

RESOLUCIÓN

**EXPEDIENTE
INSPECCIONADAS I**

E-DISTRIBUCIÓN-

SOCIEDADES

R/AJ/055/23

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/055/23 E-DISTRIBUCIÓN- SOCIEDADES INSPECCIONADAS I, 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 orden de investigación de 8 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 fecha 3 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 orden de inspección de 8 de junio de 2023.

4. Con fecha 5 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.

5. Con fecha 11 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.

6. 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.

7. El día 19 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 **x** 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 la Orden de Inspección de 8 de junio de 2023.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses*

legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días".

2. Pretensiones de las recurrentes.

En su recurso las recurrentes solicitan que se declare la nulidad de la Orden de inspección de 8 de junio de 2023 por vulnerar el artículo 18.2 CE, y los artículos 40 y 49.2 LDC, el artículo 27 LCCNMC y el artículo 13 RDC.

Asimismo, solicitan que se les conceda acceso a todas las actuaciones previas a su personación en el procedimiento, y en particular, se dé traslado de las denuncias íntegras y de cualquier otra conversación o medida de instrucción previa que la DC haya podido realizar antes de dictar la Orden de Inspección, así como todos y cada uno de los documentos e informaciones enumerados en el escrito presentado por Endesa, S.A. el día 28 de junio de 2023 en la CNMC que adjunta como Anexo 4, y a toda la documentación incorporada al expediente con posterioridad a la realización de la inspección, incluidos los informes elaborados por la CNMC y por la Abogacía del Estado tras la inspección.

3. Motivos del recurso.

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

1.- Nulidad de la orden de inspección por la desconexión manifiesta entre los indicios y el objeto de la inspección.

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.

(i) En relación con el ámbito subjetivo, aunque las denuncias se limitan a denunciar a EDISTRIBUCIÓN, a juicio de las recurrentes, la Orden habría ampliado el ámbito de las sociedades inspeccionadas a 8 sociedades del Grupo ENDESA, sin que figuren citadas en ninguno de los indicios que menciona la Orden.

Las recurrentes sostienen que la DC no puede apelar al concepto de unidad económica ni a lo dispuesto en el art. 40.7 de la LDC para inspeccionar a 8

empresas del Grupo ENDESA, sin un plus de justificación, dado que las denuncias solo se refieren a la actividad de distribución de energía eléctrica de EDISTRIBUCIÓN que realiza una actividad regulada en estricta separación de actividades, sin que se haya cuestionado en la Orden el cumplimiento de las obligaciones del artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico (LSE).

(ii) En relación con el ámbito objetivo, mientras las denuncias se refieren al mercado de distribución de energía eléctrica, la Orden habría ampliado sin justificación el objeto de investigación a cuatro mercados adicionales (de instalación de equipos y prestación de servicios de medida eléctrica, de comercialización de energía eléctrica, de prestación de servicios energéticos y de instalación y operación de autoconsumo).

(iii) Igualmente, a pesar de que según las denuncias y la propia Orden de Inspección, el ámbito territorial de la actividad de EDISTRIBUCIÓN se circunscribe a los territorios de 24 provincias, la Orden amplía el alcance de la inspección a todo el territorio nacional.

2.- Nulidad de la orden de inspección: falta manifiesta de proporcionalidad en la medida indagatoria seleccionada. Inexistencia de instrucción previa o, alternativamente realización de actuaciones previas ilegalmente omitidas en la orden de inspección.

Las recurrentes alegan que la Orden de inspección se adoptó con manifiesta falta de proporcionalidad, sin valorar otras opciones menos invasivas, y sin realizar una instrucción previa o habiendo ocultado de forma deliberada dichas actuaciones previas.

3.- Nulidad de la orden de inspección por insuficiencia de motivación.

Por último, manifiesta el grupo ENDESA que la orden es inválida por carecer de motivación suficiente conforme a lo requerido por los artículos 40.2 LDC y 35. 1 a) de la Ley 39/2015 y por la doctrina jurisprudencial existente en esta materia.

