



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/116/15, CIBERNOS CONSULTING)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 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/116/15, CIBERNOS CONSULTING por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por CIBERNOS CONSULTING S.A. (CIBERNOS) 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 CIBERNOS, 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 CIBERNOS. Además, la entrada a dicha empresa estaba autorizada por Auto de 22 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid.
2. Los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015 se llevó a cabo tal inspección en la sede de CIBERNOS. La Orden de Investigación del Director de Competencia, de 16 de octubre de 2015, autorizaba la inspección realizada en la sede de CIBERNOS en la

calle Lagasca nº 40. Iniciada el 27 de octubre la inspección en la sede de Lagasca, CIBERNOS comunicó a los inspectores que la actividad comercial de la empresa se desarrolla en sus sedes de la calle Antonio Fuentes (área comercial) y de la calle Vizconde de Matamala (área de producción). El mismo día 27 de octubre el Director de Competencia dictó sendas Órdenes de Inspección complementarias para la inspección de dichas tres sedes. En la primera Orden de inspección complementaria se autorizaba a los seis mismos inspectores que en la Orden de inspección de 16 de octubre. En la segunda Orden de inspección complementaria se autorizaba a cuatro inspectores adicionales. A su vez, el auto judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, de 22 de octubre de 2015, autorizaba la entrada tanto para la sede de Lagasca como para "*sus filiales o participadas situadas en esta sede, o en cualquier otro establecimiento de esa empresa*".

3. Con fecha 10 de noviembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de CIBERNOS el 6 de noviembre de 2015, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 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 CIBERNOS, alegando vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la defensa y asistencia jurídica.
4. Con fecha 13 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 20 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 CIBERNOS.
6. Con fecha 27 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el recurso de CIBERNOS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. El Acuerdo fue notificado el 30 de noviembre de 2015.
7. El día 1 de diciembre de 2015 la representación de la recurrente tuvo acceso al expediente.
8. El 16 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de la recurrente, de la misma fecha.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de enero de 2016.
10. Es interesada en este expediente de recurso CIBERNOS CONSULTING, 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 diversas sedes de la empresa CIBERNOS CONSULTING durante los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015.

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

CIBERNOS CONSULTING 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 la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE), que se habría concretado 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 Reglamento de la RLDC, así como del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, en lo relativo al contenido obligado de la orden de investigación.

La recurrente considera que la Orden de investigación no cumple con los requisitos legalmente establecidos y desarrollados jurisprudencialmente, vulnerando su derecho de defensa, dado el carácter demasiado genérico del objeto y alcance de la inspección que ordenaba. La recurrente señala que la Orden de inspección 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 carece asimismo de suficiente concreción respecto del singular ámbito de actuación de la investigación ("mercado de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones"). La recurrente reprocha que el mercado se defina en la Orden de forma injustificadamente amplia, incluyendo muchos mercados de producto diferentes, pese a los precedentes nacionales y comunitarios que, según su criterio, segmentan mucho más estrechamente tal mercado en función de distintos parámetros. Finalmente, siempre según CIBERNOS, la Orden tampoco delimita el ámbito territorial de actividad ni el tipo

de cliente, en lugar de circunscribirse al mercado en el que se 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 investigación convertida en una especie de “causa general” contra la compañía. El hecho de que se recabara un número de documentos “ingente” avalaría la tesis del objeto excesivamente amplio y poco definido de la Orden, según CIBERNOS CONSULTING, y ciertos documentos son ajenos a los indicios que habrían originado la investigación.

CIBERNOS alega asimismo como vulneración de sus derechos la ausencia de oportunidad para identificar la documentación que goza de protección de confidencialidad.

La recurrente también alega la falta de acreditación de parte de las personas encargadas de realizar las labores de inspección, en tanto que no constan dentro de la relación de la autorización judicial de entrada al domicilio de CIBERNOS CONSULTING

Junto a las vulneraciones del derecho de defensa y la inviolabilidad del domicilio de CIBERNOS, la recurrente también alega la vulneración del derecho a la intimidad de uno de los empleados, al recabarse información desde el ordenador de su puesto de trabajo, relativa a información estrictamente personal y la vulneración del propio derecho de defensa del personal de CIBERNOS, al haberse interrogado a parte del mismo sin que conocieran el objeto de la investigación.

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 de sus sedes, absteniéndose de utilizarla en el marco de la información reservada S/DC/0565/15 o en otro procedimiento de la CNMC.

