



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/004/15 PROSEGUR)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Barcelona, a 9 de abril de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/004/15, PROSEGUR, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PROSEGUR contra la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 y las actuaciones inspectoras desarrolladas en ejecución de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de febrero de 2015, en el marco de las diligencias previas DP 0044/14, el Director de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), al amparo del artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como del artículo 13 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, dictó una Orden de Investigación en la que se autorizaba a determinados funcionarios de la CNMC a realizar una inspección, a partir del día 10 de febrero de 2015, en la sede de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y de su filial PROSEGUR ESPAÑA, S.L. (conjuntamente PROSEGUR).
2. Con fecha 10 de febrero de 2015, citada Orden de Investigación fue comunicada a

PROSEGUR, que manifestó, tras haber sido informada del objeto y contenido de la misma, su consentimiento a la realización de la inspección.

3. Con fecha 11 de febrero de 2015, el Director de Competencia de la CNMC dictó una Orden de Investigación complementaria a la dictada el 4 de febrero de 2015 en la que se establecía que, por necesidades del servicio, resultaba necesario incorporar inspectores adicionales a los inicialmente designados para inspeccionar la sede de PROSEGUR. En la misma fecha PROSEGUR manifestó su consentimiento a que los inspectores relacionados en la Orden de Investigación accedieran a su sede y pudieran desarrollar las funciones inspectoras.
4. La inspección finalizó el 12 de febrero de 2015, fecha en la que tuvo lugar la firma del Acta de Inspección por dos funcionarios de la CNMC y por un representante de PROSEGUR, en presencia de un abogado externo de la empresa.
5. Con fecha 20 de febrero de 2015 tuvo entrada en la CNMC recurso de PROSEGUR contra la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015, así como contra las actuaciones inspectoras desarrolladas en virtud de la misma, por considerar que resultan gravemente contrarias a Derecho.
6. Con fecha 23 de febrero de 2015, y conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (DC) antecedentes e informes sobre el recurso interpuesto.
7. El 27 de febrero de 2015, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por PROSEGUR, en el que propone su desestimación, toda vez que los actos recurridos no habrían producido indefensión ni perjuicio irreparable a la recurrente.
8. El día 11 de marzo de 2015 la representación de PROSEGUR tuvo acceso al expediente.
9. Con fecha 27 de marzo de 2015 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de PROSEGUR.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 9 abril de 2015.
11. Es interesado en este expediente de recurso: PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. y su filial PROSEGUR ESPAÑA, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará en la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 de la LDC prevé que *“las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del RD 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 y actuaciones inspectoras desarrolladas en ejecución de la misma.

El recurrente solicita que se anulen tanto la Orden de Investigación como las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma, con base en los siguientes fundamentos:

1º La Orden de inspección y la actuación inspectora vulneran el derecho a la inviolabilidad del domicilio por indicar a la empresa que está obligada a someterse a la inspección, advirtiéndole de las sanciones aplicables en caso de negativa.

2º La negativa a facilitar información acerca de la existencia de auto judicial es contraria a Derecho, dado que vulnera el derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos y a obtener copia de los documentos contenidos en los mismos, reconocido en el artículo 35 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y vulnera asimismo el derecho de defensa de PROSEGUR.

3º La Orden de Investigación en todo caso vulneraría el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al no contener una justificación suficiente de la necesidad de la intromisión domiciliaria.

La DC en su informe de 27 de febrero de 2015, considera que los actos de la Dirección no han producido indefensión ni perjuicio alguno a la recurrente, por lo que propone la desestimación del recurso.

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

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por PROSEGUR supone verificar si la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 de la Dirección de Competencia y las actuaciones inspectoras desarrolladas en virtud de la misma han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

A continuación se examinan las distintas alegaciones presentadas por el recurrente para verificar si se le ha ocasionado indefensión

(i) Sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por indicar a la empresa que está obligada a someterse a la inspección advirtiendo de las sanciones aplicables en caso de negativa.

Alega la recurrente que el hecho de que el consentimiento de la empresa a la realización de la inspección se recabase bajo la advertencia de que la negativa a la misma puede derivar en la imposición de sanciones constituye una clara vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española.

