



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/063/19, ASTRAZENECA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de julio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por ASTRAZENECA FARMACEUTICA SPAIN, S.A. (en adelante, ASTRAZENECA) contra la Orden de Investigación de 7 de mayo de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 21 a 24 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de junio de 2019 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) el recurso interpuesto por ASTRAZENECA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 21 a 24 de mayo de 2019.
2. Con fecha 5 de junio de 2019, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 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 ASTRAZENECA.
3. Con fecha 12 de junio de 2019, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procede desestimar el recurso interpuesto por ASTRAZENECA.

4. Con fecha 20 de junio de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a ASTRAZENECA un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 12 de junio de 2019.
5. Con fecha 9 de julio de 2019, ASTRAZENECA remitió el escrito de alegaciones al informe de la DC de 12 de junio de 2019.
6. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 25 de julio de 2019.
7. Es interesada en este expediente de recurso: ASTRAZENECA FARMACEUTICA SPAIN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

ASTRAZENECA promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución, bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC contra la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y la actuación inspectora realizada en su sede los días 21 a 24 de mayo de 2019.

1.1. Motivos del recurso

La recurrente solicita que se declare sin efecto la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 al infringir el artículo 27 de la LCNMC en relación con el artículo 13.3 RDC y el artículo 18.2 de la CE, que deje sin efecto el acto de la inspección por violación del artículo 18.2 de la CE y que se ordene que todos los documentos intervenidos por la inspección se devuelvan de inmediato al recurrente.

Señala, en primer lugar, que no consintió voluntariamente la entrada en su domicilio del equipo inspector, sino que se allanó a ella a la vista de la autorización contenida en el auto de 9 de mayo de 2019 del Juzgado nº 16 de lo Contencioso Administrativo de Madrid.

Igualmente, ASTRAZENECA indica que la Dirección de Competencia, habiendo sido denegada la primera solicitud de autorización judicial para la entrada en el domicilio social de ASTRAZENECA por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al que se dirigió, no impugnó este primer auto. Por tanto, devino firme la primera denegación de autorización de entrada. El recurrente señala que la Dirección de Competencia no solicitó alternativamente el consentimiento del inspeccionado, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (rec. casación 1407/2014) en el asunto *Montibello*. En ausencia de dicho consentimiento, la entrada en el domicilio social vulneró sus derechos fundamentales. Manifiesta la recurrente que la solicitud de una nueva autorización ante un juzgado diferente no subsana la denegación de entrada, ni revoca o anula el auto denegatorio originario firme.

ASTRAZENECA alega que a la fecha de presentación del recurso no ha recibido copia del auto denegatorio. No obstante, *“asume que (...) la denegación de la autorización solicitada obedece a que la orden de investigación originaria aportada por la Dirección de Competencia al Juzgado carecía de la concreción y precisión necesarias para que esta parte pudiera ejercer sus derechos de defensa”*.

Continúa señalando que la Dirección de Competencia debió de haber informado al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 16 de la existencia de un auto denegatorio de otro Juzgado del mismo orden jurisdiccional para la realización de la misma inspección, sobre la base de los mismos indicios y la misma denuncia, a efectos de que aquel pudiera adoptar su decisión sobre la solicitud de autorización con todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios.

Por último, la empresa solicita que se le dé traslado de la denuncia o de la información o elementos objetivos que han servido de base para el inicio de esta investigación, ya que la Dirección de Competencia no ha comunicado *“todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados (en el sentido del artículo 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008). Ello ha dificultado los derechos de defensa de AZ, en concreto, la verificación de que la inspección no rebasó las concretas acusaciones de la denuncia presentada en su contra”*.

1.2. Informe de la Dirección de Competencia

La Dirección de Competencia comienza precisando la naturaleza de la actuación inspectora de la CNMC contenida en el artículo 27 de la LCNMC. Señala que la inspección realizada en la sede de ASTRAZENECA se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el mismo y siguiendo la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y el auto judicial de 9 de mayo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº16 de Madrid.

