

RESOLUCIÓN

CLEAR-MCG

R/AJ/001/22

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 11 de abril de 2022

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/001/22 CLEAR-MCG, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por CLEAR PET, S.L (en adelante **CLEAR PET**), y **MARTINEZ CANO GESTIÓN, S.L** (MARTÍNEZ CANO) al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de investigación de 14 de diciembre de 2021, así como las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en ejecución de la misma entre los días 14 y 16 de diciembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de noviembre de 2021, la DC adoptó una Orden de Investigación en la que se autorizaba la realización de una inspección en la sede de CLEAR PET, S.L, situada en el Polígono Industrial El Pla, manzana 15-3 46600 Alcira (Valencia), a partir del 14 de diciembre de 2021, pudiendo continuar hasta el 17 de diciembre de 2021.
2. Mediante Auto nº 116/21, de 7 de diciembre de 2021, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Valencia, autorizó la entrada en la sede de la empresa sita en el Polígono Industrial El Pla, Manzana 15-3 46600 Alzira (Valencia).
3. Posteriormente, con fecha 14 de diciembre de 2021, la DC emitió una segunda Orden de Investigación, en la que se autorizaba la inspección en la sede de CLEAR PET, S.L y de su matriz MARTÍNEZ CANO GESTIÓN, S.L, ambas situadas en Carrer Ronda d Algemesi, 49, 46600 Alzira (Valencia), a partir del 14 de diciembre, pudiendo continuar hasta el 17 de diciembre.

Para esta segunda Orden de Investigación, la DC no solicitó autorización judicial de entrada.

4. El 30 de diciembre de 2021, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por CLEAR PET y MCG, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra la orden de inspección de 14 de diciembre de 2021, y la actuación inspectora realizada en ejecución de ésta entre los días 14 y 16 de diciembre de 2021.
5. Con fecha 4 de enero 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 CLEAR PET Y MCG .
6. Con fecha 12 de enero de 2022, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la inadmisión del recurso por extemporáneo y subsidiariamente su desestimación.
7. Con fecha 9 de marzo de 2022, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de CLEAR PET y MCG, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
8. El día 10 de marzo de 2022, CLEAR PET y MCG tuvieron acceso al expediente.

9. El día 22 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de CLEAR PET y MCG.
10. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 11 de abril de 2022.
11. Son interesados en este expediente de recurso CLEAR PET, S.L (CLEAR PET) y MARTÍNEZ CANO GESTIÓN (MCG).

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 la Orden de Inspección de 14 de diciembre de 2021, y las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por la DC durante la inspección realizada en la sede de CLEAR PET y MCG, los días 14 y 16 de diciembre de 2021.

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 CLEAR PET y MCG solicitan que la Sala de Competencia acuerde anular la Orden de Inspección de 14 de diciembre de 2021, así como las actuaciones inspectoras desarrolladas por la DC en la sede de Carrer Ronda d' Algemesi, 49, 46600 de Alzira (Valencia), ordenando a la DC la devolución de la totalidad de la documentación recabada en la inspección domiciliaria en cualquiera de sus formatos.

En el escrito de alegaciones complementarias, CLEAR PET y MCG amplían el petitum del recurso, “solicitando que se anule la Orden de Investigación de 14 de diciembre de 2021, así como todas las actuaciones inspectoras desarrolladas tanto en la planta de CLEAR PET sita en el Polígono Industrial El Pla Manzana

15-3, 46600 Alzira (Valencia) como en la sede social de CLEAR PET y de MCG ubicadas en Carrer Ronda d'Algemesí, 49, 46600 de Alzira (Valencia), ordenando la inmediata devolución de la totalidad de la documentación en cualquier formato recabada en ambos domicilios, o - subsidiariamente, se anule la Segunda Orden de Investigación, así como las actuaciones inspectoras desarrolladas en ejecución de la misma en la sede social de CLEAR PET y de MCG ubicadas en Carrer Ronda d'Algemesí, 49, 46600 de Alzira (Valencia), ordenando a la DC la inmediata devolución de la totalidad de la documentación en cualquier formato recabada en dicho domicilio”.

3. Motivos del recurso.

Las recurrentes alegan que la actuación de la DC ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas inspeccionadas al extender artificialmente la inspección a la sede de MCG y CLEAR PET sita en Carrer Ronda d' Algemesi, 49, 46600 de Alzira (Valencia), la cual no estaba cubierta por el Auto de 7 de diciembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Valencia, y la primera Orden de Investigación de 30 de noviembre de 2021, e inducir a engaño con la entrega de la segunda orden de investigación durante el transcurso de la inspección.

Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en los asuntos Montibello, Repsol y Altadis, las recurrentes sostienen que la DC engañó a las empresas y que el consentimiento otorgado para la entrada en la sede de Carrer Ronda d' Algemesi, 49, en cumplimiento de la segunda orden de investigación de 14 de diciembre de 2021 se encuentra viciado, y que el mismo se prestó sin presencia de los asesores legales internos o externos lo que impidió al representante de CLEAR PET entender la actuación de la DC y la cobertura legal de la que disponían para llevar a cabo la inspección en cada una de las sedes.

Dicho proceder por parte de la DC señalan las recurrentes vulnera los principios de lealtad, buena fe y transparencia que deben regir la actuación de la DC, en particular cuando realiza una inspección.

4. Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 12 de enero de 2022, que el recurso debe ser inadmitido conforme al artículo 47.2 de la LDC al haberse presentado fuera de plazo.

No obstante, subsidiariamente en el caso de que la Sala admitiera a trámite el recurso, entiende la DC que procede su desestimación en la medida en que la

segunda Orden de investigación y la posterior actuación inspectora realizada en la sede de la empresa en ningún caso ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de dicha empresa, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

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

En su escrito de alegaciones de 22 de marzo de 2022 al informe de la Dirección de Competencia de fecha 12 de enero de 2022, formulado tras el correspondiente acceso al expediente, CLEAR PET y MCG alegan que el recurso se ha interpuesto en plazo y reiteran que la DC ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las recurrentes.

Las recurrentes amplían el objeto del recurso inicialmente presentado, solicitando también la anulación de las actuaciones inspectoras desarrolladas en la planta de CLEAR PET sita en el Polígono Industrial El Pla Manzana 15-3, 46600 Alzira (Valencia).

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por CLEAR PET y MCG supone verificar si la orden de investigación de 14 de diciembre de 2021 y la subsiguiente actuación inspectora recurrida han 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 material¹. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por CLEAR PET y MCG se ha producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material el sentido que acabamos de exponer.

Las recurrentes sostienen que la actuación de la DC ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de CLEAR PET y MCG, dado que la DC ocultó

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

conscientemente la existencia de la Segunda Orden de Investigación de 14 de diciembre 2021 con carácter previo al inicio de la Inspección, impidiendo a las empresas disponer, en el momento inmediatamente anterior al inicio de la Inspección, de una información esencial necesaria para prestar un consentimiento plenamente informado sobre la posibilidad de oponerse al acceso del equipo inspector a las sedes de CLEAR PET y de MCG, no pudiendo en absoluto descartarse que, de haber conocido la existencia del mencionado acto administrativo antes de que se iniciara la Inspección y no una vez iniciada ésta, hubieran tomado una decisión distinta de la que finalmente adoptaron.

Al actuar de este modo, alegan, el equipo inspector actuó de manera manifiestamente contraria a las pautas de lealtad, buena fe y transparencia que deben regir su actuación y, como consecuencia de ello, el consentimiento al equipo inspector para que ampliara el ámbito de la inspección a las mencionadas sedes, estuvo viciado, vulnerándose así su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

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

a) Inspección realizada en la sede CLEAR PET sita en el Polígono Industrial El Pla.

La inspección llevada a cabo entre los días 14 y 16 de diciembre de 2021, en la sede de CLEAR PET sita en el Polígono Industrial El Pla se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 40 de la LDC, siguiendo lo dispuesto en la Orden de inspección de 30 de noviembre de 2021, adoptada por la Dirección de Competencia, en la que se autorizaba la realización de una inspección en la sede de CLEAR PET, S.L, situada en el Polígono Industrial El Pla, manzana 15-3 46600 Alcira (Valencia), a partir del 14 de diciembre de 2021, pudiendo continuar hasta el 17 de diciembre de 2021, así como en el Auto nº 116/21 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Valencia, de concesión de autorización de entrada en la sede de CLEAR PET, para la realización de la inspección, firmando la empresa tal y como consta en el acta de inspección, el correspondiente recibí de notificación de dicha orden y del Auto Judicial tras informarle del objeto y contenido de éstos, accediendo a la práctica de la inspección, tal como se indica en el acta de la inspección.

