

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. R/AJ/002/20, FRS**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar  
D. Josep María Guinart Solà  
D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González  
D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

#### **Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 21 de abril de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L. y por su filial FERRYS RAPIDOS DEL SUR, S.L. (ambas del grupo FRS) contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17, 18 y 19 de diciembre de 2019.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 2 de enero de 2020 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L. y de FERRYS RÁPIDOS DEL SUR, S.L. (FRS) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17, 18 y 19 de diciembre de 2019.
2. Con fecha 13 de enero de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC remitió una copia del recurso a la Dirección de Competencia (DC) y solicitó antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por FRS.

3. Con fecha 16 de enero de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procedía desestimar el recurso interpuesto por FRS.
4. Con fecha 23 de enero 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a FRS un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 16 de enero de 2020.
5. Con fecha 7 de febrero de 2020, FRS remitió el escrito de alegaciones al informe de la DC de 16 de enero de 2020.
6. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 21 de abril de 2020.
7. Es interesada en este expediente de recurso: FRS.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. - Objeto de la presente resolución y pretensiones del recurrente**

FRS promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada en su sede los días 17 a 19 de diciembre de 2019, considerando que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC

#### **1.1. Motivos del recurso**

La recurrente considera que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y, por consiguiente, la inspección que trae causa de la misma deben declararse nulas por las siguientes razones.

En primer lugar, FSR alega la **insuficiente motivación de la orden de investigación**, que no respeta los principios de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad e infringe el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), y los artículos 13.3 RDC y 20.3 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE. Por todo ello, la recurrente considera que los actos recurridos han vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (CE).

En relación con lo anterior, la recurrente alega en segundo término que **la DC carecía de indicios de infracción** para acordar la inspección en la sede de FRS y emitir la orden

de investigación impugnada como demuestra la aprobación en 2018 por la misma Sala de un informe sobre la línea investigada en la que la CNMC no encontró motivos para actuar<sup>1</sup>. La ausencia de indicios, señala la recurrente, también afectaría a los motivos enumerados en el auto judicial nº 4305/19 por el que se autoriza la entrada al domicilio de FRS, emitido el 16 de diciembre de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Algeciras.

En tercer lugar, FRS alega el perjuicio que habría ocasionado la realización de la inspección al funcionamiento ordinario de la empresa y el daño a su reputación, que se habría visto, a su juicio, erosionada por la publicación de la nota de prensa por la CNMC el 20 de diciembre de 2019.

Por último, en cuarto lugar, FRS considera que **la actuación inspectora llevada a cabo en su sede no habría respetado los límites de la orden de investigación y del auto judicial**, sobrepasando el objeto de investigación autorizado y vulnerado de nuevo su derecho a la inviolabilidad del domicilio. En concreto, la recurrente señala que:

- a) La documentación recabada se encontraba fuera del objeto de la orden de investigación, el cual estaba acotado al ámbito del transporte por vía marítima de pasajeros y vehículos entre Algeciras y Ceuta;
- b) Asimismo, se recogió información protegida por la confidencialidad entre abogado y cliente y,
- c) El equipo inspector desatendió las solicitudes de la empresa dirigidas a poder revisar, antes de que finalizase la inspección, la documentación analizada y recabada en el curso de la misma;

A la luz de las alegaciones que expone en su recurso, FRS declara que se habrían visto vulnerados los derechos fundamentales relativos a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y las garantías de defensa de FRS. Por ello solicita que se anule y deje sin efecto tanto la orden de investigación como las propias actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma, ordenando la devolución del material recabado de forma ilícita.

## 1.2. Informe de la Dirección de Competencia

En su informe de 16 de enero de 2020 la DC rechaza las pretensiones de FRS y propone la desestimación del recurso interpuesto. Así, en primer término, señala que la orden de investigación de 3 de diciembre sí cumplía con los requisitos establecidos tanto en el artículo 13.3 del RDC como en la doctrina jurisprudencial nacional y europea, sin que se pueda hablar de imprecisión o falta de concreción de su objeto, ya que, al contrario, ofrecía más detalles que “los *elementos esenciales*” exigidos. En particular, advierte la

---

<sup>1</sup> Informe PRO/CNMC/002/18 ANÁLISIS DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO PARA EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASAJEROS Y VEHÍCULOS EN LA LÍNEA CEUTA-ALGECIRAS.

DC que en la orden de investigación se indicaron el objeto, contenido y finalidad de la inspección, dado el carácter preliminar de la investigación, por lo que no se le puede pedir mayor concreción fáctica.