En su informe de 20 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 el auto judicial autorizador 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, en su informe al recurso, la DC argumenta, respecto del 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 del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 TFUE, por CIBERNOS, limitando su actuación a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia.

De hecho, la Orden de inspección relativa a la sede de CIBERNOS CONSULTING 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 al intercambio de información comercial sensible con otros competidores.

La Orden de investigación 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 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. Otra solución hurtaría a la CNMC la investigación sobre gran parte de la demanda en el mercado de estos servicios (grandes empresas privadas). En cuanto al mercado geográfico, el informe de la DC explica que los precedentes justifican que la Orden de Investigación lo definiera como de ámbito nacional.

Respecto de la indeterminación en la Orden de Investigación del período temporal de la conducta que se inspecciona, 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 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 ámbito real al que se extienden los acuerdos colusorios en el mercado relevante objeto de la investigación.

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 alejamiento de los indicios que dieron lugar a la inspección. La DC también rechaza que durante la inspección se negara a CIBERNOS la confidencialidad de la información recabada. En el Acta de Inspección se verifica que el Director General de CIBERNOS fue informado de que “toda la información recabada tendría cautelarmente el carácter de confidencial

y que en ningún caso se incluiría en el expediente, en tanto no se hubiera sustanciado la confidencialidad de ésta”.

En relación con las eventuales vulneraciones de derechos de los empleados de CIBERNOS, la DC niega vulneración alguna del derecho a la intimidad de los mismos, ya que los documentos de carácter personal fueron tratados de manera diferenciada y se realizó copia de toda la documentación recabada en presencia del personal de la empresa. Con carácter general los empleados no advirtieron de la existencia de documentos personales pero las pocas observaciones al respecto fueron atendidas. La copia de información personal (declaración del IRPF de un empleado), vendría motivada por la falta de advertencia previa de los empleados, siendo reseñable que, a pesar de que CIBERNOS cuenta con una copia exacta de la documentación recabada, tampoco al formular el recurso indica el documento concreto donde se contiene esa documentación de carácter personal.

Respecto de la alegada vulneración del derecho de defensa del personal de CIBERNOS por la realización de interrogatorios sin conocer el objeto de la investigación la DC considera que, tal y como queda acreditado en el Acta de inspección, todas las entrevistas se realizaron una vez que la empresa fue informada del objeto de la investigación y se limitaron al organigrama, distribución de funciones y organización de los sistemas informáticos de la empresa. Asimismo, en todo momento mientras se desarrollaron las labores inspectoras, estuvieron presentes o bien el inspeccionado en concreto, o bien un representante de CIBERNOS.

Respecto de la falta de información acerca de la denuncia presentada, en este caso no ha existido una denuncia que la CNMC pueda trasladar a CIBERNOS, sino un escrito de una entidad de derecho público a la CNMC en relación a la obligación que establece la normativa de contratación pública (Disposición Adicional 23ª del TRLCSP) de poner en conocimiento de la CNMC cualquier indicio de infracción en materia de competencia en el marco de licitaciones públicas. La DC argumenta que no deben confundirse los elementos que pueden ponerse a disposición de un juez para la obtención de una autorización de entrada en domicilio y los elementos que deben ponerse a disposición de la empresa y el hecho de que el Auto judicial notificado consignara la existencia de una denuncia y que la Orden de Investigación no lo recogiera o que los inspectores no informaran de la misma tampoco puede ser utilizado por la recurrente como indiciario de una vulneración de sus derechos de defensa.

En lo tocante a la falta de acreditación de parte de los inspectores en el Auto autorizador de la entrada, la DC aclara que, iniciada la inspección en la sede de Lagasca el equipo de inspectores fue informado de la existencia de actividades comerciales de CIBERNOS dentro del objeto de la inspección en otras sedes de la empresa situadas en las calles Antonio Fuentes y Vizconde de Matamala, por lo que se procedió a dictar órdenes de investigación complementarias a la inicialmente dirigida a la empresa. En tal contexto, los inspectores que acudieron a las sedes de CIBERNOS situada en las calles de Lagasca y Antonio Fuentes venían acreditados en el Auto nº164/2015 que autorizaba la inspección si bien parte de los inspectores personados en la calle Vizconde de Matamala no estaban incluidos en dicho Auto judicial. Sin

embargo la DC entiende que no se puede inferir de ello un exceso en las facultades inspectoras por cuanto estos inspectores, con carácter previo al comienzo de sus labores de inspección en dicha sede solicitaron expresamente autorización y consentimiento al personal al servicio de CIBERNOS, quien a su vez, lo solicita al Director General de CIBERNOS, que es quien consiente la realización de la inspección.