Tal y como puede comprobarse de la lectura del Auto emitido por el juez, autorizando la entrada en el domicilio de la recurrente, la Orden de Inspección

cumple las exigencias del artículo 40.4 de la LDC, y también en el artículo 13.3 del RDC, en los que expresamente se indica que el personal de la CNMC debidamente autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia para proceder a una inspección tiene, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la consideración de agente de la autoridad y ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Competencia que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

Es decir, desde un punto de vista formal, en la Orden de Inspección se debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección va a practicarse y el alcance de la misma y, desde un punto de vista material, las características básicas de la infracción, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de la presunta infracción, siguiendo así lo señalado por la AN en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, que expresamente indica lo siguiente²:

“De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción”.

Precisamente, en este caso, el juez concedió la autorización de entrada una vez valorado que la actuación administrativa que motiva la entrada tiene amparo en un fin legítimo tutelado por el ordenamiento jurídico y que la entrada se plantea como un medio necesario para la consecución de ese legítimo fin, no siendo factible otra vía menos lesiva o constrictiva del derecho afectado. Con la citada inspección se trataba de verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas, estimando el juez suficiente la información trasladada por la Dirección de Competencia para que éste pudiera realizar el control de legalidad de la actuación administrativa, concediendo por ello el auto autorizando la

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

entrada en la sede social de CLEAR PET, considerando que existía título habilitante (la reiterada Orden de Inspección), con apariencia de legalidad, la constatación de la necesidad de la actuación, habida cuenta de la naturaleza de los hechos a investigar, así como la proporcionalidad de la medida solicitada.

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

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

Tal y como ha señalado esta Sala en numerosas ocasiones, por todas véase la Resolución de 14 de septiembre de 2021 (Expte. R/AJ/100/21 COHEMO), la Orden de Inspección debe, desde un punto de vista formal, indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección va a practicarse y el alcance de la misma y, desde un punto de vista material, las características básicas de la infracción, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de la presunta infracción.

En este sentido, la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de julio de 2011 indicó que la Orden debe permitir identificar al inspeccionado los elementos esenciales previstos en el citado artículo 13.3 del RDC al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección³:

"En este caso la orden de investigación permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Así además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a "determinada información" según la cual determinadas

³ Sentencia de la AN de 20 de julio de 2011, en el ámbito del Expte. S/0192/09 Asfaltos.

empresas habrían podido incurrir en "posibles" prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional y que, por lo tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si estos acuerdos se han llevado a la práctica. Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección."

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

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

Se ha de remarcar la reiterada jurisprudencia comunitaria en cuanto al contenido de las órdenes de inspección y el efecto útil de las inspecciones de las Autoridades de Competencia, que no sólo se ha establecido en la citada sentencia del TGUE de 26 de octubre de 2010, sino también previamente en la

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, , que finalmente concluyó que la Decisión de investigación de la Comisión Europea impugnada cumplía los elementos esenciales exigidos por el artículo 20.4 del Reglamento nº 1/2003, y a la que se ha remitido expresamente el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 31 de octubre de 2017.

Y siguiendo la citada jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo ha valorado en la citada sentencia de 31 de octubre de 2017 el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, así como la extensión del control judicial cuando se trata, como ocurre en este supuesto, de una inspección realizada en el ámbito de una información reservada, sin que todavía se haya incoado expediente sancionador, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar.

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la Orden de Investigación de fecha 30 de noviembre de 2021, permite identificar los elementos esenciales de la investigación, así como conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar el mercado afectado, así como el ámbito material de actuación.

En efecto, en la orden expresamente se indica que el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de ECOEMBES y CLEAR PET, y otras empresas recicladoras en el mercado español de retirada y aprovisionamiento de residuos plásticos de tipo PET, consistentes en la manipulación de las subastas de ECOEMBES para la adjudicación de los residuos plásticos tipo PET para su posterior tratamiento y reciclado, mediante la concesión de derechos de tanteo discriminatorios a determinados recicladores para la mejora de las ofertas presentadas y posterior adjudicación de las zonas a las que se presentan, al menos, desde 2013 hasta la actualidad, que podrían constituir acuerdos y/o prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la LDC y el 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), dada su posible afectación del comercio entre Estados Miembros de la Unión Europea.

Según consta en el acta de la inspección, la DC informó a CLEAR PET que la inspección se producía en relación con lo señalado en la Orden de Inspección y que la CNMC había recabado autorización judicial de entrada en el domicilio de la empresa para la práctica de la Inspección, siendo autorizado por Auto nº

116/21 de fecha 7 de diciembre de 2021, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº6 de Valencia.