En relación con la ausencia de indicios suficientes para acordar la actuación inspectora, la DC considera que la utilización de la investigación domiciliaria, prevista en el artículo 27 de la LCNMC, es en este caso pertinente y proporcionada, siendo imposible especificar de forma más pormenorizada los indicios de infracción, debido a que el expediente administrativo se encontraba aún en un periodo de información reservada, es decir, en un momento procesal en el que la CNMC tiene que determinar, precisamente, la existencia de indicios de infracción o no, como contempla expresamente el artículo 49.2 de la LDC. Por ello, la pretensión de FRS de darle traslado, en el momento de la inspección domiciliaria, de la información o elementos objetivos que han servido de base para las actuaciones inspectoras de la CNMC, no se corresponde con la normativa vigente en el momento específico en el que se enmarcan estas.

Respecto al alegado perjuicio ocasionado a FRS, la DC considera que no se ha producido ningún daño a la reputación de la empresa, en la medida en que la nota de prensa publicada por la CNMC no concreta las empresas que han sido sometidas a inspección y se dice expresamente que no se prejuzgan las actuaciones de las mismas.

Por otro lado, en cuanto a la alegación de que la actuación inspectora no habría respetado los límites de los poderes de inspección, la DC niega los tres motivos que alega FRS:

- En primer lugar, en relación con la alegada extralimitación de la actuación inspectora, al recabar documentos que podrían encontrarse fuera del objeto de la orden de investigación, la DC reitera que sólo cuando la documentación recabada haya sido analizada será cuando se informe a la empresa de los documentos que finalmente se incorporarán al expediente por relevantes y estar relacionados con el objeto de la investigación, procediéndose a la devolución del resto de documentos a la empresa.
- En relación con la posible vulneración de la confidencialidad entre abogado y cliente, la DC sostiene que en el acta ha quedado debida constancia de la diligencia de los inspectores durante el transcurso de la inspección para evitar el acceso a cualquier tipo de documento de estas características sin que la empresa inspeccionada identificase con precisión durante la inspección ningún documento protegido, tal y como requiere la jurisprudencia aplicable.
- Finalmente, respecto de la falta de colaboración del equipo inspector para revisar toda la documentación a requerimiento de la empresa antes de dar por finalizada la inspección, la DC señala que FRS pretendía no sólo un análisis minucioso de toda la información recabada sino, específicamente, que una conversación entre competidores relativa a la venta de un buque quedara custodiada en sobre cerrado para evitar que el mismo fuera examinado en detalle por los inspectores,

al entender que quedaba fuera del objeto de la investigación. La DC señala que las pretensiones de la recurrente obligarían a dilatar la inspección indebidamente cuando toda la información finalmente recabada es provisionalmente confidencial y solo una vez valorada, las partes de la misma relacionadas con el objeto de la investigación se incluirán, en su caso, en el expediente sancionador y el resto serán devueltos a la empresa.

Por todo lo anterior, la DC propone la desestimación del recurso interpuesto por FRS contra la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la subsiguiente actuación inspectora, en la medida en que no se ha acreditado la existencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

### **1.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia**

En el escrito de alegaciones de FRS remitido el 7 de febrero de 2020 tras conocer el informe de la DC de 16 de enero de 2020, FRS reitera los motivos de impugnación ya recogidos en el recurso de 2 de enero de 2020 sintetizándolos en dos motivos:

- La inexistencia de indicios suficientes para que la DC acordara la inspección, inexistencia que FRS considera probada basándose en las conclusiones alcanzadas por la CNMC en el citado informe PRO/CNMC/002/18 sobre la línea Ceuta-Algeciras que, además, considera que la DC ocultó deliberadamente al no remitir dicho informe al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Algeciras junto con su solicitud de orden de acceso al domicilio empresarial.
- La vulneración de los derechos fundamentales de FRS durante la inspección derivada de la aprehensión de documentos ajenos a la orden de investigación y documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente.

Por ello, FRS solicita el amparo del Consejo de la CNMC, a fin de que se ordene la nulidad de todo lo actuado, sin que se permita que la documentación recabada sirva para incoar un hipotético expediente sancionador contra FRS.

### **SEGUNDO. - Naturaleza del recurso interpuesto**

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo:

*“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación “anticipada” de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar “perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”.*

La Audiencia Nacional, en sentencia de 18 de mayo de 2011, en equivalente sentido, señala:

*“El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC”.*

Asimismo, la resolución de 16 de julio de 2009 (expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *“los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI”.* Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la LPAC.

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la LPAC, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial a continuación, se examina la posible existencia de indefensión o perjuicio irreparable derivada de la actuación administrativa impugnada en el recurso interpuesto por FRS.

### **TERCERO. - Ausencia de perjuicio irreparable**

Respecto a la existencia de **perjuicio irreparable**, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“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).

