

RESOLUCIÓN (Expte. R/0051/10, VSL SPAM)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 10 de septiembre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0051/10 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 30 de junio de 2010 por XXX, actuando en nombre y representación de VSL SPAM, S.A., (en adelante, VSL), contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la CNC de 2 de junio de 2010 y como consecuencia de la misma, la inspección realizada el 17 de junio de 2010 en la sede de de la mencionada empresa sita en Barcelona, por entender que los citados actos administrativos le han causado indefensión al haberse producido con infracción de preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992) y del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC) y con violación de derechos amparados por la Constitución Española.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 2 de junio de 2010, la Directora de Investigación de la CNC, conforme a la previsión de los artículos 40 LDC y 13.3 RDC, dictó Orden de Investigación (en adelante, OI) por la que se autorizaba a determinados funcionarios para proceder a una inspección en la sede de VSL en el marco de la información reservada que se llevaba a cabo bajo la referencia DP/023/1. La inspección se practicó simultáneamente a VSL y a la empresa CTT STRONGHOLD, S.A., ambas filiales del Grupo Internacional VSL [VSL International Ltd., con sede en Suiza], que comparten sede social en Barcelona; la misma OI habilitaba a los inspectores para realizar la inspección en ambas empresas.
2. En dicha Orden se indicaba que *“Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información según la cual diversas empresas prestatarias de servicios en el sector de la ingeniería civil, especialmente, en el mercado de postensado para*

la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como aplicaciones de geotecnia, tales como barras y anclajes al terreno, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en dichos mercados al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado en el territorio nacional". La OI seguía explicando que la DI "ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación de conductas, que actualmente se tramita bajo la referencia DP/023/10. A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, que se articularía mediante un reparto de contratos y/o reparto de clientes, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado en el territorio nacional".

3. A continuación la OI especificaba una serie de actuaciones que, entre otras, podrían realizarse durante la investigación e indicaba la posible multa a la que se enfrentaría la empresa en caso de demostrarse la existencia de tales conductas restrictivas, así como la sanción establecida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) en caso de que la empresa no se sometiera a la inspección u obstruyera por cualquier medio la labor de inspección de la CNC (artículo 62.2 de la LDC), lo que podría constituir además un agravante sobre la multa prevista por la infracción principal. Seguidamente, se exponía el catálogo de posibles conductas obstructoras de la inspección.
4. A la vista de lo expuesto, la OI ordenaba a VSL (y a CTT STRONGHOLD, S.A.) que *"se sometan a inspección por su posible participación en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC en los mercados de postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como aplicaciones de geotecnia, tales como barras y anclajes al terreno".* Igualmente, ordenaba a VSL (y a CTT STRONGHOLD, S.A.) que *"permitan al personal autorizado por la Dirección de Investigación de la CNC realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 40 de la LDC"*

Finalmente, se indicaba al responsable de la entidad a inspeccionar que tenía derecho a contar con asistencia letrada, interna o externa, y que podía solicitar la confidencialidad de los documentos y ficheros recabados, así como que se respetase el derecho a la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente

5. Dicha inspección se llevó a cabo el día 17 de junio de 2010. Tal como consta en el Acta de Inspección (apdos. 1 a 11), personados los funcionarios autorizados en la sede de VSL, se informó al responsable de la misma del objeto de su visita, de su derecho a contar con asistencia letrada, de que la inspección se realizaba de conformidad con el artículo 40 de la LDC, de que se había recabado autorización judicial de entrada en domicilio para la práctica de la inspección -autorización que había sido concedida por el Juzgado correspondiente (apdo. 14)-, de la metodología de la inspección (apdo. 19) y de la duración estimada de la inspección (apdo. 20). Tras

la lectura de la OI y del auto judicial antes señalados, el responsable de la empresa firmó el recibí de ambos documentos (apdo. 21), siendo informado por el Jefe del equipo inspector de su derecho a recurrir uno y otro (apdos. 22 y 23).