4. Informe de la DC.

La DC, en su informe de 11 de julio de 2023, rechaza las pretensiones de las recurrentes y propone la desestimación del recurso contra la Orden de inspección de 8 de junio de 2023, en la medida en que ésta no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a 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 de la orden de inspección, la DC considera que ésta 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 cuanto a la fundamentación de la orden de inspección, afirma la DC que como se recoge en la orden recurrida, la actuación inspectora viene motivada por los numerosos indicios de infracción aportados por hasta 10 denuncias presentadas entre el 17 de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023, por empresas independientes en diferentes mercados y la numerosa documentación complementaria aportada por cada una de ellas relacionada con las prácticas realizadas por el grupo ENDESA mediante su filial distribuidora de energía eléctrica EDISTRIBUCIÓN, y que todos los Autos (incluso el denegatorio de Sevilla) se basan en el contenido de las denuncias a la hora de valorar la idoneidad de efectuar la inspección; además, en cualquier caso, la CNMC no está obligada a trasladar al inspeccionado todos los datos que estén a su disposición en el momento de realizar una inspección, pues la finalidad de ésta es precisamente conseguir pruebas.

Respecto a la proporcionalidad de su actuación, la DC invoca la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2022, así como del TS de 9 julio de 2014, 10 de febrero de 2014 y 27 de febrero y 17 marzo de 2015 para justificar que corresponde a la Comisión decidir sobre la necesidad de realizar una inspección cuando así lo requiera la investigación, aunque ya se disponga de indicios o elementos probatorios, con el fin de verificar la existencia de una infracción, teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto.

Por último, relativo a la solicitud genérica de las recurrentes de tener acceso a toda la documentación incorporada al expediente con posterioridad a la inspección, comprendidos, entre otros documentos que pudieran obrar en el mismo, los informes elaborados por la CNMC y por la Abogacía del Estado tras la inspección, la DC considera que la misma debe ser rechazada, dado que la inspección se ha desarrollado en fase de información reservada, y conforme a la jurisprudencia de la AN y el TS la Administración no está obligada en esta fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar, el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección.

Por tanto, sólo una vez incoado el expediente los interesados podrán acceder a éste.

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 orden de inspección de 8 de junio de 2023, por vulnerar el artículo 18.2 de la CE y los artículos 40 y 49.2 de la LDC, 27 de la LCNMC y 13 del RDC y que se le conceda acceso a todas las actuaciones previas a su personación en el procedimiento.

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 orden de investigación de 8 de junio de 2023 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 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.

Tal y como ha indicado la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en recientes Resoluciones (entre otras, véase Resoluciones de 14 de septiembre de 2021, expediente R/AJ/100/21 COHEMO y de 7 de junio de 2023 R/AJ/035/23 NAUTALIA I), de acuerdo con los artículos 40.4 de la LDC y 13.3 del RDC, en la Orden de Inspección se debe de indicar, desde un punto de vista formal, 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 su alcance. Y desde un punto de vista material, las características básicas de la infracción, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la inspección y la naturaleza de la presunta infracción.

La Audiencia Nacional en su sentencia de 29 de octubre de 2021, ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados “*objeto y finalidad de Inspección*” señalando lo siguiente:

*"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, **qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección.***

*59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las **características esenciales de la infracción objeto de sospecha**, indicando el **supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha**, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, **qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación**, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios." (Énfasis propio)*

Respecto al grado de concreción y extensión de los datos aportados al inspeccionado y recogidos en la Orden de inspección, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 31 de octubre de 2017 y 19 de junio de 2023, ha señalado que:

*“Aun cuando es cierto que la información obtenida por la CNMC tiene un carácter reservado, ello no obsta, como dijimos en la STS de 27 de febrero de 2015, que se cumplan en estos supuestos las exigencias legales contempladas en los preceptos y de la jurisprudencia antes reseñada, de la que se desprende -reiteramos- que **la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección**, entre las que se encuentran los datos concretos que justifican la entrada en el domicilio social, **no bastando, como hemos subrayado, la simple remisión genérica a una denuncia o a una información "reservada"**, por ser imprescindible la aportación de información suficiente al órgano judicial que permita fundar su convicción de la procedencia de la entrada, aun cuando el suministro de los elementos de información se haga en forma que preserve su carácter confidencial.”* (énfasis añadido)

No obstante, en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, el Alto Tribunal añadió la no exigencia de incluir información adicional o complementaria no disponible en esta fase preliminar de la investigación para no perjudicar al efecto útil de la inspección:

*“(…) **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. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería **contraria al efecto útil de inspecciones** como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia”.* (Énfasis añadido)

En este mismo sentido, se ha manifestado esta Sala de Competencia, entre otras, en sus Resoluciones de 14 de marzo de 2019 o de 16 de febrero de 2022.