A la luz de las alegaciones que expone en su recurso, FRS defiende que la realización de la inspección habría perturbado el funcionamiento ordinario de la empresa y dañado su reputación, perjuicio acrecentado por la publicación de la nota de prensa de la CNMC sobre la inspección el 20 de diciembre de 2019. Asimismo, señala que con motivo de las

irregularidades puestas de manifiesto en la actuación inspectora se habrían visto vulnerados los derechos fundamentales relativos a la inviolabilidad del domicilio y sus garantías de defensa, causándole indefensión y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos. Añade igualmente, de manera genérica, la posible vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones.

#### **A. Daños en la reputación y el normal funcionamiento de la empresa:**

En relación al posible perjuicio a la reputación de la empresa, derivado de la actuación inspectora y de la publicación de una nota de prensa al respecto, esta Sala debe coincidir con la DC en que no se ha producido ningún perjuicio motivado por dichas actuaciones, en la medida en que en la citada nota no se mencionan las empresas que han sido sometidas a inspección, indicándose, además, que no se prejuzgan las actuaciones de las empresas inspeccionadas.

En concreto, dicha nota de prensa publicada en la sede electrónica de la CNMC el 20 de diciembre de 2019 indica que:

*“En el marco de la vigilancia del sancionador de 2011, durante los días 17, 18 y 19 de diciembre, la CNMC ha realizado inspecciones domiciliarias en las sedes de varias empresas que operan en el mercado de transporte de viajeros y vehículos por vía marítima entre Algeciras y Ceuta.*

*(...)*

*Las inspecciones son un paso preliminar en el proceso de investigación de las supuestas conductas anti competitivas y no prejuzga el resultado de la investigación ni la culpabilidad de las empresas inspeccionadas. Si como resultado de las mismas se encontrasen indicios racionales de la existencia de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia, se procedería a la incoación de un expediente sancionador.”*

Además, tal y como está reflejado en el acta de inspección, salvo el tiempo en que tuvo lugar la inspección presencial de las cuatro personas que finalmente fueron investigadas, el resto del tiempo el equipo inspector trabajó en una sala en la que se dispusieron los equipos informáticos con el fin de llevar a cabo la filtración de la documentación, por lo que el funcionamiento de la empresa no se vio paralizado en ningún momento durante el transcurso de la inspección.

Por último, la publicidad de la actuación inspectora es un mandato derivado del artículo 37 de la LCNMC que la Comisión no puede obviar.

#### **B. Vulneración de la inviolabilidad del domicilio**

A través de diversas alegaciones la recurrente señala que se ha producido un perjuicio irreparable sobre sus derechos e intereses legítimos a causa de la infracción de los artículos 27 LCNMC, 13.3 RDC y 20.3 Reglamento 1/2003 que se concreta en la

vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18 de la CE. La vulneración de tal derecho vendría motivada por las siguientes razones:

- En primer lugar, por la **insuficiente motivación de la orden de investigación**, sin respetar los principios de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
- En segundo lugar, por la **inexistencia de indicios** que pudieran justificar la inspección, circunstancia que afectaría tanto a la orden de investigación como al auto judicial nº 4305/19 emitido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Algeciras.
- Por último, por la **extralimitación de la actuación inspectora** llevada a cabo en su sede, que no habría respetado los límites señalados en la orden de investigación y en el auto judicial.

**a) Sobre la motivación de la orden de investigación:**

Como se expone en el informe de la DC de 16 de enero de 2020, las facultades de inspección que ostenta el personal funcionario de carrera de la CNMC vienen determinadas en el artículo 27 de la LCNMC y posteriormente concretadas en el artículo 13.3 del RDC, que guardan, asimismo, correspondencia con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Pues bien, toda la fundamentación del recurso de FRS se apoya en que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 no cumplía con las exigencias de dichos artículos, al no hacer referencia a indicios o noticias previas que la justificaran, así como tampoco indicaba con suficiente claridad el objeto y finalidad de la actuación inspectora, derivando por tanto en una inspección carente de fundamento jurídico.

Esta Sala no puede compartir los motivos expuestos por la recurrente que le llevan a tales conclusiones. Que el objeto de la investigación, entendido éste como las presunciones que la autoridad pretende comprobar, debe estar identificado con *“la mayor precisión posible”*, de acuerdo con la jurisprudencia nacional y de la UE es un hecho que no se discute y precisamente esta Sala entiende que así se hizo en la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019<sup>2</sup>.

Sin embargo, una cosa es que el objeto de la investigación sea suficiente como para salvaguardar los derechos de la empresa investigada y otra bien diferente es que en la información contenida en la orden de investigación la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que obren en su poder, y con mayor razón, estando en la fase preliminar en la que se encuentra dicho expediente, esto es, la fase de información reservada.