6. Al término de la inspección, la empresa solicitó que se adjuntase al acta un anexo de manifestaciones donde hacía constar que había colaborado plenamente con la inspección y que, al no haberse revisado por los inspectores individual y detalladamente los correos electrónicos y demás documentos recabados, se reservaba el derecho a reclamar todos aquellos que fuesen de carácter personal o no formasen parte del objeto de la OI y del mandamiento judicial.
7. El 30 de junio de 2010, a través de su representante legal –acreditado por el correspondiente poder-, VSL interpuso recurso contra la OI de 2 de junio de 2010 *“en base a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 15/2007...”* y alegando la nulidad de la OI y, en consecuencia, la de la investigación realizada en la sede de VSL el 17 de junio de 2010, basada en los siguientes motivos:
 - a) *Ausencia de motivación*, al ser la misma *“extremadamente vaga e imprecisa”*, en vulneración del artículo 54 de la Ley 30/1992, que exige que los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, así como los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, deben ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. El recurrente basa esta alegación en el siguiente párrafo de la OI (ver Antecedente de Hecho 2; en adelante AH): *“Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información según la cual diversas empresas prestatarias de servicios en el sector de la ingeniería civil, especialmente, en el mercado de postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como aplicaciones de geotecnia, tales como barras y anclajes al terreno, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en dichos mercados al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado en el territorio nacional”*. Alega no poder considerarse motivación suficiente, tratándose del ejercicio de potestades discrecionales y que permite la conculcación del derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la Constitución Española y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Igualmente señala conculcación del derecho a la propiedad privada recogido en el artículo 33 de la Constitución Española y en el artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como consecuencia de la inspección. Por todo lo anterior concluye que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, la OI debe ser anulada por incurrir en violación del ordenamiento jurídico al contravenir el artículo 54 de la Ley 30/1992 causando indefensión a VSL.
 - b) *Indeterminación del objeto*, afirmando incluso que el texto de la OI (ver AH 2) *“carece de objeto por ser éste demasiado amplio”*, (...) *“-para dar cabida... a cualquier actuación e incautación de documentos decidida por los funcionarios-, (...). Teniendo todo ello como consecuencia cierta indefensión de esta Parte*

ante la inspección, ya que en ningún momento pudo conocer con la requerida exactitud el objeto concreto de la misma, las conductas que estaban siendo investigadas por los inspectores, o el periodo al que se referían las mismas y al que debían limitar su inspección-, ni el mercado relevante, por lo que concluye que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, la OI debe ser anulada por incurrir en violación del ordenamiento jurídico al contravenir el artículo 13.3 del RDC. Además, alega el recurrente que aunque tiene derecho a solicitar a la DI la devolución de los documentos recabados en el transcurso de la inspección cuyo contenido no esté relacionado con el objeto de la investigación, al no quedar éste identificado en la OI, se ve en la imposibilidad de solicitar de la DI la devolución de estos documentos. Y todo ello señala, teniendo en cuenta la posible conculcación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del que afirma no cumplirse otro de los requisitos necesarios para su garantía, la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el objeto que se pretende conseguir.

- c) *Defectos en la notificación de la Orden de investigación*, alegando violación del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, al no respetar el plazo máximo de diez días previsto en el mismo, así como no contener indicaciones relativas a si el acto agota o no la vía administrativa, recursos que caben contra el mismo, órgano ante el que puede presentarse y plazo para interponerlo, lo que según el recurrente supone indefensión total para VSL.

El recurrente solicitaba que el Consejo declarase la nulidad de la OI de fecha 2 de junio de 2010 y, en consecuencia, la investigación realizada en la sede de VSL el 17 de junio de 2010 que estuvo amparada en dicha OI.

8. Conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC, el 9 de julio de 2010 la DI remitió informe donde se precisaba que el recurso había sido interpuesto en plazo y contestaba a las alegaciones del recurso.
- Respecto al primer motivo del recurso *-ausencia de motivación-*, la DI, tras señalar que los poderes de inspección atribuidos a la CNC por el artículo 40 LDC deben estar en equilibrio con la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales de las mismas y del personal a su servicio, cita las sentencias de la Audiencia Nacional que han desestimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra algunas de las Resoluciones del Consejo de la CNC. En dichas sentencias se indica que las facultades de inspección han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación y que la finalidad de las inspecciones en las inspecciones ordenadas por la CNC es el acopio de datos para la investigación de los hechos objeto del expediente y el fundamento, que la documentación obrante en la sede de la entidad pudiera ser relevante para dicha investigación (SAN 23-06-2010). Asimismo, la DI recalca que la inspección se había realizado en el marco de una información reservada de conformidad con lo

previsto en el artículo 49.2 LDC, y que tras la notificación por el personal inspector de la CNC a la empresa de la OI la empresa accedió a la práctica de la inspección. Entiende, por tanto, que no cabía alegar la nulidad o anulabilidad de la OI por vulneración del art. 18.2 CE (inviolabilidad del domicilio), puesto que la inspección se realizó con el previo consentimiento expreso de la empresa. Se refiere también la DI al Auto judicial que autorizó la entrada en domicilio para la práctica de la inspección, igualmente notificado a la empresa y en el que se indica expresamente la finalidad de la inspección de forma suficientemente motivada, ponderando los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