La Dirección de Competencia expone que el acta de inspección recoge que la orden de investigación y el auto judicial se entregaron tanto al Director Financiero de la empresa como al abogado interno, quien procedió a otorgar la conformidad de la empresa a la recepción de los mismos. Se les indicó la existencia de un auto judicial denegatorio anterior, que les sería notificado por el propio juzgado de lo contencioso-administrativo.

Respecto a que la empresa recurrente alega que no consintió voluntariamente la entrada a su domicilio, sino que se allanó al auto judicial de 9 de mayo, la Dirección de Competencia señala que tiene la facultad, como reconoce la jurisprudencia nacional y de la UE, de determinar el procedimiento más adecuado para llevar a cabo la entrada dirigida a desarrollar la actuación inspectora.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Dirección de Competencia señala que el supuesto de entrada no fue el consentimiento previo de ASTRAZENECA, como pretende hacer valer la recurrente, sino que la entrada se autorizó por el auto judicial de 9 de mayo de 2019.

También contesta la Dirección de Competencia a la asunción de la recurrente de que el auto judicial denegatorio devino firme, porque no se impugnó el mismo. La Dirección de Competencia señala que, con fecha 26 de abril, la Abogacía del Estado en representación de la CNMC presentó recurso de apelación, por lo que el auto denegatorio no adquirió firmeza judicial.

La Dirección de Competencia explica que decidió retrasar la realización de la inspección ante el auto denegatorio. Solicitó una nueva autorización de entrada sobre la base de una distinta orden de investigación, habiendo completado y desarrollado los elementos fácticos y jurídicos a fin de que se valorase adecuadamente la idoneidad y proporcionalidad de la autorización de entrada.

La Dirección de Competencia señala que la segunda solicitud de autorización recogió expresamente la existencia de un primer auto denegatorio, por lo que no privó al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº16 de Madrid, frente a lo que alega la recurrente, de los elementos para resolver la segunda solicitud de entrada.

Por último, la Dirección de Competencia indica que carece de competencia para notificar el auto judicial denegatorio, ni debe entregar la copia de la denuncia para comprobar si la orden de investigación contenía una “*simple remisión genérica*”. Además, la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y el auto de 9 de mayo reflejaban profusamente la información necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección en consonancia con lo establecido en el artículo 13.3 del RDC.

Por todo ello, la Dirección de Competencia propone la desestimación del recurso de ASTRAZENECA en la medida en que la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y la actuación inspectora del 21 al 24 de mayo de 2019 no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable como establece el artículo 47 de la LDC.

1.3. Alegaciones del recurrente al informe de la Dirección de Competencia

ASTRAZENECA reitera que la sociedad no consintió voluntariamente la entrada en su domicilio y que se allanó a la vista de la autorización judicial.

La recurrente argumenta que, si la DC recurrió el primer auto denegatorio, entendía que este no tenía ningún efecto invalidante sobre la reiteración de su solicitud ante un juzgado distinto. Sin embargo, según la recurrente, el recurso de apelación del primer auto ha generado una situación procesal de litispendencia, lo que ha originado que el segundo auto sea inválido.

Por último, la recurrente realiza tres observaciones. En primer lugar, que la Dirección de Competencia debió haber advertido al Juzgado nº16 de que la autorización de entrada

estaba sujeta a litispendencia. En segundo lugar, la Dirección de Competencia debió haber esperado a la resolución de su propio recurso de apelación. En tercer lugar, si existían razones de urgencia, la Dirección de Competencia pudo haber intentado obtener el consentimiento expreso de ASTRAZENECA, en lugar de reiterar la solicitud de entrada.

Concluye que la nueva solicitud de entrada realizada por la Dirección de Competencia era inadmisibles por litispendencia, por lo que el auto que la resolvió y sustentó la entrada en el domicilio es inválido. Por tanto, la inspección domiciliaria debe considerarse nula por apoyarse en un auto judicial ineficaz.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por ASTRAZENECA supone verificar si la orden de investigación de 7 de mayo recurrida y la subsiguiente actuación inspectora han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

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

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

TERCERO.- Ausencia de indefensión

Con carácter previo a la valoración de las alegaciones hechas por ASTRAZENECA conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa¹:

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

Pues bien, respecto a la posible existencia de indefensión, esta Sala considera que ni la orden de investigación de 7 de mayo de 2019, ni la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia han provocado indefensión alguna en ASTRAZENECA ni tampoco han conculcado el derecho a la inviolabilidad del domicilio invocado por la recurrente.