Que la Administración, en la fase de información reservada, no está obligada a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto,

---

<sup>2</sup> STS de 10 de diciembre de 2014 en el RJ2014, 6370.

finalidad y alcance de la actuación inspectora es algo plenamente confirmado por la jurisprudencia del TS como ya se expuso en la resolución de 9 de abril de 2015 (expte. R/AJ/004/15 Prosegur):

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

Igualmente, la resolución de 14 de marzo de 2019 (expte. R/AJ/113/18, MEGASA) establece que lo dispuesto en el artículo 27 de la LCNMC no implica la necesidad de trasladar al investigado todos los datos que estén a disposición de la CNMC, recogiendo los argumentos de la Audiencia Nacional, que en su sentencia de 18 de septiembre de 2017 expresamente indicaba la necesidad de garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder para planificar la actuación inspectora:

*"De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción".*

Estos mismos argumentos han sido reiterados recientemente por la Audiencia Nacional en varias de las sentencias que desestiman los recursos de las empresas en el expediente S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES. Así en la SAN de 19 de diciembre de 2019, que desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por FORD, se señala:

*"Para resolver este motivo de impugnación debemos recordar que las órdenes de investigación deben cumplir las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.*

*Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas*

*de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.*

*En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.*

*De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción”.*

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019, que se desestima el recurso contencioso-administrativo de NISSAN IBERIA S.A, al responder a alegación sobre la inspección domiciliaria que la recurrente presentaba, al considerarla contraria a Derecho por lo genérico de la orden de investigación:

*“... Sobre este motivo debemos hacer dos consideraciones. En primer lugar, el que haya intervenido un Juzgado autorizando la entrada nos es óbice para que esta Sala se pronuncie sobre este extremo, como ha dicho la STS de 10 de diciembre de 2014, recurso 4201/2011 y podamos «fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad.». En segundo lugar, que SJUE de 17 de octubre de 1989 Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, afirmó que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección toda la información de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar (apartado 45). Y respecto del alcance de esta facultad reconoce que «quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas». Precisa todavía más la STJU de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, cuando afirma en su punto «[t]eniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, (...), la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la*

*inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]».*

*Como ya dijimos en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2019, recurso 286/2015, sin apartarnos de la STS de 31 de octubre de 2017, recurso 1062/2017, y ciñéndonos al contenido de la Orden que nos ocupa, constamos es suficientemente explícito en las razones y el objeto en que se centra la investigación, a pesar de que parte de la información a la que ha podido acceder tenga el carácter de reservada y no pueda ser totalmente explicitada...”*

En el caso que nos ocupa, los indicios que motivaron la actuación investigadora han sido expuestos en la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 que aquí se cuestiona:

*“Esta Dirección de Competencia ha tenido conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas realizadas en el mercado del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une los puertos de Ceuta y Algeciras. En concreto, las prácticas consistirían en presuntos acuerdos y/o prácticas concertadas de fijación de precios y otras condiciones comerciales, de reparto de mercado e intercambios de información comercial sensible con objeto de coordinar los precios y los horarios de las diferentes rotaciones diarias y repartirse los derechos de atraque de los buques en los puertos. Además, dicha concertación habría podido alcanzar presuntamente a las licitaciones públicas convocadas para la prestación del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Ceuta-Algeciras. Dichos acuerdos y/o prácticas concertadas habrían sido adoptados entre las tres empresas navieras que operan en la citada línea de transporte Algeciras/Ceuta desde el año 2012 y, concretamente: BALEARIA EUROLÍNEAS MARTÍTIMAS S.A.; COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A. y su filial EUROPA FERRYS S.A.; y las empresas FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA S.L. y su filial FERRYS RAPIDOS DEL SUR S.L. (...).”*

Asimismo, no cabe apreciar un carácter exploratorio en la actuación inspectora, como denuncia FRS en su recurso calificándola como o “*fishing expedition*”, cuando el objeto de la misma estaba perfectamente delimitado desde un punto de vista objetivo, temporal y geográfico y se refería a un mercado muy concreto, tal y como se desprende de la propia orden de investigación de 3 de diciembre de 2019:

*“El objeto de la inspección es verificar la posible participación de FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA S.L. y/o de su filial FERRYS RÁPIDOS DEL SUR S.L. COMPAÑÍA., desde el año 2012 hasta la actualidad, en acuerdos y/o prácticas concertadas entre las tres empresas que operan en el mercado de transporte de viajeros y vehículos por vía marítima entre Algeciras y Ceuta. Concretamente, las posibles prácticas anticompetitivas a investigar habrían consistido en la fijación de precios y otras condiciones comerciales, de reparto de mercado e intercambios de información comercial sensible con objeto de coordinar los precios y los horarios de las diferentes rotaciones diarias y repartirse los derechos de atraque de los buques en los puertos. Además, dicha*

*concertación habría podido alcanzar presuntamente a las licitaciones públicas convocadas para la prestación del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Ceuta-Algeciras [...]”.*

Los datos consignados en el acta de inspección desmienten igualmente cualquier intención exploratoria en la inspección, que se desarrolló con manifiesta limitación sobre toda la documentación existente en la empresa. Como se desarrollará con más detalle posteriormente de todo el personal de FRS fueron inspeccionados exclusivamente cuatro empleados, limitándose la información recabada finalmente a 66 correos electrónicos, de los 210.681 correos que contenían los buzones de los inspeccionados y 202,77 MB de documentación electrónica de los 50.743 MB disponibles.