- Respecto a la *indeterminación del objeto*, la alegada imprecisión relativa al mercado, las conductas a investigar y el periodo en el que se habrían desarrollado, señala la DI que la OI se ajustaba a los requisitos exigidos por el artículo 13.3 RDC y, en concreto, indicaba expresamente el objeto y finalidad de la inspección, consecuencia de la información a la que había tenido acceso la DI relativa a la comisión de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el reparto de contratos y/o reparto de clientes, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado en el territorio nacional, en el mercado de postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras, así como aplicaciones de geotecnia, tales como barras y anclajes al terreno. La DI señala que en la OI hay *“una delimitación de los hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, pues como ha reiterado la Audiencia Nacional, ello no es objeto de una orden de investigación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación”*. Recuerda que la inspección se realizó en información reservada y, por lo tanto, con objeto de comprobar la veracidad de la información a la que había tenido acceso la DI en relación con supuestos ilícitos anticompetitivos y determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En cuanto a la alegada indefensión que sufriría el recurrente por la pretendida indefinición, la DI subrayaba que es el Pliego de Concreción de Hechos el único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, el que también define exactamente el mercado relevante y la duración de las conductas prohibidas. A este respecto, la DI recordaba que el extinto TDC se había pronunciado reiteradamente en el sentido en que lo hizo ya en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. R171/96, Unión Explosivos 2) al indicar que *“dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”*.
- Finalmente, respecto a los *defectos en la notificación de la OI*, la DI dice no entender la indefensión alegada por el recurrente como consecuencia de los mismos, ya que VSL no sólo tuvo pleno conocimiento del acto notificado, tanto de la OI como del auto judicial, sino que, como se indica expresamente en el acta de la inspección (puntos 22 y 22), se informó a la citada empresa de los

recursos a que tenía derecho en uno y otro casos. Subraya que, de hecho, dentro del plazo de diez días establecido en el art. 47 LDC esta empresa ha presentado el correspondiente recurso administrativo.

Por todo ello, la DI entiende que en ningún supuesto se ha producido indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de VSL. La DI concluye proponiendo al Consejo que se desestime el recurso.

9. El Consejo deliberó y falló el 22 de julio de 2010.

10. Es interesado VSL SPAM, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente

Se promueve el presente recurso contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC de 2 de junio de 2010 en virtud de la cual se produjo la actuación inspectora desarrollada el 17 de junio de 2010 en la sede de VSL.

A continuación, se analizarán los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo, a la vista de los cuales parece que la pretensión anulatoria de la OI y la subsiguiente investigación practicada por la DI la basa el recurrente, como ya se ha recogido en los AH, en lo previsto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, en relación con una supuesta infracción de los artículos 54 y 58.2 de la misma Ley y del artículo 13.3 del RDC, lo cual le habría causado indefensión, además de conculcar otros derechos protegidos por la CE, el de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), y el de propiedad privada (art. 33 CE), todo ello fundado en tres motivos ya expuestos anteriormente (ver AH 7):

1º) Motivación “*extremadamente vaga e imprecisa*” en la OI, con lo que no puede apreciarse justificación ni proporcionalidad en la decisión de practicar la inspección, por lo que el recurrente considera infundada la OI, suponiendo la inspección realizada una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio;

2º) Objeto de la inspección “*general e indeterminado*”, con lo que VSL considera que no puede conocerse ni el mercado afectado, ni las conductas a investigar, ni el ámbito temporal en que se desarrollaron, lo que le causa indefensión; y

3º) Defectos en la notificación de la OI, lo que, igualmente, le habría causado indefensión.

SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Tal como se plantea el recurso, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si cabe o no interponer recurso ante el Consejo contra la Orden de Investigación dictada por la DI y la subsiguiente inspección *“en base a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 15/2007...”*, como pretende el recurrente, o, por el contrario, procede su inadmisión.

