



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/114/15, SOFTWARE AG)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 12 de enero de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/114/15, SOFTWARE AG por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SOFTWARE AG España, S.A. (SOFTWARE AG) contra las actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia desarrolladas los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015 en la sede de SOFTWARE AG, en el marco la información reservada S/DC/0565/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Orden de investigación del Director de Competencia de 16 de octubre de 2015 se autorizó la inspección en la sede de SOFTWARE AG. Además, la entrada a dicha empresa estaba autorizada por Autos de 21 y 26 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid. El segundo Auto era mera aclaración del anterior al objeto de subsanar errores formales.
2. Los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015 se llevó a cabo tal inspección en la sede de SOFTWARE AG.
3. Con fecha 6 de noviembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de SOFTWARE AG, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra las actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia (DC) desarrolladas los días 27 a 29 de octubre de 2015 en la sede de

SOFTWARE AG, alegando vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la defensa y asistencia jurídica.

4. Con fecha 10 de noviembre de 2015, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
5. Con fecha 16 de noviembre de 2015, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido. En dicho informe, la DC considera que procede la desestimación del mismo, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de SOFTWARE AG.
6. Con fecha 19 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el recurso de SOFTWARE AG, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. El Acuerdo fue notificado el 24 de noviembre de 2015.
7. El día 25 de noviembre de 2015 la representación de la recurrente tuvo acceso al expediente.
8. El 14 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de la recurrente, de la misma fecha, formuladas fuera de plazo.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de enero de 2016.
10. Es interesada en este expediente de recurso SOFTWARE AG España, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra las actuaciones de inspección realizadas por el equipo de inspección de la DC en la sede de SOFTWARE AG los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015, en el marco la información reservada S/DC/0565/15.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano instructor de la CNMC, disponiendo 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"*.

SOFTWARE AG solicita del Consejo de la CNMC que se estime su recurso contra la actuación inspectora, y se declare la nulidad de la misma.

La recurrente alega que la inspección desarrollada en su sede supuso la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE), que se habría concretado además en vulneraciones de los artículos 27 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC) y 13 del RDC, así como del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en lo relativo al contenido obligado de la orden de investigación.

SOFTWARE AG considera que la Orden de investigación de 16 de octubre de 2015 no cumple con los requisitos legalmente establecidos y desarrollados jurisprudencialmente, y que en tal medida vulnera su derecho de defensa, dado el carácter demasiado genérico del objeto y alcance de la inspección que ordenaba. La recurrente señala que la repetida Orden de investigación incluye una referencia genérica a una serie de prácticas anticompetitivas, sin concreción, y no define ningún período temporal para las prácticas que se investigan. La Orden, con su mención al “mercado de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones”, carecería asimismo de suficiente concreción respecto del singular ámbito de actuación de la investigación. La recurrente reprocha que el mercado se defina de forma injustificadamente amplia, incluyendo muchos mercados de producto diferentes, pese a los precedentes nacionales y comunitarios que segmentan de forma más estrecha tal mercado en función de distintos parámetros. Finalmente, siempre según SOFTWARE AG, la Orden de investigación tampoco delimita el ámbito territorial de actividad ni el tipo de cliente, cuando debía haberse circunscrito al mercado en el que el órgano de instrucción estima haber indicios de prácticas anticompetitivas.

La recurrente entiende que la inspección desarrollada en su sede, en lugar de ser una inspección dirigida a verificar unos indicios concretos de infracción, fue una inspección aleatoria o *fishing expedition*. El hecho de que se recabara un número de documentos muy elevado avalaría la tesis del objeto excesivamente amplio y poco definido de la Orden de investigación, según SOFTWARE AG.

Asimismo, SOFTWARE AG argumenta la falta de consistencia entre los indicios que aparentemente motivaron la investigación y los criterios de búsqueda utilizados en la misma. La recurrente considera que, de conformidad con los términos de búsqueda utilizados por los inspectores, los indicios en poder de la DC se circunscriben a un concreto ámbito de la actividad de la recurrente (el mantenimiento de sistemas y aplicaciones para la Administración Pública) y a un cliente en particular. No obstante, SOFTWARE AG considera que, dada la amplia redacción de la Orden de inspección, los inspectores pudieron extender su búsqueda a cualquier ámbito de actividad, mercado o cliente de la recurrente. SOFTWARE AG entiende que la Orden debería haberse limitado al concreto ámbito de actividad y cliente sobre el que existieran indicios de prácticas anticompetitivas.