Vistas las alegaciones de ASTRAZENECA al informe de la DC de 12 de junio de 2019, la recurrente, tras la respuesta de la DC a su recurso, asume que el primer auto denegatorio no devino firme. Tampoco solicita que se le dé traslado de la denuncia o de la información o elementos objetivos que han servido de base para el inicio de esta investigación. Por tanto, no procede que esta Sala se pronuncie sobre estos motivos del recurso.

Ante el conocimiento del recurso de apelación al primer auto denegatorio por parte de esta Comisión, la “tesis” de la recurrente se centra en su escrito de alegaciones de 9 de julio de 2019 en que se habría producido una situación de litispendencia. Esta situación de litispendencia habría provocado la invalidez del auto judicial de 9 de mayo de 2019 que autorizó la inspección y con ello la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y la inspección por violación de los artículos 13.3 del RDC y 18.2 y 24.1 de la Constitución.

El informe de la DC de 12 de junio de 2019 indica que la segunda solicitud de autorización realizada en virtud de una nueva orden de investigación en la que se desarrollaba con

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

mayor profusión la explicación fáctica y la fundamentación jurídica se recogió la existencia de un primer auto denegatorio.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la litispendencia²:

“es una figura procesal cuya interpretación teleológica coincide plenamente con la de la cosa juzgada, pues no se puede olvidar que la litispendencia es un anticipo de dicha figura procesal de la cosa juzgada, ya que como dice la jurisprudencia de esta Sala, la litispendencia en nuestro Derecho procesal es una excepción dirigida a impedir la simultánea tramitación de dos procesos; es una institución presuntiva y tutelar de la cosa juzgada o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, y en tal sentido jurisprudencia reiterada exige que, sin variación alguna la identidad de ambos procesos, se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir. Asimismo hay litispendencia cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior y así lo recoge la sentencia de 14 de noviembre de 1998 con amplio apoyo jurisprudencial al expresar, literalmente: La excepción de litispendencia trata de evitar que sobre una misma controversia, sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de establecer resoluciones judiciales que resulten contradictorias, conforme reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, actuando como institución jurídica preventiva y de tutela de la cosa juzgada”

Por tanto, según reiterada jurisprudencia, la litispendencia coincide, en sus razones y fines, con la de cosa juzgada ya que su objetivo es *"impedir la simultánea tramitación de dos procesos"* para evitar que puedan llegar a existir dos resoluciones judiciales contradictorias. También de acuerdo con reiterada jurisprudencia, si la excepción de litispendencia no es alegada por las partes, como es el caso de un auto dictado inaudita parte, *"debe ser apreciada de oficio a lo largo de todo el procedimiento"*³. En cualquier caso, la litispendencia es una figura procesal que tiene difícil encaje en un incidente judicial singular, como es la autorización judicial para la entrada en domicilio. De aplicarse a esta figura, bastaría cualquier cambio en los hechos, circunstancias o motivos a considerar para excluir su concurrencia.

Por ello, teniendo en cuenta que el tribunal debe apreciar de oficio la litispendencia, la Dirección de Competencia puso en conocimiento del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº16 de Madrid, quien dictó el auto que autorizó la inspección, los elementos fácticos relevantes para resolver sobre la litispendencia y la cosa juzgada de la solicitud de entrada en el domicilio.

² STS de 9 de marzo del 2000, STS 706/2007, de 11 de junio de 2007 y STS 140/2012, de 13 de marzo de 2012

³ STS 1152/2007, de 7 noviembre, STS 47/2006, de 24 enero, STS 266/2006, de 22 marzo y STS 140/2012, de 13 de marzo de 2012.

Igualmente, el acta de inspección, firmada por dos funcionarios de la CNMC y por el abogado interno de ASTRAZENECA, en presencia de sus abogados externos, sin observaciones, expone que la Dirección de Competencia puso en conocimiento del Director Financiero y del abogado interno la existencia de un auto denegatorio anterior en el momento de entrega del auto de 9 de mayo de 2019.