El mencionado artículo 47.1 LDC reserva la condición de actos de la DI recurribles a los que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*.

Respecto a la supuesta indefensión, es necesario recordar la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitorios 1) y R/0009/08 (Transitorios 2)], y de 22 de julio de 2010 [Exptes. R0048/10 (Licitaciones de carreteras) y R0049/10 (Campezo Asfaltos Castilla-León)] en las que se declara lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 71/1984, 64/1986).”*

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquella que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. Pero resulta evidente que no es este el caso, pues la actuación de la DI que se recurre no supone en absoluto imputación de cargo alguno al recurrente, por lo que hay que estar a la cita del TDC que acertadamente hace la DI, según se recoge en el AH 8: *“dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”*.

Y no existe imputación de la que defenderse porque en el momento de producirse la actuación recurrida ni siquiera se había incoado procedimiento sancionador, toda vez que la misma se realizaba en el marco de la información reservada prevista en el artículo 49.2 LDC, precisamente *“con el fin de determinar con carácter preliminar si*

concurrer las circunstancias que justifiquen la incoación” de dicho expediente, como argumenta el mismo precepto. Por tanto, dicha actuación de ningún modo es definitiva, y en este sentido, como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, “tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”, matizando que “esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”.

Ninguno de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el presente caso pues, como acabamos de razonar, ni estamos ante un acto definitivo ni se ha incoado, ni mucho menos resuelto, procedimiento sancionador alguno, siendo consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

En cuanto a la existencia de un supuesto perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). **En este caso**, se alega la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio amparado por el artículo 18.2 CE. Pero es necesario tener en cuenta que la entrada del equipo de inspección en la sede de VSL se llevó a cabo en virtud de una OI prevista en la LDC y, además, con exhibición de una autorización judicial expresada en el correspondiente Auto, que consideró ajustada a derecho dicha OI. Tampoco debe olvidarse que la empresa inspeccionada no manifestó oposición a la entrada. Puesto esto en relación con lo dicho por el Tribunal Constitucional –y que más adelante se reitera- respecto a que *“salvo caso de flagrante delito, sólo dos títulos habilitan la entrada por la autoridad pública en domicilios particulares, el consentimiento del interesado o la autorización judicial...”* (Auto TC de 129/1990, de 26 de marzo), existiendo esos dos títulos, **no puede hablarse de vulneración de ningún derecho constitucional, y por tanto, no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable**. Pero, además, tampoco entiende el Consejo que quepa apreciar su existencia en el momento procedimental en el nos encontramos, puesto que la inspección, desarrollada con arreglo a una Orden de Investigación ajustada a las exigencias del artículo 13.3 del RDC y posteriormente validada a efectos de entrada por un Juez de lo Contencioso-Administrativo, no ha tenido ningún tipo de consecuencia jurídica que, aún de manera indirecta, se pueda identificar con la producción de perjuicio de ningún tipo.

A modo de conclusión, el Consejo considera conveniente poner de manifiesto que, dada la interpretación que debe darse a los requisitos del artículo 47 de la LDC para apreciar su existencia, difícilmente será admisible, y mucho menos estimable, un

recurso administrativo deducido contra actos y actuaciones producidas con ocasión de la realización de una inspección desarrollada en el seno de una información reservada, autorizada por una orden de investigación y convalidada por una autorización judicial, pues la ausencia de actuaciones posteriores impide apreciar consecuencias perjudiciales para la empresa inspeccionada. Es más, en el caso de que dichas actuaciones tuvieran lugar, y se iniciara un procedimiento sancionador, resultaría extremadamente complicado justificar la existencia de indefensión o perjuicio irreparable sin conocer si la resolución que lo pone fin es sancionadora o no, y en qué términos han sido apreciadas las pruebas obtenidas durante la inspección y durante el desarrollo del procedimiento, así como las de descargo practicadas a instancia del imputado.

A continuación se procede el examen de las alegaciones efectuadas por el recurrente.

TERCERO.- Improcedente alegación de motivación insuficiente en cuanto al objeto en la Orden de Investigación y vulneración de derechos constitucionales, al no resultar justificada la inspección

Esta alegación, en cuanto se refiere a la supuesta indefensión o perjuicio irreparable que se habría ocasionado al recurrente, puede considerarse satisfecha con lo dicho en el Fundamento de Derecho SEGUNDO de esta resolución. No obstante, a continuación se analizan con mayor detalle los reparos y alegaciones del recurrente.