En sus alegaciones de 16 de noviembre de 2015, la recurrente reitera y completa con mayor amplitud los motivos del recurso interpuesto el 6 de noviembre de 2015, adjuntando copia de la relación de correos electrónicos recabados de uno de los empleados que CIBERNOS considera no guardan relación con la licitación que está en la base de los indicios de la DC para ordenar la inspección.

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 CIBERNOS CONSULTING 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 CIBERNOS CONSULTING.

Dado que las Ordenes de investigación, la inicial referida a la sede de calle Lagasca y las complementarias relativas a las otras dos sedes de CIBERNOS, y el Auto Judicial legitimaban a los funcionarios de la DC a llevar a cabo la inspección realizada en las sedes 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 CIBERNOS CONSULTING, 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 CIBERNOS CONSULTING 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 mínimos que especifica el artículo 13.3 del RDC. 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 (recurso de casación número 4201/2011) que la recurrente cita en sus escritos de recurso y alegaciones complementarias, 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 [...] A la vista de lo expuesto se ordena a CIBERNOS CONSULTING, 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”.

Las Órdenes de investigación complementaria adoptadas el 27 de octubre de 2015 respecto de las otras sedes de CIBERNOS CONSULTING recogen literalmente lo establecido en la Orden de investigación inicial.

Esta Sala coincide con el informe elaborado por la DC en que, frente a los casos objeto de los precedentes jurisprudenciales que CIBERNOS CONSULTING cita en su recurso, en este caso las Órdenes de investigación no incurren en déficit alguno en cuanto a la información mínima sobre el alcance y objeto de la investigación, sino que circunscriben y detallan 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 inicial y las complementarias 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 la mayor parte de las conductas prohibidas por el citado artículo 1.1 ni a ninguna de las prácticas declaradas ilícitas por el artículo 2 de la LDC, que quedan excluidas del ámbito de la inspección, 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, invocada por CIBERNOS en sus escritos de recurso. Adicionalmente la Orden de inspección tampoco incluye la investigación de conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, prohibidas por el artículo 3 de la LDC, lo que refuerza la imposibilidad de considerarla como origen de una “causa general” contra CIBERNOS.

Procede, por tanto, desestimar la alegación de CIBERNOS relativa a que la Orden de investigación sirva de vehículo para articular contra la mercantil recurrente una suerte de “causa general” que permitiera la “investigación cualquier práctica o conducta en el ámbito comercial de CIBERNOS CONSULTING S.A.” como afirma la propia empresa en sus alegaciones, puesto que se delimitan unas específicas conductas investigadas de entre las que la LDC declara ilícitas, y en relación a un sector económico y un mercado delimitados.

Efectivamente, tampoco se observa que la inclusión de las expresiones “en general” y “cualquier otra conducta”, que CIBERNOS CONSULTING subraya en su recurso, convierta la inspección realizada en una actuación absolutamente genérica y sin la menor concreción “impidiendo al sujeto investigado poder conocer cual es realmente la finalidad y objeto de la investigación acordada”, como alega la recurrente.

CIBERNOS reprocha asimismo que no se conoce el ámbito sectorial objeto de la investigación y que no se puede saber por parte del inspeccionado si se está investigando una actuación o tipo de actuaciones en el ámbito de la contratación pública o prácticas en el mercado privado o en un sector concreto del comercio en materia de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones. No obstante, esta Sala debe subrayar que 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, tal y como ha señalado la jurisprudencia aplicable al caso.

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 la necesidad de realizar en el presente momento procedimental una definición de mercado mucho más precisa, 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”.

En lo relativo al mercado geográfico, pese a que CIBERNOS argumenta que no se puede conocer de la lectura de la Orden de investigación si se la investiga por actuaciones en el ámbito estatal, autonómico o local, 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 del ámbito temporal 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 CIBERNOS CONSULTING 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.