A la vista de lo expuesto esta Sala entiende que no puede hablarse en ningún caso de imprecisión o falta de concreción o motivación en la orden impugnada ni de “fishing expedition”, pues el objeto y finalidad de dicha orden de investigación ofrece muchos más detalles que “*los elementos esenciales*” exigidos legal y jurisprudencialmente, esto es, las prácticas anticompetitivas, las empresas y conductas investigadas, el mercado afectado y su ámbito temporal y geográfico.

En definitiva, FRS estaba en posición de saber lo que se buscaba y los datos que debían verificarse y, todo ello, sin necesidad de recurrir al auto judicial como pretende la recurrente, sino que basta con la simple lectura de la información contenida en el título habilitante para la realización de la inspección, es decir, la orden de investigación. La información aquí contenida fue la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringía el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE, por lo que la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 no puede declararse inválida como pretende FRS.

#### **b) Sobre la existencia de indicios que motivaran la inspección**

FSR también denuncia la insuficiencia de los indicios en poder de la CNMC para sospechar de la existencia de una conducta infractora del Derecho de la Competencia y para ordenar la inspección. Cuestiona asimismo los motivos expresados por la CNMC para solicitar la autorización de entrada que fueron expuestos por el Juez en el auto judicial 4305/2019. En particular señala que la DC habría ocultado al Juez el informe PRO/CNMC/002/18, aprobado por el Consejo de la CNMC en 2018 en el que, a su juicio, los mismos indicios de que se ha servido la DC para aprobar la orden de investigación, no constituían sospechas de una posible práctica anti competitiva.

A juicio FRS, el no haber informado al Juzgado de la existencia del informe del Consejo citado refleja la intención real de la DC al solicitar la autorización judicial, esto es, ocultar que efectivamente no disponía de indicios, para obtener un auto que validase la orden de investigación y autorizase la actuación de la CNMC en la sede de FRS. Añade la recurrente que la forma de evitar que tales vicios se trasladaran al acuerdo judicial era “*aportando información suficiente al órgano judicial para que éste pud[iera] contar con*

*elementos de juicio suficientes que le permit[ieran] fundar la procedencia de la entrada en el domicilio para la realización de la inspección”.*

Sobre la pretendida ausencia de efectos, esta Sala coincide con la DC en que FRS carece de toda justificación en sus alegaciones, con base en una información que exclusivamente va dirigida al juez, que es quien debe conceder la autorización de entrada.

En relación con el informe PRO/CNMC/002/18 al que FRS hace referencia, esta Sala considera que las alegaciones de la recurrente carecen de todo fundamento. El mencionado informe fue aprobado en 2018 por la CNMC en ejercicio de su función de promoción de la competencia, de naturaleza consultiva (art. 5.2 LCNMC) y no en el marco de sus facultades sancionadoras en aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. La diferencia entre ambos ámbitos de actuación resulta manifiesta e imposibilita la extrapolación de conclusiones que realiza FRS, como se pasa a exponer a continuación.

El informe PRO/CNMC/002/18 fue elaborado como consecuencia de la propuesta hecha a la CNMC sobre la oportunidad de llevar a cabo un cambio normativo en el régimen jurídico que regula la línea Algeciras/Ceuta, por lo que a juicio de esta Sala resulta evidente que las conclusiones alcanzadas sobre la conveniencia o no de introducir dicho cambio normativo deberían ser ajenas a la valoración del conjunto de datos e informaciones de que disponía la DC acerca de algún tipo de conducta anticompetitiva en la línea Algeciras/Ceuta.

De hecho, las conclusiones del informe se ciñen a la necesidad de mantener o no el contrato de servicio público previsto en la vigente normativa, mientras que en la orden de investigación se señala que el objetivo perseguido es vigilar la conducta de los operadores en el mercado de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras/Ceuta y la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo, con la finalidad de coordinar precios y horarios de las diferentes rotaciones diarias, de repartirse los derechos de atraque de los buques en los puertos o de concertar la participación en las licitaciones públicas con Marina Mercante.

En definitiva, las conclusiones derivadas del análisis sobre la conveniencia de un cambio regulatorio en un determinado mercado o sector no prejuzgan en modo alguno la existencia o inexistencia de prácticas anticompetitivas por parte de los operadores que actúan en dicho mercado.