En virtud de tales consideraciones, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que declare la nulidad de la actuación inspectora cuestionada y ordene la devolución de toda la documentación recabada durante dicha inspección, absteniéndose de utilizarla en el marco de la información reservada S/DC/0565/15 o en cualquier otro procedimiento de la CNMC.

SOFTWARE AG solicita asimismo que se le dé traslado de la denuncia a la que hace referencia el Auto judicial de autorización de entrada de 21/10/15 “o de la información o de elementos objetivos –aunque sea de manera sucinta– que han servido de base para el inicio de la presente investigación”. Finalmente la recurrente demanda que la revisión por parte de los funcionarios de la CNMC de la documentación obtenida durante la inspección en la sede de SOFTWARE AG se haga en presencia de los abogados externos de ésta, para preservar sus derechos de defensa y a la inviolabilidad del domicilio.

En su informe de 16 de noviembre de 2015, la DC propone la desestimación del recurso, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que las actuaciones de inspección se realizaron de conformidad con la Orden de investigación y los autos judiciales autorizatorios de la entrada, habiéndose además desarrollado las actuaciones de inspección conforme a las facultades de inspección recogidas en la LCNMC y en el RDC.

Concretamente, la DC argumenta, respecto del alegado carácter demasiado genérico del objeto y alcance de la inspección, que la Orden de inspección circunscribía la actuación inspectora de la DC a una eventual vulneración por SOFTWARE AG del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 TFUE, limitándose la actuación inspectora a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia. Es más, la Orden de inspección relativa a la sede de SOFTWARE AG no recoge todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita a determinado tipo de conductas cuyo objeto sería la fijación de precios u otras condiciones comerciales [artículo 1.1 a) de la LDC], el reparto de mercado [artículo 1.1 c) de la LDC] o el intercambio de información comercial sensible con otros competidores.

La Orden de investigación de 16 de octubre de 2015 también limitaba a los inspectores el sector del mercado de tecnologías de la información en el que tenían que desarrollar la investigación: mercado de prestación de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones. La DC precisa que una desagregación mayor del tipo de mercado afectado, frente a lo argumentado por la recurrente, no es exigible en la fase de información reservada, sino que se correspondería con la fase de incoación.

Respecto de la falta de segmentación del mercado de producto por tipo de cliente, la DC considera que no resulta acorde con la realidad, dado que los clientes, en función de su tamaño, pueden solicitar todos o parte de estos servicios ofertados por SOFTWARE AG. Otra solución hurtaría a la CNMC la investigación sobre gran parte de la demanda en el mercado de tales servicios (grandes empresas privadas). En cuanto

al ámbito del mercado geográfico, el informe de la DC explica que los precedentes justifican que la Orden de Investigación lo definiera como de carácter nacional.

Respecto de la indeterminación en la Orden de Investigación del período temporal de la conducta que se investiga, la DC aclara que precisamente uno de los objetivos de la actividad de instrucción es la delimitación del período temporal de las conductas indicativas de infracción. En la fase de información reservada en la que se enmarcaba la actuación inspectora resultaba imposible determinar desde cuándo podrían haberse venido produciendo las prácticas investigadas. La Orden de investigación hacía referencia al objetivo de búsqueda de indicios que permitieran *verificar el alcance de las posibles conductas anticompetitivas y determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos o prácticas concertadas y al contexto en el que se aplican*, lo que la DC entiende que incluye concretar el período de duración de las eventuales conductas restrictivas.

En lo relativo a la falta de consistencia entre los indicios que aparentemente motivaron la investigación y los criterios de búsqueda utilizados en la inspección, la DC argumenta que dado que el mercado de tecnologías de la información incide en diversos ámbitos empresariales y distintos tipos de clientes, pretender que la inspección se limite exclusivamente a los indicios existentes sería impedir actuaciones de oficio que permitan identificar el verdadero ámbito al que se extienden los acuerdos colusorios en el mercado relevante objeto de la investigación.

