, sino incluso en el mismo día en la mayoría de los casos, como se puede fácilmente comprobar de la lectura de las actas de inspección (párrafos 179 y 180, 185 y 186, 190 y 191, 195 y 196, 200 y 201, 206 y 207, 212 y 213, 218 y 219, 223 y 224, 228 y 229, 233 y 234, 239 y 240, 244 y 245, 249 y 250, 254 y 255, 259 y 260 del acta de la inspección en la sede de Madrid y párrafos 160 a 170 del acta de la inspección en la sede Zaragoza).

Por otro lado, en lo relativo al **acceso a dispositivos de empleados que se encuentran fuera de la sede inspeccionada**, de baja por paternidad o incluso pertenecientes a una sede no inspeccionada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.6 letra c) de la LDC, la documentación e información a inspeccionar incluye *“tanto la que se encuentre almacenada en los sistemas informáticos y dispositivos electrónicos de la entidad inspeccionada y del personal al servicio de la misma, como la que se encuentre alojada en sistemas, servicios informáticos o dispositivos proporcionados por terceros, sistemas y servicios de almacenamiento en la nube y toda aquella otra a la que tenga acceso la entidad inspeccionada.”*

Finalmente, respecto de la **forma de acceder a la información de algunas de las cuentas de mensajería privada de los empleados**, los inspectores explicaron a los inspeccionados, en presencia de abogados internos y/o externos, las distintas alternativas para acceder a dicha información y que se

optaría por la que fuera viable en la práctica. Como consta en el párrafo 206 del Acta de inspección de la sede de Madrid, el equipo y dispositivo móvil tipo Smartphone del Sr. [DATO PERSONAL] se revisaron siguiendo el procedimiento ya descrito, sin que en ningún momento de la inspección éste comunicara o manifestara su preocupación por el acceso de otros empleados a su cuenta corporativa a la que se habían reenviado ciertas conversaciones de WhatsApp para que pudieran ser copiadas por el equipo inspector.

Por otro lado, dicha presunta incidencia no fue manifestada por la empresa en ningún momento durante la inspección al equipo inspector de Madrid, sin recogerse en el acta de la inspección firmada por sus representantes legales internos y externos, ni tan siquiera recogida en un escrito de observaciones posteriores a dicho acta.

Finalmente, en cuanto a la alegada **ausencia de una custodia fidedigna y diligente de la información “incautada”**, señalan las recurrentes que ciertos archivos informáticos ubicados en la cuenta corporativa de OneDrive de uno de los empleados de la comercializadora Endesa Energía que fue inspeccionado han quedado copiados en la cuenta corporativa de otro empleado de E-Distribución, por lo que han solicitado una Pericial Informática.

Sobre este extremo, tal y como explicó el equipo inspector y consta en el acta de la sede de Madrid, la custodia fidedigna y diligente de la información recabada por parte del equipo inspector se garantiza a través de un procedimiento detallado en el Acta, que implica el cifrado con algoritmo del archivo que contiene las copias digitales de los ficheros en formato electrónico finalmente recabados por el equipo inspector y que garantiza que el contenido del archivo no se modifica y que cualquier copia con el mismo código es copia fidedigna, dado que cualquier variación en el contenido del archivo contenedor provocaría la modificación del resultado de la función hash.

Esta incidencia informática no fue comunicada por la empresa en ningún momento durante la inspección al equipo inspector de Madrid, sin recogerse en el acta de la inspección firmada por sus representantes legales internos y externos, ni tan siquiera recogida en un escrito de observaciones posteriores a dicho acta. Y todo ello sin que las recurrentes hayan concretado los supuestos archivos afectados ni tampoco los detalles técnicos al respecto, por lo que esta Sala no puede confirmar ni acreditar la existencia de dicha incidencia ni una eventual irregularidad en el procedimiento de copiado y custodia de los archivos digitales.

En atención a todo lo expuesto, esta Sala considera que la actuación inspectora desarrollada en las sedes de las empresas de Madrid y Zaragoza los días 19 a

23 de junio de 2023, se realizó de manera proporcionada por la DC, sin que quepa apreciar la existencia de vulneración alguna de los derechos de las recurrentes, no siendo el acto recurrido susceptible de provocar indefensión a las recurrentes.

Por todo lo expuesto, considera esta Sala que las alegaciones de las recurrentes deben ser rechazadas.

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 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, 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 EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U., ENDESA, S.A., ENDESA RED, S.A., ENDESA INGENIERÍA, S.L.U., ENDESA ENERGÍA, S.A.U., ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U, ENDESA OPERACIONES Y

SERVICIOS COMERCIALES, S.L.U y ENDESA X SERVICIOS, S.L.U, contra la actuación inspectora realizada los días 19 a 23 de junio de 2023.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, 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.