Asimismo excede de los requisitos exigidos por la LDC y la jurisprudencia nacional y comunitaria la pretensión de CIBERNOS CONSULTING de que la Orden de inspección indique si hay otros sujetos investigados distintos de la mercantil objeto de inspección. En primer lugar, la Orden de inspección ya se ha señalado que menciona que “diversas empresas activas en este sector podrían haber llegado a un posible acuerdo o práctica concertada [...]”. En segundo lugar, ni la normativa ni la jurisprudencia exigen realizar una determinación de los otros sujetos que pudieran estar siendo investigados, mención ésta que además podría perjudicar sustancialmente las inspecciones simultáneas o sucesivas de la autoridad de competencia sobre los hechos y conductas investigados en el expediente.

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 25 de Madrid el 22 de octubre de 2015 y la Orden de investigación de 16 de octubre, 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 las citadas Órdenes de investigación.

Ningún documento fue recabado ni en soporte papel ni en formato electrónico, en las sedes de Lagasca y Vizconde de Matamala, al verificar los inspectores que el contenido de los documentos analizados no se encontraba relacionado con el objeto de la inspección.

Hay que señalar además que, respecto de las inspecciones de las sedes ordenadas mediante Órdenes de inspección complementarias de 27 de octubre de 2015, conforme refleja el Acta, la inspección en la sede de CIBERNOS de Vizconde de Matamala dio comienzo materialmente una vez firmado (a las 13:15 horas) el recibí de la Orden de investigación por la persona responsable del departamento de Soporte, tras ser consultado a tal efecto telefónicamente el Director General de la empresa. Éste, a su vez, había firmado personalmente el recibí (a las 11:50 horas) de la Orden de inspección desarrollada en la sede de la calle Antonio Fuertes. La inspección se desarrolló en la sede de Antonio Fuentes en presencia de los representantes de la empresa desde su inicio y con presencia puntual del abogado externo a partir de las

17:30 horas, que abandona la sede de la empresa a las 18:40 horas (puntos 38, 39, 57, 89 y 90 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 CIBERNOS CONSULTING 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.

En relación a las alegaciones relativas al acceso y copia de documentación ajena al objeto de la investigación, esta alegación se relaciona con la pretensión de CIBERNOS, que esta Sala debe rechazar, de que se excluya de la inspección cualquier hecho no mencionado expresamente en el escrito de la entidad de derecho público que pone en conocimiento de la CNMC ciertos indicios de infracción en materia de competencia en el marco de licitaciones públicas, incluso aunque tal documentación se encuentre en clara conexión con los hechos denunciados. Es claro que la inspección no puede limitarse a los documentos vinculados con la concreta licitación que revela indicios de infracción sino que puede extenderse a cualquier otra actuación (especialmente otros expedientes de licitación o contratación) enmarcados dentro del objeto y finalidad de la inspección. Otra interpretación privaría de toda utilidad a la inspección para el objeto propio de la misma, que es verificar la existencia y alcance de esas posibles conductas anticompetitivas, tal como precisa la Orden de inspección de 16 de octubre de 2015, y resultaría del todo contraria a la jurisprudencia comunitaria que cita la propia recurrente en sus alegaciones donde se afirma claramente que “la facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafo 27).

Hay que recordar además 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 CIBERNOS CONSULTING, 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.

En relación a la alegación de la recurrente, más detallada en su escrito de 16 de diciembre de 2015, en el que se adjunta copia de la relación de correos electrónicos de una de las empleadas, esta Sala se remite a las indicaciones de la DC, recogidas a su vez en el Acta, en las que se detalla cómo los documentos de carácter personal fueron tratados de manera diferenciada y se realizó copia de toda la documentación recabada en presencia del personal de la empresa. Con carácter general los empleados no advirtieron de la existencia de documentos personales pero las pocas observaciones al respecto fueron atendidas. Los documentos reclamados en los anexos, bajo el argumento de no relacionarse con la licitación que habría proporcionado indicios de infracción y habría motivado la inspección, esta Sala coincide con la valoración de la DC de que no es posible considerarlos fuera del objeto de inspección, dado que de la mera lectura de los títulos de tales documentos y correos cabe deducir que los mismos pueden tener relación con licitaciones con otras entidades públicas (distintos departamentos ministeriales, INE, CSIC, INE, entre otros). La atomización del objeto de la inspección pretendida por CIBERNOS CONSULTING en sus alegaciones llevaría al resultado insostenible de que existiera una inspección y un expediente sancionador diferenciado por cada licitación o contratación que haya podido ser objeto de prácticas colusorias, lo que además de no corresponderse con la realidad de la conducta investigada, resulta contrario a la LDC y restaría toda utilidad a la inspección y a las actuaciones de la CNMC. Esta diferenciación o individualización de un procedimiento por cada infracción, tanto en lo que se refiere a la investigación inicial, como en las restantes fases del expediente, ha sido expresamente rechazada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo respecto a otros procedimientos sobre colusión en licitaciones. Así, en la reciente sentencia de 9 de diciembre de 2015 (Recurso de Casación Núm.: 1991/2014) el Alto Tribunal se expresa así:

“En el quinto de los motivos de casación se denuncia la infracción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los artículos 40.5 y 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Se argumenta que la conducta investigada era la licitación de otra empresa (Provilsa) y que si la Comisión halló documentos que iban más allá de esa licitación, e indiciario de otras licitaciones, <<lo que no podía hacer, en ningún caso, era utilizarlos como medio de prueba en relación con licitaciones distintas de la licitación Provilsa, en caso contrario, se estarían utilizando para una finalidad distinta a la finalidad original con que se recabaron. Lo que sí podía hacer (...) es considerar esos documentos como indicios y comenzar un nuevo expediente sancionador desde cero>>, citando, en sustento de su tesis, diversas sentencias del TJUE.

El motivo tampoco puede tener favorable acogida. El alegato expuesto en el motivo parece referirse a la utilización de un material probatorio obtenido en una distinta investigación y la necesidad de la incoación de un expediente dirigido a la concreta investigación de la conducta que se imputa a la recurrente. Con independencia del confuso planteamiento impugnatorio, como bien indica el Abogado del Estado, lo relevante es que en este caso se ha seguido un expediente sancionador respecto de un mismo cártel aunque haya empresas que han participado en diversas licitaciones, procedimiento sancionador en el que la parte recurrente ha podido intervenir y plantear sus alegaciones y medios

probatorios en defensa de sus intereses, sin que se aprecie indefensión ni la infracción de la jurisprudencia comunitaria invocada”.

A su vez, respecto de la copia de información personal, como la declaración del IRPF de un empleado alegada por CIBERNOS, en el caso de haberse producido vendría motivada por la falta de advertencia previa de los empleados, siendo reseñable que, a pesar de que CIBERNOS cuenta con una copia exacta de la documentación recabada, tampoco al formular el recurso y en sus alegaciones posteriores indica el documento concreto donde se contiene esta declaración IRPF. Corresponde al titular de esa información de carácter privado, en su caso, el ejercicio de la defensa de sus derechos respecto de tal documentación.

Finalmente, respecto de la falta de acreditación de parte de los inspectores, en tanto que no constaban dentro de la relación de autorización judicial de entrada al domicilio de la recurrente, se ha señalado en los antecedentes de hecho que, una vez iniciada la inspección en la sede de la calle Lagasca fue informado el equipo inspector del desarrollo de actividades comerciales de CIBERNOS dentro del objeto de la inspección en otras sedes de la empresa situadas en las calles Antonio Fuentes y Vizconde de Matamala, por lo que la DC procedió a dictar órdenes de investigación complementarias a la inicialmente dirigida a la empresa.

Si bien parte de los inspectores personados en la calle Vizconde de Matamala no estaban incluidos en el Auto judicial de 22 de octubre, puesto que fueron designados con carácter adicional a los inicialmente previstos para la inspección de una sola sede, esta Sala considera que no se puede inferir de ello un exceso en las facultades inspectoras, por cuanto estos inspectores, con carácter previo al comienzo de sus labores de inspección en dicha sede solicitaron autorización y consentimiento a la persona al servicio de CIBERNOS, quien a su vez, firma la Orden de inspección tras consultarlo telefónicamente con el Director General de CIBERNOS.

Hay que señalar además que sólo se recabó finalmente documentación en la sede de la calle Antonio Fuentes (apartados 30, 46 y 47 del Acta, así como relaciones de documentos en soporte papel y digital, que constan en el expediente, folios 58-60), en cuya inspección participaron los inspectores judicialmente autorizados por el Auto Judicial de 22 de octubre de 2015, concretamente cuatro de los seis inspectores autorizados judicialmente durante el primer día de la inspección, y los seis inspectores autorizados judicialmente los días 28 y 29, a los que se añade otro inspector autorizado por Orden de inspección complementaria de 27 de octubre de 2015.