Por otra parte, la pretensión de acceso de SOFTWARE AG a los indicios que motivan la inspección debe contrastarse con la fase de procedimiento en la que se enmarca, que es la de información reservada, fase en la que, conforme a la jurisprudencia comunitaria y nacional, debe aportarse a la inspeccionada la información estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección. En este caso no ha existido una denuncia que la CNMC pueda trasladar a SOFTWARE AG sino un escrito dirigido a la CNMC de una entidad de derecho público en relación a la obligación que establece la normativa de contratación pública (Disposición Adicional 23ª del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, TRLCSP) de poner en conocimiento de la CNMC cualquier indicio de infracción en materia de competencia en el marco de las licitaciones públicas.

Finalmente, la DC mantiene que el volumen de documentación recabado no puede ser tomado como indicio de la amplitud del objeto de la Orden ni de su pretendido alejamiento de los indicios que dieron lugar a la inspección. En el caso concreto se recabaron finalmente 84 folios y 16.217 correos electrónicos, lo que supone el 2% de los inicialmente investigados y menos del 0,01% del volumen de información en soporte electrónico contenida en los ordenadores de SOFTWARE AG inspeccionados, lo que para la DC es precisamente un síntoma de la delimitación de la actuación inspectora.

En sus alegaciones de 14 de noviembre de 2015, formuladas fuera de plazo, la recurrente reitera y completa con mayor amplitud los motivos del recurso interpuesto el 6 de noviembre de 2015.

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

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por SOFTWARE AG supone verificar si la actuación recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

I.- Ausencia de indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, la recurrente basa su escrito de recurso en consideraciones relativas a las alegadas deficiencias de la Orden de investigación, que no garantizarían el derecho de defensa de SOFTWARE AG.

Dado que la Orden de investigación y el Auto Judicial legitimaban a los funcionarios de la DC a llevar a cabo la inspección realizada en la sede de la recurrente los días 27 a 29 de octubre, y que la misma se llevó a cabo con el consentimiento del responsable de la empresas afectada, procede analizar si, como alega SOFTWARE AG, se produjo una extralimitación del contenido debido de la Orden, por tener un carácter demasiado genérico, que se habría traducido en el correspondiente exceso correlativo de la actuación inspectora respecto del objeto de la investigación y si esta alegada extralimitación produjo algún tipo de indefensión.

Del recurso y alegaciones complementarias de SOFTWARE AG cabe deducir que la recurrente argumenta la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio debido al carácter insuficientemente individualizado del objeto de la Orden de inspección, en relación a la conducta investigada, el cual se habría trasladado al alcance concreto de la ejecución de la inspección, en lo relativo al mercado, ámbito territorial y temporal de las conductas objeto de inspección. La Orden de investigación carecería del grado de concreción suficiente exigido por la normativa relevante y la jurisprudencia, lo cual se acentuaría al incluir una cláusula de cierre, relativa a "cualquier otra conducta que pueda contribuir a la distorsión de la competencia", lo que habría desembocado en el desarrollo en la práctica de una inspección aleatoria. En segundo lugar, se daría además una falta de consistencia entre los indicios que motivaron la investigación y el objeto y alcance de la Orden.

Tanto de la regulación contenida en la LDC y en la LCCNMC como de la jurisprudencia constitucional sobre la materia se pone de manifiesto que las facultades atribuidas a los inspectores de la CNMC son instrumentales y deben de ser ejercidas en relación al ámbito material concreto que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación. A tal efecto, la Orden de investigación y el ulterior auto judicial que permiten la entrada de los inspectores sirven para encuadrar la inspección en torno a unos hechos investigados que pueden ser constitutivos de infracción administrativa. El derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa inspeccionada se limita como resultado de un examen de proporcionalidad a la vista de la gravedad de los hechos investigados.

De ello se deriva que la Orden de investigación deba especificar una serie de elementos. La recurrente se refiere a las previsiones del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, el cual sucintamente se refiere sólo a que la decisión que ordena la inspección indicará el objeto y la finalidad de la misma, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas para la conducta de que se trate. La jurisprudencia comunitaria ha precisado el contenido debido de la Orden de inspección. Así, la STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P) señala: “si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]”.

La propia sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (asunto UNESA) que la recurrente cita en su escrito, establece que “no resulta exigible que la Orden de investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de la investigación, pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación.”