Respecto a la mayor definición reclamada por el recurrente en la OI en relación con el mercado relevante, las conductas a investigar y el ámbito temporal hay que tener en cuenta, como apunta la DI en su informe, que la imputación formal a efectuar por la DI, en su caso, tiene lugar tras la incoación de expediente sancionador -si se observan indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas-. En concreto, en la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos, que es el único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, en el que se define con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se enmarca el expediente y la duración de las conductas prohibidas.

Entrando en el contenido de la citada OI de la DI de 2 de junio de 2010, debe señalarse, en primer lugar, que el contenido de la OI viene delimitado por el artículo 13 RDC, que no define el grado de información (en cantidad y calidad) a incluir, sino, solamente, la indicación del objeto y finalidad de la inspección. Pese a lo que afirma el denunciante, el objeto y finalidad de la investigación se hallaba claramente especificado en la OI (ver AH 2): a la vista de la información de que disponía la CNC, *“según la cual diversas empresas...habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en [determinados] mercados...”,* la DI *“ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación de conductas, que actualmente se tramita bajo la referencia DP/023/10. A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, que se*

articularía mediante un reparto de contratos y/o reparto de clientes, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado en el territorio nacional”

A partir de la citada información, la DI decide verificar la existencia de las conductas colusorias apuntadas en el marco de una información reservada, tal como lo prevé el artículo 49.2 de la LDC, que dispone que *“ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador”*. Y esta era la situación: como se reflejaba en la OI, la DI había tenido conocimiento *“de la posible existencia de una infracción”*, lo que la LDC considera base suficiente para *“realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas”*. Así pues, la inspección no se realizó en el ámbito de un expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas –en cuyo caso el art. 49.1 LDC ordena incoar expediente-, sino en el ámbito de una información reservada –circunstancia que se indica en la OI y se subrayó a la empresa, como consta en el Acta- con el fin, precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.

Ya se ha establecido, además, que el contenido de la OI se ajusta a lo requerido en el artículo 13.3 del RDC. En particular, por lo que se refiere a la definición de mercados, no es requisito de la OI, y, en concreto, ni siquiera se exige para la tipificación de determinadas conductas, tal como ha señalado el Consejo en su Resolución de 14 de octubre de 2009 (S/0053/08 FIAB/CEOPAN) [en la que, a su vez, cita la de 28 de septiembre de 2009 (S/055/07 INPROVO)]: *“La definición de mercado relevante no es un requisito para la tipificación de la conducta porque cuando es evidente, como en el caso de autos, que por su contenido, por quien la realiza y por el medio utilizado para su difusión, la conducta investigada tiene por objeto restringir la competencia, no es preciso analizar factores adicionales, como el contexto en el que se realiza la conducta, la intencionalidad, el grado de seguimiento, ni tampoco delimitar el mercado relevante”*. Por tanto, no parece razonable exigir a la Orden de Investigación dictada en una información reservada que lo incluya.

En este sentido, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2010, que desestimó el recurso de apelación frente a un Auto judicial autorizando la entrada que se sustentaba en similares consideraciones jurídicas a las que ahora se señalan en este recurso. Así, frente a las alegaciones del recurrente respecto a la amplitud del contenido de la orden de inspección, susceptible de causar indefensión, el Tribunal afirma que *“no cabe exigir a la Orden de Investigación de la DI mayor precisión en cuanto a sus fundamentos fácticos y jurídicos, pues la misma tan solo persigue determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador” (...)* *“Tras esta investigación preliminar a la incoación del procedimiento sancionador y en atención a los resultados obtenidos en la misma, la Administración estará en disposición de fijar los hechos y podrá exigírsele que así lo haya, pero antes bastará*

con la noticia de actuaciones concertadas que puedan ir dirigidas a la comisión de una infracción administrativa en materia de competencia". En definitiva, concluye el Tribunal: *"Siendo que esa información reservada, con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, no tiene naturaleza sancionadora, no cabe entenderla sujeta a los principios de la potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador, regulados en la Ley 30/1992 (...) como se pretende"*. La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 23 de abril de 2010, refrenda este pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Asimismo, en la reciente Sentencia de 23 de julio de 2010, ante una alegación similar en la que el recurrente se quejaba de que el objeto de las actuaciones de la DI era inconcreto, la Audiencia Nacional entiende que el detalle pretendido por el recurrente no puede exigirse a la OI: *"Existe por ello delimitación de hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, ello no es objeto de una orden de investigación ni de un Acuerdo de incoación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación. Tampoco es necesario poner en conocimiento de los interesados los hechos denunciados para delimitar el objeto de la investigación, porque los hechos denunciados no constituyen tal objeto, sino los recogidos en la orden de investigación y en el Acuerdo de incoación"*.