Sobre esta cuestión, entiende esta Sala que tanto las previsiones de la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 como las indicaciones del equipo de inspección recogidas en el Acta de Inspección de 12 de febrero de 2015 se limitaron a reproducir y trasladar a la parte afectada las previsiones legales y reglamentarias que habilitaban la Orden de Investigación y las actuaciones inspectoras, identificando los artículos concretos de estas normas.

En este sentido, el artículo 13.3 del RDC expresamente prevé que el personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación (en la actualidad Director de Competencia) que indique el objeto, finalidad de la inspección, los sujetos investigados (...) así como las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la CNC (ahora CNMC).

Por tanto, las advertencias efectuadas por el equipo inspector, en ningún caso tenían por objeto la coacción a la empresa para el otorgamiento de su consentimiento, como pretende insinuar PROSEGUR, sino que fueron efectuadas a fin de dar cumplimiento a una disposición normativa, garantizando que la empresa inspeccionada tuviera un conocimiento claro de la normativa reguladora de la inspección, sus derechos en relación a la prestación del consentimiento a la entrada domiciliaria y las posibles consecuencias que pueden conllevar la negativa u obstaculización de la inspección.

El consentimiento de la empresa a someterse voluntariamente a la inspección, con la consiguiente entrada en el domicilio, fue otorgado expresamente y se hizo constar por escrito, y fue prestado tras haber contado con el asesoramiento de abogado externo.

Además, tal y como consta en el acta de inspección, el jefe de equipo se ofreció desde el primer momento a resolver y clarificar cualquier cuestión, duda u observaciones que sobre la inspección pudieran plantearse por parte de la empresa o de sus abogados en relación con el desarrollo de la inspección o de las disposiciones legales aplicables.

Todo ello impide que pueda ser acogida la pretensión de la empresa sobre la supuesta vulneración del artículo 18.2 de la CE que proclama la inviolabilidad del domicilio puesto que la inspección, como se ha visto, se realizó previo consentimiento expreso de la empresa.

(ii) Sobre la vulneración del derecho de defensa motivada por la negativa del equipo de inspección a facilitar información acerca de la existencia de auto judicial.

Según la recurrente, la negativa injustificada del equipo inspector a facilitar información sobre la existencia de autorización judicial para la entrada en el domicilio de la empresa habría vulnerado su derecho de defensa y su derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos y a obtener copia de los documentos contenidos en los mismos, reconocido en el artículo 35 de la LRJ-PAC.

A los efectos de dar respuesta a esta alegación, basta señalar que el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece expresamente que el ejercicio de las facultades de inspección requerirá el previo consentimiento expreso del afectado *“o en su defecto, la correspondiente autorización judicial”*. Nótese que la ley es clara y explícita al utilizar la locución *“o en su defecto”*, que no admite interpretación distinta de la literal. Por tanto, el consentimiento que pueda otorgar la empresa no puede estar condicionado por la existencia o no de esta autorización judicial.

En este sentido, es práctica habitual que los jueces establezcan en sus autorizaciones judiciales que las mismas tienen carácter supletorio para el supuesto de oposición a la inspección por parte de la empresa investigada, lo que evidencia la independencia entre la prestación del consentimiento y la existencia de autorización judicial para la realización de la inspección.

Pues bien, habiéndose prestado dicho consentimiento voluntariamente por parte de los representantes de la empresa inspeccionada, en nada afecta al derecho de defensa el hecho de que siguiendo la literalidad del artículo 27 de la Ley 3/2013 no se comunicara a la investigada la existencia o no de autorización judicial.

Por otra parte, con respecto a la alegación de que la negativa a proporcionar información sobre la existencia de auto judicial vulnera el derecho del administrado a

conocer el estado de tramitación de los procedimientos y a obtener copia de los documentos contenidos en los mismos, contemplado en el artículo 35 de la Ley 30/1992, cabe señalar que, en el presente caso, no existe ningún procedimiento administrativo abierto formalmente al que PROSEGUR pueda acceder, en la medida en que las diligencias previas DP/0044/14 se han iniciado al amparo de lo previsto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 y el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y determinar, con carácter preliminar, si concurren los elementos que justifiquen la incoación de un expediente sancionador.