Igualmente, la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de diciembre de 2019, citando jurisprudencia comunitaria, incluida la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1989, asunto Dow Chemical, confirmó la información que debe ser trasladada al inspeccionado en esta primera fase inicial de la investigación:

“(…) que SJUE de 17 de octubre de 1989 Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, afirmó que la Comisión no está obligada a

comunicar al destinatario de una decisión de inspección toda la información de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar (apartado 45). Y respecto del alcance de esta facultad reconoce que «quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas».

Pues bien, analizado el contenido de la orden de inspección, esta Sala considera que la misma cumple con todos los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos y recoge con todo detalle a lo largo de sus 11 páginas, el objeto y la finalidad de la inspección, incluidos los indicios para fundamentar la necesidad de entrada en las sedes de las empresas del grupo ENDESA, así como las características esenciales de la infracción, los diversos mercados de referencia, la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de investigación y la implicación de las empresas inspeccionadas en las prácticas.

Tal y como señala la DC, la Orden de Investigación de 8 de junio de 2023 se fundamenta en la información aportada por hasta 10 empresas denunciantes entre el 17 de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023, así como reclamaciones en distintos mercados, identificando las empresas denunciantes y denunciadas, la posible calificación jurídica de las conductas y una exhaustiva descripción de las presuntas prácticas, en virtud de la cual EDISTRIBUCIÓN, desde su actividad regulada, estaría presuntamente entorpeciendo el normal funcionamiento de otros mercados conexos (de instalación de equipos y prestación de servicios de medida eléctrica, de comercialización de energía eléctrica, de prestación de servicios energéticos y de instalación y operación de autoconsumo.)

En efecto, la Orden detalla a lo largo de tres páginas, el objeto, el alcance y la finalidad de la inspección, incluyendo un listado específico y minucioso de las prácticas denunciadas en cada mercado identificado, que podrían ser constitutivas de una infracción del artículo 2 de la LDC por un abuso de posición de dominio y/o de una infracción del artículo 3 de la LDC, por competencia desleal, durante un periodo concreto (desde, al menos, febrero de 2020).

La Orden de Inspección agrupa en tres apartados la detallada descripción de las supuestas prácticas relativas a: (i) la existencia de presuntas estrategias de cierre de mercado y de desprestigio en el mercado de instalación de equipos de medida y en qué consistirían las mismas; (ii) estrategias de obstaculización y desprestigio de comercializadoras independientes y prestación de servicios energéticos, detallando las prácticas que habrían dado lugar a dicha obstaculización y desprestigio; y (iii) estrategias de cierre del mercado del autoconsumo colectivo e industrial con excedentes, mediante prácticas de bloqueos y retrasos.

Por tanto, en ningún caso, se realizan afirmaciones genéricas y vagas que impidieran a la empresa identificar en qué consisten y qué se busca en la inspección. Así lo han considerado, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo nº10 de Madrid y nº 5 de Zaragoza, en sus autos de 13 y 15 de junio de 2023.

Con relación al **ámbito subjetivo** de la Orden de Inspección, tal y como se recoge en la Orden recurrida, no todas las denuncias se refieren solo a EDISTRIBUCION. En concreto, la denuncia de ENERGY SOLAR TECH, se refiere además a ENDESA ENERGÍA, S.A.U. y a ENERGÍA XXI COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.L.U., y también a todo el Grupo ENDESA. Por otra parte, no se puede obviar que las prácticas denunciadas se refieren a otras actividades y mercados, además de las que son propias EDISTRIBUCIÓN, y que apuntan a otras empresas del grupo ENDESA.

Tal y como ha señalado esta Sala, (por todas Resolución de 30 de enero de 2020 (Expte. R/AJ/134/19 REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FUTBOL), no es cierto que la Orden de inspección deba limitar los sujetos investigados a los que se mencionen de forma expresa en las denuncias.