A la vista del contenido de la Orden de investigación de 16 de octubre de 2015, esta Sala considera que queda suficientemente cumplimentado la exigencia del artículo 13.3 del RDC relativa a que la autorización del Director de Competencia indique “el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección [...] y el alcance de la misma”.

En la Orden se señalaba textualmente:

“[...] De la información que se dispone se desprende que diversas empresas activas en este sector podrían haber llegado a un posible acuerdo o práctica concertada para la fijación de precios u otras condiciones comerciales, un posible reparto de mercado o el intercambio de información sensible [...] la CNMC dispone de información según la cual diversas empresas relacionadas con el sector de servicios de informática y servicios conexos habrían podido incurrir en conductas anticompetitivas al adoptar acuerdo o prácticas concertadas cuyo objeto sería la fijación de precios u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible. [...] A la vista de lo expuesto se ordena a SOFTWARE AG ESPAÑA, S.A. que se someta a inspección por su posible participación en acuerdos o prácticas concertadas anticompetitivos que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, en el sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones, al adoptar acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto sería la fijación de precios u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible”.

Esta Sala coincide con el informe elaborado por la DC en que, frente a los casos objeto de los precedentes jurisprudenciales que SOFTWARE AG cita en su recurso, en este caso la Orden de investigación no incurre en déficit alguno en cuanto a la información mínima sobre el alcance y objeto de la investigación, sino que circunscribe y detalla de modo expreso el tipo infractor recogido en el artículo 1.1 de la LDC de forma suficiente para que la empresa pudiera conocer el objetivo y finalidad de la inspección. Aun sin citar de forma explícita las letras correspondientes, de la lectura de la Orden de investigación se deduce claramente que la misma se limita a un determinado tipo de conductas de entre las recogidas en el artículo 1.1 LDC, dado que, además de al intercambio de información comercial sensible, se refiere a la fijación de precios y otras condiciones comerciales [letra a) del art. 1.1 de la LDC], al reparto de mercado [letra c) del art. 1.1 de la LDC], sin ninguna alusión a las restantes conductas prohibidas por el citado artículo 1.1 ni a ninguna de las prácticas declaradas ilícitas por el artículo 2 de la LDC, lo que diferencia claramente la presente Orden de Investigación de la anulada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2015, repetidamente invocada por SOFTWARE AG.

Tampoco se observa que la inclusión de la denominada por SOFTWARE AG “cláusula de cierre” de la Orden de investigación convierta la inspección realizada en una actuación aleatoria o *fishing expedition* en la sede de la empresa inspeccionada, como alega la recurrente. Como señala la propia DC, dicha alegación deviene en una mera observación genérica sin contenido sustantivo cuando la recurrente no precisa un solo documento de los recabados en la inspección que considere haya sido obtenido por la DC en virtud de la citada “cláusula de cierre” por no quedar incluido dentro del objeto de la investigación domiciliaria.

La precisión de la Orden relativa a que la inspección se relacionaba “con posibles prácticas anticompetitivas en el sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones”, supone en opinión de esta Sala una delimitación suficiente del mercado afectado, dentro del más amplio de tecnologías de la información, coherente con la fase de información reservada en la que se produce la inspección y coherente asimismo con los indicios disponibles para el órgano de instrucción. Si bien la recurrente alega repetidamente la necesidad de realizar en el presente momento procedimental una definición de mercado equivalente a la que debe incluirse en la resolución final del expediente, tal pretensión contradice abiertamente las indicaciones de la jurisprudencia comunitaria. El Tribunal de Justicia de la UE ha señalado (Sentencia de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P) que “no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante”. Por el contrario SOFTWARE AG llega a invocar la posible infracción por la Orden de inspección recurrida del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 1/2003 (que impide a las Autoridades nacionales de competencia adoptar decisiones incompatibles con una decisión adoptada por la Comisión Europea) dado que “la definición de mercado contenida en la Orden (...) ignora deliberadamente los expedientes de control de concentraciones que delimitan los mercados de manera

estrecha” y “tampoco aporta justificación mínimamente razonada sobre por qué se aparta de los precedentes citados”. Tal alegación pretende sin ningún amparo legal ni jurisprudencial trasladar a la Orden de inspección obligaciones de definición de mercado propias de la resolución final del expediente, obviando por completo el momento inicial o previo al procedimiento en el que se desarrolla la inspección que ha señalado la jurisprudencia.