La alegación de CIBERNOS de que en la sede de la calle Antonio Fuentes se personaron inspectores que no estaban en la Orden de investigación de 16 de octubre de 2015 y en la primera orden complementaria de 27 de octubre de 2015, por tanto, debe ser contradicha por la realidad que revela el Acta y las citadas órdenes complementarias. Así, en primer lugar, la Orden de investigación complementaria de 27 de octubre de 2015 señala expresamente que “se autoriza a los funcionarios indicados en la Orden de investigación de 16 de octubre de 2015 anteriormente transcrita, para realizar a partir del día 27 de octubre de 2015 una inspección en las sedes de CIBERNOS CONSULTING, S.A situadas en la Calle Antonio Fuentes, 18 [...]”. Esa

Orden tiene hora de salida de la CNMC a las 10.25 y el Acta de la inspección y el recibí correspondiente certifican que éste fue firmado a las 11:50 por el Director General de CIBERNOS (folio 56 y punto 57 del Acta). Los inspectores personados en tal sede el 27 de octubre de 2015 son, como se acaba de señalar, cuatro de los inspectores autorizados judicialmente. Posteriormente, los días 28 y 29 se personan en la sede de CIBERNOS sita en la calle Antonio Fuentes, los seis precitados inspectores incluidos en la Orden de inspección originaria de 16 de octubre y la complementaria de 27 de octubre de 2015 y en el Auto judicial, junto con un séptimo inspector autorizado por segunda Orden de investigación complementaria también de 27 de octubre de 2015, con hora de salida de la CNMC de las 11:48 y que consta que fue firmada a las 13:15 por un empleado de CIBERNOS al inicio de la inspección de la sede de la calle de Vizconde Matamala.

A la vista de estas constataciones, esta Sala no puede compartir la argumentación de CIBERNOS de que la presencia durante dos días de la inspección desarrollada en la sede de la calle Antonio Fuentes de un inspector adicional a los seis autorizados judicialmente pueda suponer en modo alguno, como pretende la recurrente, la violación de su derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, “con los efectos de que todas las acciones realizadas por estas personas son nulas de pleno derecho”. La presencia de ese inspector adicional, no incluido en el Auto judicial pero sí en la segunda Orden de inspección complementaria, se explica por la constatación en el día anterior de que la inspección de la sede de Vizconde de Matamala no precisaba prolongarse más allá del 27 de octubre, pudiendo liberarse ese efectivo para participar en la inspección de la sede de Antonio Fuentes, para lo que estaba autorizado, hay que reiterar, por la segunda Orden de inspección complementaria, cuyo recibí fue firmado a las 13:15 horas por un empleado de CIBERNOS sólo tras recabar autorización telefónica del Director General de la recurrente (puntos 38 y 39 del Acta y recibí recogido en folio). En consecuencia, a la empresa le constaba la segunda Orden de inspección complementaria en la que se incluía al inspector no incluido en el Auto judicial desde el día anterior a su incorporación a la inspección de la sede de Antonio Fuentes. Las alegaciones de CIBERNOS que niegan la recepción (o el “conocimiento cabal”) de esta segunda Orden de inspección complementaria a la empresa a las 13:15 del día 27 de octubre en la sede de Vizconde de Matamala se encuentran en total contradicción con la descripción de la entrega de la citada Orden y la autorización de la entrada recogida en el Acta de inspección (apartados 31-40), que fue firmada por cinco inspectores y el Director General de la empresa. Resultan igualmente contradictorias con la propia actitud de CIBERNOS durante los tres días en que se prolongó la investigación domiciliaria, en cuyo desarrollo no consta que manifestara reparo alguno respecto a los funcionarios que accedieron a sus distintas sedes, a pesar de haber sido identificados con total precisión tanto en las sucesivas órdenes de investigación como en los apartados 1, 31, 49 y 98 de la citada Acta de inspección, sin que la empresa mostrara reserva alguna al respecto.

Finalmente, la alegación de la recurrente sobre la necesidad de que todos los inspectores personados en una sede firmen el acta de inspección, deriva de una

incorrecta interpretación del RDC, que en su artículo 27 exige que el acta se firme por funcionario autorizado, como fue el caso en la inspección de CIBERNOS (punto 127 del Acta).

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 16 de diciembre de 2015, más allá de 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 la recurrente.

Corresponde reiterar aquí la facultad de CIBERNOS CONSULTING 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 CIBERNOS CONSULTING 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.