*“Por el contrario, esta Sala considera que es pacífico y necesario para el correcto desempeño de las funciones encomendadas a la CNMC que en el requerimiento de información realizado puedan incorporarse elementos necesarios para que la autoridad de competencia disponga de un conocimiento adecuado del funcionamiento de los mercados. Por ello, **la investigación de conductas por parte de la CNMC en ningún momento puede quedar constreñida o limitada por la existencia de una denuncia de una determinada empresa o por la información que dicha empresa ha recogido en la misma.**” (Énfasis añadido)*

Asimismo, cabe señalar que existe una obligación legal de las empresas a someterse a las inspecciones debidamente autorizadas, con independencia de que se identifiquen concretamente, como recoge la Orden de Inspección

recurrída al remitirse al artículo 40.7 de la LDC que dispone que *“la obligación de someterse a la inspección comprenderá a **matrices, filiales o empresas que formen parte del mismo grupo empresarial de las empresas inspeccionadas** en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio en la medida en que exista una conexión directa entre estas y los hechos investigados”*.

La orden recurrída identificó de forma específica los ocho sujetos investigados con una relación directa con las prácticas investigadas (ENDESA, S.A. y sus filiales, ENDESA RED, S.A., EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L.U., 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.) todas ellas empresas del mismo grupo que comparten sede común en Madrid y Zaragoza, de las 108 empresas que componen el mapa societario del Grupo ENDESA, que resultaba imprescindible para poder investigar las prácticas denunciadas, sin perjuicio de poder inspeccionar cualquier otra directamente vinculada con las prácticas, en virtud del artículo 40.7 de la LDC.

Respecto al **ámbito geográfico** de la Orden, las posibles prácticas al afectar a más de una región tendrían una afectación supraautonómica y previsiblemente de alcance nacional.

Además, tanto el Grupo ENDESA como gran parte de las denunciadas operan en la comercialización y suministro de energía eléctrica a nivel nacional.

Del mismo modo, no hay que olvidar que los mercados energéticos por su operativa y normativa, son mercados que tienen una dimensión y carácter nacional.

Por último, respecto al **ámbito objetivo** de la orden, no resulta razonable afirmar que la Orden se extralimitó en su objeto y que debería haberse limitado a la actividad regulada de distribución de energía eléctrica de acuerdo con las denuncias.

Como señala la DC las denuncias no se limitan a denunciar prácticas de la empresa distribuidora sino, que van más allá, señalando la articulación de esta actividad como palanca utilizada por el Grupo ENDESA para obstaculizar el normal funcionamiento de otros mercados dependientes y que se prestan en condiciones de libre competencia (de instalación de equipos y prestación de servicios de medida eléctrica, de comercialización de energía eléctrica, de prestación de servicios energéticos y de instalación y operación de autoconsumo) en los que las filiales de dicho Grupo estarían interviniendo de forma directa o indirecta.

Además, tal y como ha corroborado la AN en su sentencia de 24 de mayo de 2021, desestimando el recurso presentado contra la Resolución de la CNMC de 28 de marzo de 2019, volviendo a manifestar en relación con la alegada amplitud e indeterminación del contenido de la Orden de Inspección, que no se vulnera la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la CE, cuando la investigación y el registro domiciliario ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial competente para autorizar esa entrada domiciliaria, una vez que ha analizado la Orden de Inspección y comprueba que la entrada domiciliaria cumple los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que están en juego.

Tal y como se ha expuesto, en el presente caso, la entrada en la sede de Madrid fue autorizada por el Auto judicial de 13 de junio de 2023 y del auto complementario de 16 de junio 2023, en el procedimiento de autorización de entrada nº136/2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº10 de Madrid, firmando el representante de las recurrentes 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.

Lo mismo ocurrió en la sede de Zaragoza cuya entrada fue autorizada por el Auto de 15 de junio de 2023, en el procedimiento de autorización de entrada nº28/2023 del Juzgado Contencioso- Administrativo N.º 5 de Zaragoza, firmando los representantes de las empresas recurrentes el correspondiente recibí, tras haberse negado a prestar el consentimiento requerido.

La Orden recurrida se limita a un determinado tipo de conductas, remitiéndose expresamente a las prácticas prohibidas en el artículo 2 y/o artículo 3 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, sin ninguna alusión a otras conductas prohibidas por la LDC, lo que diferencia claramente el presente caso de la inspección anulada por el TS en su sentencia de 27 de febrero de 2015 TRANSMEDITERRÁNEA (rec. casación nº 1292/2012), a la que se refieren las recurrentes.