Por tanto, no puede negarse que el origen, el objeto y la finalidad de la inspección estaban definidos en la OI, tratándose de un objeto amplio pero no genérico, determinado por la propia naturaleza del sector, en el que participan una multiplicidad de operadores económicos.

Por otra parte y tal y como se deduce de lo indicado en el acta de la inspección, que se recuerda fue firmada tanto por la empresa como por dos inspectores de la CNC, la empresa tuvo conocimiento desde el primer momento del objeto y alcance de la inspección, siendo informada de cómo se iba a desarrollar la inspección, y a lo largo de ésta, de las actuaciones seguidas por el personal inspector, facilitándole a la finalización de dicha inspección una copia cotejada de toda la información recabada por el equipo de inspección.

Señala también el recurrente que la OI justifica de forma vaga e imprecisa la necesidad de entrada y registro en la sede de VSL, siendo que la DI ha de someter su actuación al principio de proporcionalidad de la medida de acceso al domicilio.

A este respecto, hay que subrayar que es una norma de rango legal, el art. 40 LDC, la que permite que el personal de la CNC debidamente autorizado pueda realizar las investigaciones que sean necesarias para la detección de conductas infractoras, previendo el artículo 49 LDC acabado de transcribir que la inspección puede realizarse también en una fase previa a la iniciación del procedimiento como es la información reservada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera esta previsión legal como básica para admitir una injerencia domiciliaria de la

Administración. Así lo recoge la STEDH de 16 de abril de 2002 (Stés. Colas Est c. Francia, apdo. 43) en la que, además, se reconoce que “los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para considerar la necesidad de la injerencia” (apdo. 47) y en la que, igualmente, se considera justificada la injerencia “a fin de evitar la desaparición o el ocultamiento de elementos se prueba de prácticas contrarias a la libre competencia”, siempre que, en paralelo, la misma legislación ofrezca garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (apdo. 48).

Finalmente, respecto a la exigencia de proporcionalidad en la medida adoptada por la DI de proceder a la investigación domiciliaria, hay que resaltar que es haciendo uso de esa facultad prevista legalmente, como la DI decide, en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, en qué supuestos resulta o no necesaria una investigación domiciliaria y en qué casos, por existir riesgo de oposición a la inspección, resulta necesario solicitar auto judicial que autorice la entrada. Esta decisión sobre la necesidad de la inspección se adopta teniendo en cuenta que en una inspección se buscan documentos distintos a aquéllos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información previsto en el artículo 39 de la LDC. Y es precisamente para acceder a este otro tipo de información, para la cual existe un riesgo de destrucción u ocultación, por lo que la CNC está legalmente habilitada para llevar a cabo inspecciones de carácter sorpresivo con las facultades previstas en la LDC. Así lo ha reconocido el TEDH en la sentencia que se acaba de citar (“a fin de evitar la desaparición o el ocultamiento de elementos se prueba de prácticas contrarias a la libre competencia”) y el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) cuando, al razonar sobre la admisión de la prueba de indicios, advierte de las dificultades de prueba de las conductas cuya persecución se encomienda a la CNC:

“Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

De manera que, como se desprende de la OI, la DI, como órgano de instrucción de la CNC, valoró específicamente que la documentación disponible no resultaba suficiente para “determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador” según requiere el artículo 49.2 de la LDC. Es evidente que si la DI ha decidido realizar una inspección es porque, por un lado, necesita elementos de juicio adicionales para cumplir con la finalidad que la LDC atribuye a las informaciones reservadas, es decir, obtener elementos de juicio para valorar si procede o no incoar un procedimiento sancionador y porque, por otro, se buscan documentos distintos a aquéllos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información previsto en el artículo 39 de la LDC.