Por consiguiente, tal y como señala la Dirección de Competencia, las diligencias previas tienen un carácter reservado, son previas al procedimiento administrativo y durante la tramitación de las mismas no existen interesados por lo que PROSEGUR no tendría derecho a acceder a su contenido hasta que no se produzca la incoación formal de procedimiento sancionador.

(iii) Sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a la insuficiente justificación en la Orden de Investigación.

PROSEGUR considera que la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 carece de los requisitos mínimos exigidos por la jurisprudencia nacional y comunitaria que justifiquen debidamente la idoneidad y necesidad de la inspección, vulnerando con ello el derecho a la inviolabilidad del domicilio y determinando la nulidad de las actuaciones desarrolladas.

De la lectura de la Orden de Investigación no puede más que concluirse que la misma cumple todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 13.3 del RDC. Como bien ha puesto de manifiesto la DC, en la misma se identifica, además del personal de la CNMC autorizado para realizar la inspección, la empresa objeto de inspección, se señala la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma, indicándose expresamente que la DC ha tenido acceso a *"determinada información y documentación relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos, cuyo objeto sería el reparto de clientes y actividades y la fijación de precios u otras condiciones comerciales en el territorio español"*.

Además, la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 delimita el mercado y las conductas objeto de investigación añadiendo las siguientes precisiones:

"Las empresas prestadores de estos servicios deben hacer frente a distintos estadios dentro del proceso de transporte y manipulación de fondos, por lo que la citada actividad comprende el transporte, la custodia, clasificación y el depósito de dinero, títulos valores y otros objetos, que por su valor económico y las expectativas que generen o por su peligrosidad, puedan requerir protección especial."

De conformidad con la información disponible, determinadas empresas prestadoras del servicio de transporte y manipulación de fondos con capacidad para operar en la integridad del territorio nacional habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en

el citado mercado al haberse puesto de acuerdo en la fijación de precios u otras condiciones comerciales y en el reparto de clientes y actividades.

La materialización de los citados acuerdos se podría haber hecho efectiva a través de la concurrencia concertada a las licitaciones públicas y a las convocatorias privadas, efectuadas por aquellos operadores que demandan estos servicios de transporte y manipulación de fondos (tanto entidades públicas como privadas) que, por sus necesidades requieren una división de la licitación por lotes (bien sea geográficos, bien por tipo de servicio).

Asimismo, estas conductas colusorias de dichas empresas también pueden haberse extendido a los clientes que contratan con un único operador la prestación integral del servicio de transporte y manipulación de fondos".

La Orden de Investigación delimita el objeto de la inspección, especificando que consiste en verificar la posible existencia de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en posibles acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que por su naturaleza pudiera contribuir a la distorsión de la competencia en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España. También se indica que la inspección tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica.

Lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las diligencias previas DP/0044/14 y condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho. Tal y como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la Administración no está obligada en esta fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

Por otra parte, la jurisprudencia comunitaria ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de inspección". Así, entre otras, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de marzo de 2007 (asunto France Télécom España, T- 339/04) señala 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 (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)

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 (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99)".

A la vista de lo anterior, entiende esta Sala que la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 cumple los requisitos del artículo 13.3 del RDC y la jurisprudencia aplicable, al concretar de forma suficiente el objeto, la finalidad y alcance de la misma, por lo que la alegación debe ser rechazada.

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, la recurrente no realiza ninguna alegación al respecto en su escrito de recurso, ni en las alegaciones complementarias de 27 de marzo de 2015. La inexistencia de alegación al respecto hace innecesario que esta Sala se pronuncie sobre la concurrencia de tal elemento.

Por último, debe nuevamente reiterarse que el consentimiento de la empresa a someterse voluntariamente a la inspección, con la consiguiente entrada en el domicilio, fue otorgado expresamente y se hizo constar por escrito.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por PROSEGUR contra la Orden de Investigación de 4 de febrero de 2015 y las actuaciones inspectoras desarrolladas en virtud de la misma.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, 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.