También en lo relativo al mercado geográfico se constata por esta Sala que el ámbito nacional se corresponde con el mercado geográfico en el que las autoridades de competencia han venido analizando el mercado afectado por la investigación, tal como se detalla en el Informe de la DC de 16 de noviembre de 2015, con cita del informe elaborado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el marco de la operación de concentración N-06077.

En lo que se refiere a la delimitación en el tiempo de la conducta que se investigaba, esta Sala comparte el criterio de la DC de que la imposibilidad de determinar desde cuando podían haberse venido produciendo estas prácticas justifica que el caso de la inspección controvertida no se delimitara tal período temporal, siendo precisamente uno de los objetivos de la actuación inspectora determinar con precisión la duración de la conducta infractora. La experiencia práctica de la Autoridad de competencia acredita que ciertas conductas como la que era objeto de inspección en este caso pueden extenderse largamente en el tiempo, de modo que, a falta de indicios más precisos que determinen lo contrario, es proporcionado que la Orden de inspección no detalle un período de duración determinado de la conducta que se investiga, puesto que la solución contraria supondría dejar fuera de la investigación precisamente los indicios que permitan constatar y delimitar el concreto ámbito temporal de la conducta, que es uno de los elementos que persigue la inspección, y que además contribuye a definir la gravedad de la conducta anticompetitiva respecto de la que puedan existir evidencias. La ausencia de precisión específica en la Orden de inspección respecto del período en el que se habría desarrollado la conducta investigada debe además ponerse en relación con el resto de elementos delimitadores recogidos en la Orden, que permitían a SOFTWARE AG conocer con suficiente exactitud, como mejor posicionada respecto de sus propias actividades comerciales, la concreta dimensión temporal de la prácticas respecto de las que la DC desarrollaba la inspección en su sede al objeto de verificar la existencia y alcance de las mismas.

En el caso que se analiza, no existe discrepancia alguna entre el auto de autorización de la entrada dictado por el Juzgado contencioso-administrativo nº 8 de Madrid el 21 de octubre de 2015 y la Orden de investigación, sin que en el Auto se indicara la necesidad de circunscribir de modo más estrecho o preciso lo establecido en la Orden de inspección, lo cual avala asimismo que la Orden estaba amparada debidamente por la autorización judicial y que fue conforme a derecho. A su vez, la actuación inspectora se desarrolló en respetuosa ejecución de la citada Orden de investigación.

Hay que señalar además que, conforme refleja el Acta, la inspección dio comienzo materialmente a las 11:25 del día 27 de octubre, mientras que a las 13:35 se indica por

los representante de SOFTWARE AG a los inspectores que el auto y la orden de investigación van a ser remitidos al Director legal de la matriz alemana, y a las 16:00 se presentan a los inspectores tres abogados externos de la recurrente que a partir de ese momento están presentes en la sala de trabajo con los inspectores, salvo en momentos puntuales en los que se les pide que salgan para permitir a los inspectores discutir temas relativos al trabajo de la inspección (puntos 40 a 42 del Acta de Inspección).

A la vista de los hechos descritos, esta Sala de Competencia considera que la recopilación de documentación relativa a las prácticas y mercado investigados que se encontraba en la sede de la empresa inspeccionada, en relación con la delimitación del objeto de la inspección, tal como se configuró por la Orden de investigación, no supone indefensión alguna de la recurrente que pueda motivar la estimación de su recurso.

Todo ello impide que pueda ser acogida la pretensión de SOFTWARE AG sobre la supuesta vulneración de la inviolabilidad del domicilio que proclama el artículo 18.2 de la CE, puesto que la inspección, como se ha visto, se ejecutó previo consentimiento expreso de la empresa y contando con Auto Judicial autorizatorio del acceso, sin que quepa estimar la alegación de que la Orden no incluía el contenido mínimo exigido por la LDC y la jurisprudencia.