Además, en un supuesto como éste, en el que también es de aplicación el artículo 102 del TFUE, la jurisprudencia comunitaria ha enumerado el tipo de informaciones que debe contener una orden de inspección con el fin de permitir que los destinatarios ejerzan su derecho de defensa y, a este respecto, imponer a la CNMC una obligación de motivación más gravosa no tendría debidamente en cuenta el carácter preliminar de la inspección, realizada en fase de información reservada, cuya finalidad es precisamente permitir que la CNMC determinar si observa indicios racionales de la existencia de conductas

prohibidas y, en ese caso, incoar expediente sancionador, como se establece en el artículo 49.1 de la LDC.

Por todo ello, considera esta Sala que la alegación de las recurrentes relativa a que el contenido la Orden de Inspección es amplio e incongruente con los indicios de las denuncias debe ser rechazada.

2.1.2 Sobre la fundamentación de la Orden.

Las recurrentes alegan la inexistencia de instrucción previa o alternativamente la realización de actuaciones previas ilegalmente omitidas en la orden de inspección.

En este sentido, señalan que el hecho de que hayan existido dos rondas de inspecciones (la primera entre los días 24 y 28 de abril, y la segunda entre los días 19 y 23 de junio), unido a la ausencia de publicidad de la primera, sugiere que la **decisión de realizar la segunda inspección estaba tomada incluso antes de recibir gran parte de las denuncias.**

A su juicio, la ausencia de referencia a dicha investigación previa vicia de invalidez la Orden de inspección de 8 de junio de 2023 que ha de explicitar “*los concretos, precisos y objetivos indicios*” de la conducta ilegal que la motivan permitiendo una búsqueda indeterminada de documentos, vulnerando el derecho de inviolabilidad del domicilio de las recurrentes, y haciendo un “*fishing expedition*”.

Tal y como se ha analizado en el apartado anterior, el contenido de la orden es muy detallado, con referencia a los elementos sustanciales de las diez denuncias que fueron consideradas suficientes y proporcionadas por los Juzgados de Madrid y Zaragoza que autorizaron la entrada.

Según se desprende de la propia orden, el origen de la apertura de las tres informaciones reservadas (hoy agrupadas en la referencia S/0007/23) se encuentra única y exclusivamente en las denuncias recibidas formalmente por DC entre el 17 de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023.

La primera de las denuncias recibidas fue el 17 de octubre de 2022, casi 8 meses antes de realizar la inspección, lo que dio lugar a la apertura de la DP/047/22 relacionada con los mercados de prestación de servicios de telemedida y mercados adyacentes de instalación de equipos de medida y de prestación de servicios de medida de energía eléctrica.

Posteriormente, el 31 de marzo de 2023, dos meses y medio antes de la inspección, una segunda empresa presentó otra denuncia contra EDISTRIBUCIÓN en los mismos mercados, por las presuntas prácticas realizadas por la distribuidora del Grupo ENDESA que estarían impidiendo el

desarrollo de las empresas de prestación de servicios de telemedida con afectación a los mercados adyacentes de instalación de equipos de medida y de prestación de servicios de medida de energía eléctrica, como recogía la Orden de inspección de 8 de junio de 2023.

En cuanto a los mercados de comercialización de energía eléctrica y de prestación de servicios energéticos, la primera de las denuncias recibidas en la CNMC y que dio lugar a la apertura de la información reservada DP/001/23 data del 13 de abril de 2023, dos meses antes de la inspección, que fue completada con la recibida el 23 de mayo de 2023, un mes antes de la inspección.

Las prácticas investigadas se centraban en el ejercicio de la actividad regulada de distribución eléctrica por parte de la empresa distribuidora del Grupo ENDESA, dificultando mediante estimaciones, incidencias y retrasos de facturación, la viabilidad, actividad y operatividad de terceras empresas competidoras en los mercados de comercialización de energía eléctrica y de prestación de servicios energéticos, con el objeto último de perjudicar a dichas empresas tanto a nivel económico como reputacional, beneficiando al modelo de negocio y empresas del Grupo ENDESA.

En el mismo sentido, el 29 de mayo de 2023, tres semanas antes de la inspección, la DC recibió la primera de las 6 denuncias en los mercados de instalación y operación de autoconsumo, vinculado al mercado de generación distribuida, que dio lugar a la apertura de una tercera información reservada DP/025/23, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificaran la incoación de un expediente, en relación con las prácticas de EDISTRIBUCIÓN y otras empresas del Grupo ENDESA, frente a terceras empresas activas en dichos mercados. Información reservada que incluyó 5 nuevas denuncias presentadas el 31 de mayo de 2023, dos semanas y media antes de la realización de las inspecciones.