De acuerdo con todo lo expuesto cabe concluir que la DI, a quien la LDC atribuye directamente la facultad de realizar cuantas inspecciones sean necesarias para la debida aplicación de la LDC, justificó adecuadamente la necesidad de la inspección ordenada, ponderando los derechos e intereses afectados frente a la necesidad de realizar una investigación domiciliaria, por lo que su actuación se ajustó al principio de proporcionalidad.

En cuanto a la concreta alegación del recurrente relativa a la supuesta vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no puede prosperar, como ya se ha advertido. Aparte de que la OI se ajusta a lo establecido en los artículos 40 LDC y 13. 3 RDC, el recurrente no parece tener en cuenta que, como consta en el Acta de la inspección, el responsable de la empresa accedió a someterse a la investigación, por lo que la entrada en los locales de la empresa se realizó con su expreso consentimiento, tal y como ha exigido el TC en el citado Auto 129/1990, de 26 de marzo) y el TS en su Sentencia de 30 de octubre de 2008: *“fuera de los casos de delito flagrante o de existencia de resolución judicial que lo autorice, sólo el consentimiento del titular puede hacer legítima la entrada o registro en un domicilio”*. En este caso no fue necesaria la autorización judicial, puesto que hubo consentimiento expreso y, por tanto, como dice el TS en su Sentencia de 13 de diciembre de 2002 (reiterada en la de 30 de octubre de 2008), *“la constatación inequívoca del consentimiento manifestado por el representante legal de la entidad titular del domicilio social al que tuvieron acceso los inspectores de tributos, a fin de realizar su misión profesional, deja vacía de contenido a la supuesta lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE...”*. De manera que no cabe apreciar la vulneración pretendida.

Hay que concluir, por tanto, que la Orden de Investigación se encontraba suficientemente fundamentada en las previsiones legales, lo que unido a que la entrada en la empresa, como ya se ha indicado anteriormente, se realizó con el consentimiento expreso del responsable de la misma, hace decaer la alegación del recurrente relativa a una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que en ningún caso cabe apreciar la nulidad o anulabilidad de la citada OI por vulneración del artículo 18 de la CE.

CUARTO.- Improcedente alegación sobre defectos en la notificación de la OI, que habrían causado indefensión al recurrente

En primer lugar, VSL invoca las previsiones del artículo 63.1 Ley 30/1992 en relación con la supuesta infracción del artículo 58.2 de la misma Ley. Respecto a esta alegación, debe señalarse que la ausencia de notificación en el plazo de 10 días es una simple irregularidad no invalidante que no ocasiona indefensión en la medida en que no ha impedido a VSL conocer la actuación inspectora y recurrirla en tiempo y forma.

Hay que tener en cuenta, en este sentido, que el apartado 3 del precitado artículo 63 de la LRJAP-PAC reserva la sanción de anulabilidad para las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido para ellas *“sólo (...) cuando así lo imponga la*

naturaleza del término o plazo". Si, como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 31/07/2007, reiterada en la de 27/11/2007, "es requisito fundamental para que proceda la nulidad de un acto administrativo por defectos formales, que los mismos hayan producido al interesado indefensión", es evidente que en el presente caso tal vicio no es apreciable porque, en contra de lo que afirma el recurrente, la falta de observancia del plazo no le han impedido ejercer su derecho de defensa, como revela el recurso que ahora se examina.

En segundo lugar, la recurrente alega otros defectos formales de la OI, ya que ésta no indica si la actuación inspectora agota o no la vía administrativa y tampoco señala los recursos que pueden interponerse contra la misma. Pues bien, lo cierto es que en el acta de la inspección realizada en la sede de la recurrente consta que el personal de la CNC advirtió a VSL que la inspección era susceptible de recurso administrativo previsto por el artículo 47 de la LDC. Por tanto, aún cuando hubiera algún defecto, éste fue subsanado por la actuación posterior de la DI, como evidencia el hecho de que VSL haya interpuesto en presente recurso en tiempo y forma, alegando lo que a la defensa de sus legítimos intereses conviene.

Por todo ello, el Consejo considera procedente acordar la inadmisión del recurso interpuesto.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por el representante de VSL SPAM, S.A., contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC de 2 de junio de 2010 y la subsiguiente inspección efectuada el 17 de junio de 2010 en la sede de la mencionada empresa.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese la misma al recurrente.