Respecto de la alegación de SOFTWARE AG relativa a la necesidad de acceder a la información en poder de la DC que habría motivado la inspección, para ejercer de modo apropiado su derecho de defensa, esta Sala tampoco puede compartir la opinión de la recurrente. Ésta se basa en la consideración de que tales indicios definirían un ámbito concreto de la actividad de SOFTWARE AG e incluso un concreto cliente de los servicios de la recurrente en el que se podría haber concretado la conducta objeto de inspección. La argumentación de SOFTWARE AG, que esta Sala no comparte, descansa en el entendimiento de que la Orden de investigación debería haberse ceñido estrictamente a esa específica actividad de la recurrente con ese concreto cliente directamente relacionada con los indicios en poder de la DC. Tal como se desprende del Auto judicial autorizatorio de entrada de 21 de octubre de 2015, la información en poder de la DC exige el desarrollo de las competencias de investigación que el artículo 27 LCNMC concede al órgano instructor, siendo una medida adecuada y proporcionada para lograr la plena efectividad del acto de inspección, dada la gravedad del posible acuerdo de reparto de mercado que se investigaba. Esos indicios no circunscriben, en el restrictivo y literal sentido pretendido por la recurrente, ni el contenido debido de la Orden de investigación ni el desarrollo de la misma.

Por otra parte, dado que el expediente se encuentra en período de información reservada, no es momento procesal oportuno para la solicitud de acceso al expediente. Conforme a lo previsto en la LDC, en el supuesto de una posterior eventual incoación de expediente sancionador derivado de tal información reservada, SOFTWARE AG, como cualquier otra parte interesada, tendrá derecho de acceso al expediente, conforme a lo previsto en el artículo 31 del RDC.

En relación a las alegaciones relativas al acceso y copia de documentación ajena al objeto de la investigación, que justificarían la solicitud de la recurrente de que sus abogados externos presencien la revisión por parte de los funcionarios de la CNMC de la documentación obtenida durante la inspección, esta Sala de Competencia no puede estimar la argumentación de SOFTWARE AG, dado que la LDC establece cauces precisos y diferentes para garantizar la tutela de los derechos de la recurrente en esa fase de la tramitación del expediente. Tal como consta en el Acta de la inspección, la recurrente recibió al final de la inspección una relación de toda la documentación de la cual se realizó copia. No obstante SOFTWARE AG no ha hecho alegación específica indicando documentos concretos que hubieran podido haber vulnerado lo previsto en la Orden de investigación de 16 de octubre de 2015.

Hay que recordar que los documentos recabados en la inspección serán incorporados al expediente en el marco del cual se ha realizado la inspección sólo previo trámite de alegación de SOFTWARE AG, a la que le corresponde la facultad de solicitar motivadamente la confidencialidad de la documentación que estime oportuna y alegar respecto de la relación de la misma con el objeto de la inspección.

II.- 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, la recurrente no realiza ninguna alegación específica al respecto, ni en su escrito de recurso ni en las alegaciones complementarias de 14 de diciembre de 2015, más allá de su mención al alegar la contradicción a Derecho de la Orden y la actuación inspectora.

Respecto de la posible 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 (entre otras, resoluciones de 18/10/2012 –expte. R/0112/12 GRUPO LACTALIS IBERIA–; de 20/11/2013 –expte. R/0141/13 AOP–; de 23/09/2013 – expte. R/0148/13 RENAULT–; de 3/10/2013 –expte. R/0149/13 BP ESPAÑA– y de 30/01/2014 –expte. R/DC/0001/14 ALMENDRA Y MIEL–) se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional por supuestas vulneraciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio alegadas por las empresas, como el acceso a documentación ajena al objeto de la inspección.

En dichos recursos la Autoridad de la 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.

El análisis desarrollado en el fundamento jurídico anterior en relación a la total adecuación de la inspección realizada a la autorización judicial de la misma, sin que pueda deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio en la actuación inspectora, permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de SOFTWARE AG.

Corresponde reiterar aquí la facultad de SOFTWARE AG de alegar lo que estime pertinente respecto de la confidencialidad de la información recabada en la inspección de su sede y su vinculación al objeto de la investigación en el trámite de alegaciones previo a la incorporación de tal información al expediente, conforme prevé el artículo 42 de la LDC.

Por todo lo anteriormente expuesto, 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.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por SOFTWARE AG, S.A. contra las actuaciones de inspección de la CNMC desarrolladas durante los días 27 a 29 de octubre de 2015 en la sede de dicha empresa.

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