A las 9.18 horas, la jefa del equipo inspector hizo entrega al gerente de CLEAR PET, en presencia de la jefa de recursos humanos de la empresa, de la Orden de Inspección y del auto judicial antes señalados, y se le facilitó el modelo de recibí de dichos documentos, solicitando la firma del citado recibí.

Los inspectores de la CNMC indicaron a la empresa la posibilidad de ser asistidos en cualquier momento por letrado, ya sea interno o externo, de forma directa (es decir, contando con su presencia) o a través de teléfono, aunque la presencia de un abogado no era una condición para la realización de la inspección. Por tanto, ningún reproche puede realizarse a la inspección realizada en la sede de CLEAR PET, en el Polígono Industrial El Pla.

En otro orden de cosas, cabe destacar que la solicitud de anulación de la actuación inspectora realizada en la referida sede no fue solicitada por la recurrente en su escrito de recurso, sino en el escrito de alegaciones complementarias, por lo que la cabría considerar además tal petición como extemporánea al no haberse presentado dentro del plazo legal.

b) Inspección realizada en la sede de MCG y CLEAR PET sita en Carrer Ronda d' Algemesi.

Por lo que respecta a la inspección realizada en la sede de MCG y CLEAR PET situada en Carrer Ronda d' Algemesi, 49, 46600 Alzira (Valencia), la misma se realizó al amparo de la Orden de Investigación de 14 de diciembre de 2021, cuyo contenido y objeto es idéntico al de la primera orden de 30 de noviembre de 2021, tal y como afirman las propias recurrentes, y cuyo objeto fue autorizado por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Valencia, al considerar el juez que existía título habilitante, con apariencia de legalidad, la constatación de la necesidad de la actuación, habida cuenta de la naturaleza de los hechos a investigar, así como la proporcionalidad de la medida solicitada. En este sentido, el juez consideró, que la Orden de Investigación permitía identificar al inspeccionado los elementos esenciales previstos en el citado artículo 13.3 del RDC al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

Por tanto, la segunda Orden de Investigación de 14 de diciembre de 2021, al igual que la primera, cumple las formalidades legales, tanto formales, en cuanto al contenido de la Orden de Investigación, como materiales, siendo la finalidad para la que se solicita la entrada, la de obtener información relevante sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, siendo la entrada en el domicilio un medio adecuado y proporcionado para la finalidad que se pretende.

Por lo tanto, si las recurrentes no han encontrado motivos para impugnar la primera Orden de investigación de 30 de noviembre de 2021, resulta significativo haber recurrido la segunda cuyo contenido es idéntico, excepto en lo referido a la nueva sede de CLEAR PET y su matriz MCG.

Desde el inicio de la inspección, como consta en el acta, las recurrentes tuvieron cumplida información respecto al objeto, contenido y finalidad de la inspección, así como del procedimiento que iba a seguir el equipo inspector en relación con la selección de documentación tal y como consta en el acta de la inspección rubricada sin observaciones por la empresa. Y sin que, por otro lado, planteasen obstáculo alguno a la inspección, colaborando en todo momento en su desarrollo.

Asimismo, según queda acreditado en el párrafo 28 del acta, la jefa del equipo de inspección hizo entrega al gerente de CLEAR PET y apoderado de MARTÍNEZ CANO, en presencia de la asesora fiscal del grupo de la segunda Orden de Investigación de 14 de diciembre de 2021, para inspeccionar la sede de CLEAR PET y de su matriz MARTINEZ CANO GESTIÓN, S.L. (sitas en Carrer Ronda d' Aigemesí, 49, 46600 Alzira, Valencia), solicitando el consentimiento expreso de la empresa en los términos previstos en el artículo 40.8 de la LDC, y se informó expresamente a las recurrentes que no se disponía de auto judicial, si bien podría solicitarlo en caso de no consentir la empresa, firmando el Sr. [dato personal] el consentimiento para acceder a dichas sedes a las 9.40 horas.

La jefa de equipo informó a los representantes de la empresa que en la sede de CLEAR PET se va a inspeccionar el puesto de trabajo del Sr. [dato personal] y que a continuación, una parte del equipo se desplazaría a la sede de MARTINEZ CANO. (párrafos 26 a 30 del acta de inspección).

Por otro lado, según consta en el párrafo 57 del acta de inspección a las 10.51 horas parte del equipo inspector se traslada a la sede de CLEAR PET y de su matriz MARTINEZ CANO GESTIÓN, S.L acompañados por D. [dato personal].