### **c) Sobre la extralimitación de la actuación inspectora**

Con respecto a la posible anulabilidad de dicha actuación inspectora que FRS reclama por haber recabado la DC información que excede del ámbito expresamente delimitado por la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, esta Sala reitera que dicha orden estableció de forma correcta los límites de la inspección, tal y como se recoge en el artículo 13.3 del RDC y se ha analizado anteriormente.

En la sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso 113/2013 relativo al expediente S/0280/10 Montesa Honda) el Tribunal Supremo señaló que:

*“el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada mediante la colaboración del personal de la empresa si se presta a ello y en todo caso mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta como es obvio a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida y no supone que solo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación pues tal pretensión si convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probamente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que si se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminado al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada excluyendo requisas generales e indiscriminada de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación”*

La actuación inspectora se llevó a cabo en todo momento dentro de los términos legales y del ámbito objetivo determinado por la orden de investigación y de ello da fe el acta de inspección, que fue firmada por dos funcionarios del equipo inspector, así como por la responsable del departamento jurídico de FRS.

El contenido del acta refleja fielmente lo acontecido durante los días de la inspección, en la cual el equipo inspector informó a la empresa sobre el alcance de la misma, a cuyos efectos solicitó un organigrama de la empresa, así como explicaciones necesarias sobre las funciones y responsabilidades de sus directivos, al objeto de poder identificar mejor los directivos a inspeccionar. Asimismo, del acta de inspección también se desprende que, finalmente, fueron inspeccionados exclusivamente cuatro empleados de FRS, estando presentes todos ellos en las inspecciones de sus respectivos despachos y todos ellos consultados sobre la documentación de carácter personal o afectada por la relación abogado/cliente.

Según se consigna en el apartado 68 del acta de inspección y en la relación de copias digitales que se adjunta a la misma, de todo el volumen de documentación existente en la empresa inspeccionada se recabó solamente:

- Diez documentos en papel;
- Una conversación de WhatsApp;
- 66 correos electrónicos, de los 210.681 correos que contenían los buzones de los inspeccionados, es decir, el 0,031% de los inicialmente investigados;
- y 202,77 MB de los 50.743 MB de archivos de unidades locales y de red inicialmente recabados, es decir, se recabaron menos del 0,83% de los inicialmente investigados.

A juicio de la Sala, estas cifras muestran que los inspectores desarrollaron su labor inspectora con diligencia, proporcionalidad y respeto a lo establecido en la orden de

investigación recurrida y en el auto judicial, limitando al máximo la información finalmente recabada. Por tanto, esta Sala entiende que la actuación inspectora se realizó dentro del ámbito literalmente fijado por la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, referido a acuerdos y/o prácticas concertadas que habrían sido adoptados entre las tres empresas navieras que operan en la línea de transporte Algeciras/Ceuta desde el año 2012, entre las cuales se encuentra FRS.

Tampoco debe estimarse la alegación de FRS relativa a la desatención por la DC de las solicitudes de la empresa de cara a poder revisar toda la documentación una vez realizada la filtración por el equipo inspector y es que, como esta Sala ha señalado anteriormente, en el marco de una inspección domiciliaria resulta imposible realizar un análisis minucioso de toda la información que se va recabando, dado que ello obligaría a dilatar la inspección durante todo el tiempo que durara dicha revisión y las explicaciones oportunas por parte de la empresa. El Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso 113/2013) ya ha manifestado en su jurisprudencia que la ausencia de tal minuciosidad en la inspección no supone la conculcación del derecho de defensa de la empresa.

La protesta de FRS se concentra en la negativa del equipo inspector a que el documento que contenía una conversación por mensajería instantánea entre FRS y uno de sus competidores no fuera recabado, al entender que quedaba fuera de la investigación, o que, al menos, fuera custodiado en sobre cerrado antes de que el mismo fuera examinado en detalle por los inspectores. Por el contrario, para la DC se trataba de una conversación en de WhatsApp en la que se aludía a una reunión entre dos competidores directos en el mercado objeto de la investigación en la que no se especifica el tema a tratar, motivo por el cual el equipo inspector consideró oportuno recabarla en su totalidad para preservar la integridad de la información.

De lo anterior esta Sala concluye que ni la negativa a utilizar un sobre sellado ni el hecho de que dicho documento fuera finalmente recabado puede suponer ninguna vulneración de un derecho fundamental de FRS. La propia FRS, en su recurso reconoce que la conversación de WhatsApp discutida testimoniaba una reunión entre dos competidores directos en el mercado objeto de la investigación, por lo que no cabe afirmar que se sobrepasaran los límites de la misma.