Por tanto, la actuación inspectora vino motivada por los numerosos indicios de infracción aportados por hasta 10 denuncias presentadas entre el 17 de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023 por empresas independientes en diferentes mercados y la numerosa documentación complementaria aportada por cada una de ellas relacionada con las posibles prácticas realizadas por el Grupo ENDESA mediante su filial distribuidora de energía eléctrica, EDISTRIBUCION.

Tal y como señala la DC, todos los autos (incluido el denegatorio de la entrada de Sevilla) se basan en el contenido de las denuncias a la hora de valorar la idoneidad de efectuar la inspección. Así respecto a los autos confirmatorios de la autorización de la entrada:

- El Auto judicial de 13 de junio de 2023 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº10 de Madrid, autorizando la entrada, indica precisamente lo siguiente:

“Debe asimismo señalarse que a esa primera conclusión (necesidad de llevar a cabo la inspección por las posibles prácticas anticompetitivas) se ha llegado tras la presentación de múltiples denuncias por empresas afectadas por esas prácticas del grupo ENDESA. Estos indicios fundados se detallan ampliamente en el Hecho primero de la solicitud de autorización de entrada presentada, y en la documental que han adjuntado fuera del sistema GPRA a través de una memoria externa”. “Por ello, en cuanto a la concreción de la información remitida por la CNMC, constando en la misma las actividades prohibidas, la participación de las empresas del Grupo, razonándose en esa orden tanto la existencia de indicios particularizados respecto del Grupo empresa como la existencia de indicios de que haya podido cometer un ilícito administrativo, justificándose por ello la Orden de Investigación la necesidad de efectuar la tarea inspectora sin previo aviso para garantizar su efectividad y la identidad de todas las entidades presuntamente implicadas, lo que supone la delimitación del objeto y finalidad de la solicitud presentada, esta Juzgadora considera acreditada la necesidad de la autorización de entrada” (énfasis añadido).

- El Auto de 15 de junio de 2023 del Juzgado Contencioso- Administrativo N.º 5 de Zaragoza, autorizando la entrada, por su parte señala que:

“En la solicitud y documentación presentada se recogen los hechos que sirven de base a la solicitud, los cuales se concretan en que la Orden de investigación de la directora de Competencia de la CNMC de 8 de junio de 2023 que se adjunta, se dicta como consecuencia de una serie de denuncias confidenciales presentadas ante la CNMC”.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que la CNMC no está obligada a trasladar al inspeccionado todos los datos que estén a su disposición en el momento de realizar una inspección, pues la finalidad de ésta es precisamente conseguir pruebas.

Respecto al grado de concreción y extensión de los datos aportados al inspeccionado y recogidos en la Orden de investigación, tal y como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de septiembre de 2017:

“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”.

En esta misma línea, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2017:

"(...) 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. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia”.

2.1.3 Sobre la proporcionalidad de la actuación inspectora.

Respecto a la alegación relativa a la falta manifiesta de proporcionalidad en la medida indagatoria seleccionada, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 22 de octubre de 2002 recuerda que corresponde a la Comisión (Autoridades Nacionales de Competencia) decidir sobre la necesidad de una inspección cuando así lo requiera la investigación, aunque ya se disponga de indicios o incluso de elementos probatorios, con el fin de verificar la existencia de una infracción teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto:

*“77. En efecto, procede recordar a este respecto que, por lo que respecta a la apreciación de la proporcionalidad de la propia medida de verificación, el Tribunal de Justicia ha considerado que la opción que debía realizar la Comisión entre la verificación mediante simple mandato y la verificación de inspección ordenada por vía de decisión no dependía de circunstancias como la gravedad especial de la situación, la extrema urgencia o la necesidad de una discreción absoluta, **sino de las necesidades de una investigación adecuada, teniendo en cuenta las particularidades del caso de autos.** De ello dedujo el Tribunal de Justicia que, cuando una decisión de verificación **tiene únicamente por objeto permitir que la Comisión reúna los elementos necesarios para apreciar la posible existencia de una violación del Tratado, tal decisión no vulneraba el***

principio de proporcionalidad (sentencia National Panasonic/Comisión, antes citada, apartados 28 a 30).