Esta Sala considera que, si como alega el recurrente, el primer auto denegatorio no obedecía a la concreción y precisión necesarias, la actuación de la Dirección de Competencia subsanó esta circunstancia tras recabar más indicios de la comisión de la infracción y dictó una nueva orden de investigación “*con mayor profusión tanto en la explicación fáctica como en la fundamentación jurídica*” para apoyar la solicitud que autorizó la entrada en la sede de ASTRAZENECA.

La sentencia en el asunto *Montibello*⁴ es alegada por la recurrente con una interpretación que supondría que la Dirección de Competencia debería sujetarse a un procedimiento en fases sucesivas en el que, en primer lugar, debe solicitar la autorización de entrada al juez y, en caso de un auto denegatorio, solicitar el consentimiento expreso de la empresa. Sin embargo, la propia sentencia alegada y en el mismo párrafo que recoge la empresa en su recurso señala que:

“la denegación por el Juez no supondrá un juicio definitivo y firme con fuerza de cosa juzgada sobre la pertinencia de la entrada al domicilio empresarial, sino simplemente la constatación de que al tiempo en que la petición de autorización judicial se formula, o bien no se han seguido las formalidad adecuadas, o bien no se han suministrado en ese preciso momento los elementos de juicio necesarios; siendo tanto uno como el otro obstáculos salvables por una diligente actuación posterior que replantee la cuestión salvando las deficiencias observadas”

De ello se deriva la facultad de la Dirección de Competencia para determinar el procedimiento más adecuado para llevar a cabo la entrada en el domicilio de la empresa como señala en la misma sentencia el Tribunal Supremo:

corresponde a la Autoridad administrativa actuante decidir el procedimiento de actuación más adecuado a la hora de llevar a cabo una inspección en el domicilio de una empresa; de manera que la petición al Juez no tiene por qué haber venido precedida por el intento infructuoso de entrada consentida, pero, a la inversa, tampoco la Ley exige que necesariamente se haya de solicitar la autorización judicial con carácter previo al intento de entrada consentida por el representante de la empresa. Serán las circunstancias de cada expediente de investigación, casuísticamente consideradas, las que determinen la opción por una u otra vía, o por ambas de forma sucesiva.

Esta Sala considera que la jurisprudencia citada permite que la nueva orden de investigación salvara las deficiencias observadas, como señala el Tribunal Supremo “*por*

⁴ STS de 15 de junio de 2015 (rec. casación 1407/2014)

una diligente actuación posterior". Dicha orden de investigación se dictó sin perjuicio de que el primer auto denegatorio se recurriera como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución por entender la Dirección de Competencia que la denegación de la solicitud de entrada no era conforme a Derecho.

Por tanto, esta Sala entiende que no procede estimar el recurso ya que al juez le fueron aportados los elementos necesarios para valorar la litispendencia y cosa juzgada y decidió autorizar la entrada en el domicilio. Además, la Dirección de Competencia actuó con la diligencia debida, tanto en el traslado al juez de este hecho como durante la inspección en la que trasladó a dos miembros de la empresa la existencia de un auto denegatorio anterior, como refleja el acta de inspección. El acta de inspección fue firmada sin observaciones por el abogado interno de ASTRAZENECA, en presencia de sus abogados externos.

CUARTO.- Ausencia de perjuicio irreparable

Por último, respecto a la existencia de perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

La recurrente no alega expresamente sobre este motivo de impugnación que podría afectar, en su caso, a su derecho a la inviolabilidad del domicilio. Como se ha señalado en el apartado anterior, esta Sala considera que la actuación inspectora llevada a cabo por la Dirección de Competencia, autorizada por el auto judicial de 9 de mayo de 2019, cumplió con la normativa aplicable y con las garantías exigibles por el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución. Por ello, no se aprecia la existencia de perjuicio irreparable.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ASTRAZENECA FARMACEUTICA SPAIN, S.A. contra la orden de investigación de 7 de mayo de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 21 a 24 de mayo de 2019 en la sede de la empresa.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden 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.