En consecuencia, coincide esta Sala con la Dirección de Competencia, en que las recurrentes no pueden alegar vicio del consentimiento, ya que en ningún momento se indujo error a la empresa ni se le ocultó ningún aspecto esencial. El gerente de CLEAR PET y apoderado de MCG era conocedor de que para la inspección en la sede de Carrer Ronda d' Algemesi, el equipo de inspección no contaba con autorización judicial, y tomo la decisión de autorizar la entrada con pleno conocimiento firmando el correspondiente recibí acompañando personalmente al equipo inspector a la otra sede.

Por tanto, la actuación del equipo de inspección se llevó a cabo siguiendo los principios de lealtad, buena fe y transparencia, sin que quepa apreciar ningún paralelismo entre la jurisprudencia invocada (Asuntos Montibello, Repsol y Altadis) con el caso que nos ocupa en los citados asuntos las circunstancias concurrentes eran distintas: en esta ocasión la inspección informó expresamente que no se disponía de auto judicial.

Igualmente, hay que destacar que la empresa pudo pedir asesoramiento legal, optando por contar con la presencia de la asesora fiscal del grupo que estaba presente en ese momento que no realizó ninguna manifestación, ni planteó ninguna duda.

La presencia de abogados no es necesaria para la realización de la inspección, tal y como reconocen las propias recurrentes en su escrito de recurso. Por tanto, el hecho de que no estuvieran presente ningún representante legal de la empresa los primeros días de la inspección, en modo alguno invalida las actuaciones inspectoras, ni el consentimiento prestado por el Sr. [dato personal] autorizando la entrada, siendo un elemento completamente ajeno a las obligaciones de lealtad, buena fe y transparencia de la CNMC, que invoca CLEAR PET y MCG en su recurso.

Por último, las circunstancias en las que consta acreditado que se emitió el consentimiento para entrar en la segunda sede descartan el ánimo de engaño que la parte recurrente imputa a la DC.

Antes de consentir esta segunda entrada, y como prueban las recurrentes en la documentación adjunta a su recurso, se envió a la empresa por correo electrónico la segunda orden de investigación firmada por la Directora de Competencia. Además, en el correo electrónico constan las comunicaciones internas de la Dirección previas a la preparación y emisión de la orden.

El envío de estas comunicaciones internas- no deseable, aunque no haya implicado la publicación de información confidencial o reservada- es incompatible con la intención de engañar a la que aluden las recurrentes. En todo caso, éstas recibieron más información, y no menos, de la que legalmente era exigible para formar válidamente su consentimiento a la entrada.

El representante de la empresa, antes de autorizar la entrada, tuvo conocimiento, de un lado, de la existencia de una segunda orden; de su contenido exacto y de que la DC no disponía en ese momento de una autorización judicial respecto de esa parte de la inspección (como se desprende literalmente del acta). De otro lado, pudo conocer las circunstancias internas en las que se preparó y firmó la segunda orden (como se deduce del hecho de que fuese imprimida por un

empleado de la empresa y del contenido del correo electrónico remitido). Además, obtuvo asesoramiento legal antes de pronunciarse. Éste es el contexto en el que se emitió el consentimiento, sin que en ese momento ni durante la ejecución de la inspección se formulase ninguna objeción.

Por todo ello, esta Sala debe rechazar las alegaciones de la recurrentes al entender que, durante el desarrollo de la actuación inspectora en la sede de CLEAR PET en el Polígono Industrial El Pla, y en la sede de MCG y CLEAR PET, sita en Carrer Ronda d' Algemesi, no se produjo indefensión alguna, desarrollándose la actuación inspectora sobre la base de lo dispuesto en las dos Ordenes de Investigación, ni se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española.

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 recursos⁴ planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos señalados por el Tribunal Constitucional. En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, como es el caso que nos ocupa.

Así, del análisis desarrollado en el apartado anterior en relación con la proporcionalidad de la inspección y su adecuación a la orden de investigación y al auto judicial que lo amparaba (este último respecto a la inspección en la sede de CLEAR PET sita en el Polígono Industrial El Pla) no puede deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de las recurrentes.

⁴ Entre otros expedientes R/0112/12, Grupo Lactalis Iberia; R/0141/13, AOP; R/0148/13, Renault; R/0149/13, BP España y R/DC/0001/14, Almendra y Miel.

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

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 CLEAR PET, S.L y MARTÍNEZ CANO GESTIÓN, S.L, contra la Orden de inspección de 14 de diciembre de 2021, y la actuación inspectora realizada entre los días 14 y 16 de diciembre de 2021.

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.