78. *Procede asimismo recordar a este respecto que corresponde en principio a la Comisión **determinar si una información es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas sobre competencia** (sentencias AM & S Europe/Comisión, antes citada, apartado 17, y de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 15). Aunque **disponga ya de indicios o incluso de elementos probatorios sobre la existencia de una infracción, la Comisión puede, por tanto, legítimamente considerar necesario ordenar verificaciones adicionales que le permitan delimitar mejor la infracción, su duración o el círculo de las empresas implicadas** (véase, en este sentido, en relación con las solicitudes de información complementarias, la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, apartado 15)” (Énfasis propio).*

A su vez, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de julio de 2012, citando Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la finalidad y extensión del ejercicio de las potestades reconocidas a los entes públicos encargados de controlar la observancia de las normas de competencia, confirmó la posibilidad de las Autoridades de competencia de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados:

“22 El octavo considerando antes citado precisa que, a tales fines, la Comisión debe disponer, en todo el ámbito del mercado común, de la potestad de exigir las informaciones y de proceder a las verificaciones “que sean necesarias” para descubrir las infracciones de los artículos 85 y 86 antes aludidos (..)

24 Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas.

Igualmente, en sus sentencias de 10 de febrero de 2014, 27 de febrero y 17 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo ha señalado, que es suficiente una “*notitia*

criminis” alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, se está cometiendo o se cometerá el delito (infracción administrativa) en cuestión:

“No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una «notitia criminis» alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, F. 5, y 136/2000 F. 4)”.

En atención a todo lo expuesto, esta Sala considera que la Orden de inspección de 8 de junio de 2023 impugnada está suficiente y debidamente motivada sin que pueda considerarse en ningún caso que la misma haya podido producir indefensión a las recurrentes, ni haya limitado los medios de defensa de los mismos.

2.1.4 Sobre la solicitud de documentación.

El grupo ENDESA solicita que se le conceda acceso a todas las actuaciones previas a su personación en el procedimiento, y en particular, se dé traslado de las denuncias íntegras y de cualquier otra conversación o medida de instrucción previa que la DC haya podido realizar antes de dictar la Orden de Inspección, así como todos y cada uno de los documentos e informaciones enumerados en el escrito presentado por Endesa, S.A. el día 28 de junio de 2023 en la CNMC que adjunta como Anexo 4, y a toda la documentación incorporada al expediente con posterioridad a la realización de la inspección, incluidos los informes elaborados por la CNMC y por la Abogacía del Estado tras la inspección.

Sobre este particular, la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, ha indicado que:

"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".

Además, en fase de información reservada y con carácter previo al desarrollo de una inspección, indica la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2023 confirmando la doctrina ya establecida en su sentencia de 31 de octubre de 2017, lo siguiente:

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

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

En el presente caso, la inspección de la DC se ha desarrollado en fase de información reservada; así se indicó a las empresas investigadas al hacer entrega de la Orden, tal y como figura en el párrafo 43 del acta de inspección de la sede de Madrid y en el párrafo 79 del acta de inspección de la sede de Zaragoza, de manera que sólo una vez incoado el expediente los interesados podrán acceder a éste, por lo que la pretensión de las recurrentes de darle traslado de todos los indicios con los que contaba la DC en el momento de ordenar la inspección no es procedente de acuerdo con la normativa vigente, si bien, si finalmente, se incoa expediente sancionador, a partir de dicho momento el interesado tendrá acceso al expediente, como se dispone en el artículo 31 del RDC.

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

PRIMERO.- 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 Orden de inspección de 8 de junio de 2023.

SEGUNDO.- Desestimar la solicitud de acceso de las recurrentes a todas las actuaciones previas a su personación en el procedimiento, y en particular, a las denuncias íntegras y cualquier otra conversación o medida de instrucción previa que la DC haya podido realizar antes de dictar la Orden de Inspección, así como todos y cada uno de los documentos e informaciones enumerados en el escrito

presentado por Endesa, S.A. que adjunta como Anexo 4, y a toda la documentación incorporada al expediente con posterioridad a la realización de la inspección, incluidos los informes elaborados por la CNMC y por la Abogacía del Estado tras la inspección.

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.