La práctica de guardar un documento en sobre sellado prevista en la jurisprudencia se refiere específicamente a aquellos documentos señalados por la empresa en los que exista controversia acerca de su posible protección por la confidencialidad entre abogado y cliente, sin que la jurisprudencia que cita FRS en su recurso pueda extenderse a otro tipo de documentos no relacionados con el derecho de defensa. Como afirmó esta Sala en su resolución de 18 de mayo de 2017 (expte. R/AJ/021/17, ALTADIS) *“el tratamiento conjunto e indiferenciado de los tres tipos de documentos referidos por ALTADIS (documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente, ajenos a la inspección y personales) no resulta adecuado, ya que no permite distinguir los derechos y bienes jurídicos afectados en cada uno de los casos y el régimen jurídico aplicable a los mismos. Los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente son documentos*

*que se encuentran dentro del objeto de la investigación domiciliaria pero que quedan fuera del alcance del equipo inspector por su relación con el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el simple acceso a estos documentos “de defensa” podría tener las repercusiones previstas en la jurisprudencia comunitaria que ALTADIS cita en su escrito de alegaciones”.*

Por el contrario, los documentos profesionales ajenos al objeto de la inspección se encuentran desde el principio fuera del objeto de la investigación pero no gozan de idéntica protección que los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente porque su exclusión no se deriva de su relación con el derecho de defensa protegido por el artículo 24 de la Constitución sino por otros derechos constitucionales, igualmente susceptibles de protección, pero de contenido diferente, como es el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE). La argumentación indiferenciada y conjunta de FRS sobre dos tipos de documentos de diferente naturaleza no sólo resulta inexacta e inadecuada para el examen de los posibles derechos afectados, como ha afirmado esta Sala en otras ocasiones, sino que afectaría sustancialmente al efecto útil de las inspecciones.

No obstante, como ya indicó la DC convenientemente, esta Sala reitera que con posterioridad a la inspección sigue un análisis más exhaustivo de la documentación recabada, al término del cual se devolverá toda aquella información que no sea relevante para la investigación.

Tal y como se ha señalado a lo largo del presente fundamento, esta Sala considera que la actuación inspectora llevada a cabo por la Dirección de Competencia, autorizada por el auto judicial de 16 de diciembre de 2019, cumplió con la normativa aplicable y con las garantías exigibles por el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución Española, por lo que no se puede apreciar la existencia de perjuicio irreparable para los derechos o intereses legítimos de la recurrente.

En cuanto al perjuicio irreparable derivado de la posible vulneración de los derechos de defensa de FRS, se analizará en el siguiente fundamento de derecho.

#### **CUARTO. - Ausencia de indefensión**

En relación con la posible vulneración de su derecho de defensa, en su recurso y posteriores alegaciones FRS expresa que la actuación inspectora impugnada lo vulneró por dos motivos:

- En primer lugar, en la medida en que, al carecer la orden de investigación de motivación suficiente y de indicios fundados para sospechar la existencia de la presunta infracción, el derecho de defensa de FRS se habría visto dañado.
- En segundo lugar, al ser aprehendido durante la inspección un documento que FRS considera protegido por la confidencialidad abogado-cliente.

A este respecto, conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa<sup>3</sup>:

*“En suma, estamos en presencia de una transgresión de las normas formales configuradas como garantía, factor necesario e inexcusable pero no suficiente para diagnosticar la indefensión. Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión «material».”*

Pues bien, respecto a la **existencia de indefensión**, esta Sala considera que ni en la orden de investigación de 3 de diciembre de 2019, ni en la posterior actuación inspectora de la DC hay atisbos de que a la recurrente se le haya causado la más mínima indefensión. Como ya se ha visto en el fundamento de derecho anterior no es posible apreciar la ausencia de motivación en la orden de investigación impugnada por FRS. De acuerdo con lo antes expuesto la empresa inspeccionada conoció las razones por las que la DC solicitaba la entrada en su domicilio, ya que le fueron notificados tanto la citada orden de investigación como el auto nº 4305/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Algeciras que autorizó dicha entrada y constando en estos documentos el motivo de apertura de la investigación, su objeto y su período temporal. Se puede afirmar que, consecuentemente, la parte recurrente no ha sufrido indefensión alguna en relación a los documentos oficiales que ordenaban la inspección.

Según FRS la CNMC privó a FRS de sus derechos de defensa ya que no se permitió la colaboración de la empresa con el equipo inspector, de cara a poder revisar toda la información finalmente recabada antes de la terminación de la inspección, con el pretexto de que dicha actuación habría dilatado la inspección. FRS apoya esta alegación en la citada resolución de 18 de mayo de 2017, en el expte. R/AJ/021/17, ALTADIS, ya que considera que solicitó activamente en diversas ocasiones durante el curso de la inspección revisar la información recabada para poder verificar si alguno de los documentos identificados como relevantes para la investigación debía excluirse de la información recabada, siendo desatendidas tales solicitudes por los inspectores de la CNMC.

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

Sin embargo, esta Sala considera que FRS adoptó durante la inspección un comportamiento diferente al exigido a la empresa en la resolución R/AJ/021/17, ALTADIS. A pesar de mantener en todo momento bajo su control la totalidad de la documentación de la empresa no consta que pretendiera efectuar su propio ejercicio de análisis e identificación de documentos, en aras de garantizar su derecho de defensa sino limitarse a realizar un mero seguimiento de la labor inspectora de la CNMC.

Tal como señala la Audiencia Nacional en sus sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014:

*"Este control permanente sobre el documento original permite que la sociedad investigada pueda ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la investigación domiciliaria y durante todo el curso de la misma con absoluta independencia de la actuación del equipo inspector, pudiendo analizar exhaustivamente la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de documentos privados, ajenos al objeto de la misma y protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y comunicarlo de inmediato durante la inspección a los funcionarios encargados de la investigación".*

Efectivamente, la recurrente durante la inspección tuvo en todo momento la oportunidad de identificar los documentos que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente o fueran ajenos al objeto de la inspección. Conviene recordar que la inspección se concretó, exclusivamente, respecto de las áreas de trabajo y dispositivos de cuatro miembros del personal de FRS, por lo que la recurrente podía concentrarse en las mismas. Por otra parte, FRS reconoce que el equipo inspector permitió solicitudes concretas sobre documentos específicos (la citada conversación de Whatsapp, por ejemplo) sin que la negativa final de los funcionarios de la CNMC tras este diálogo a considerar fuera del objeto de la inspección un archivo digital específico que documenta una reunión entre dos competidores directos en el mercado investigado pueda considerarse que vulnera el derecho de defensa de FRS.

Igualmente corresponde también desestimar la alegación de FRS sobre la **vulneración de la confidencialidad entre abogado y cliente** derivada de la inspección, pues ha quedado constancia de la diligencia de los inspectores durante el transcurso de la inspección para evitar el acceso a cualquier tipo de documento de estas características. De hecho, de las cuatro personas inspeccionadas, sólo la responsable del departamento jurídico señaló la existencia de documentos afectados por la relación abogado-cliente, pero sin localizar de forma específica la ubicación de tales documentos en ningún caso, como refleja el acta de inspección. Por tanto, aunque la DC ha de analizar aun la documentación recabada para proceder a valorar debidamente la solicitud de devolución de los mismos, la propia FRS reconoce que en el transcurso de la inspección no señaló de manera individualizada ningún documento afectado por la confidencialidad abogado/cliente.

En este sentido, esta Sala debe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012, en el asunto STANPA, donde el Alto Tribunal señala que:

*"Lo que acaba de exponerse impide compartir el incumplimiento de la protección de la confidencialidad que corresponde a las comunicaciones abogado-cliente señalada en el segundo motivo de casación y, consiguientemente, la vulneración del derecho de defensa (artículo 24 CE) que sobre dicha base en ese motivo se denuncia.*

*Así ha de ser porque en el curso de esa actuación inspectora realizada en la sede de Madrid de STANPA, en presencia y con el asentimiento de su Responsable de Asesoría Legal, no se invocó, respecto de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados, no se invocó (se repite) específicamente la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente que ampara el derecho de defensa y no se citó el artículo 24 CE a esos específicos efectos. Y, por último, tampoco se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitían reconocer en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa. Por lo cual, STANPA no cumplió con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando.*

*Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia."*

Por tanto, durante la inspección impugnada no se produjo ninguna vulneración del derecho de defensa a través del acceso a un documento protegido por la confidencialidad abogado-cliente, dado que FRS no cumplió los requisitos exigidos por la jurisprudencia aplicable para identificar específicamente el documento ahora señalado. El propio escrito de recurso de FRS (apartado 41) reconoce que los documentos sobre los que solicita ahora la protección de la confidencialidad abogado-cliente no fueron identificados durante el transcurso de la inspección sino en su escrito dirigido a la DC el 26 de

diciembre con el objeto de solicitar la devolución de parte de la documentación recabada durante la inspección por considerar que la misma excedía el objeto de la inspección.

En todo caso, tal y como la DC indicó en su informe de 16 de enero de 2020, FRS fue informada durante el desarrollo de la inspección de que toda la información recabada tendría carácter cautelarmente confidencial y que, tal y como consta en el acta de investigación de 3 de diciembre de 2019:

*“La CNMC devolverá aquella información que pueda considerarse de carácter personal o contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa y que encuentre en el transcurso de del análisis de la documentación recabada, aunque no se hubiera solicitado previamente durante la inspección por la empresa su confidencialidad.”*

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

#### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.** - Desestimar el recurso interpuesto por FRS contra la Orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019 en la sede de la 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. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanuda en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.