

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0126/13, ARBA y ARNEDO)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 14 de marzo de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0126/2013, ARBA Y ARNEDO, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., contra inspección llevada a cabo los días 11 y 12 en la sede de las recurrentes, al amparo de la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012, adoptada por la Dirección de Investigación en el marco de las diligencias previas DP/0036/12.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de noviembre de 2012, la Dirección de Investigación (DI) dictó Orden de Investigación que ordenaba la inspección de las empresas ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., en el ámbito de las diligencias previas DP/0036/12.
2. Las actuaciones de inspección amparadas en la citada Orden se desarrollaron, en las instalaciones comunes de tales empresas en la ciudad de Valencia, durante los días 11 y 12 de noviembre de 2012.
3. Con fecha 21 de diciembre de 2012 se formuló, por la representación de las citadas empresas, escrito de recurso contra la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012. El recurso fue remitido a la CNC por correo administrativo y tuvo entrada en el Registro de la misma el 22 de diciembre de 2012.

4. Con fecha 3 de enero de 2013, 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 CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
5. Con fecha 9 de enero de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe, la DI considera que procede desestimar el recurso.
6. Con fecha 6 de febrero de 2013 se admitió a trámite el recurso de ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. Con fecha 18 de febrero de 2013 un representante común de ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., tuvo acceso al expediente.
8. El 22 de febrero de 2013, tuvo entrada en el registro de la CNC, el escrito de alegaciones de la recurrente.
9. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 13 de marzo de 2013.
10. Son interesadas ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L.

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 Ley 15/2007 contra la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 por la que se disponía la inspección de las empresas ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., en el ámbito de las diligencias previas DP/0036/12.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 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"*.

En su recurso, las recurrentes solicitan del Consejo de la CNC que dicte resolución por la que anule las actuaciones de inspección llevadas a cabo al amparo de la Orden de

Investigación de 29 de noviembre de 2012, que se destruya toda la documentación recabada en dicha inspección y, subsidiariamente, que se tenga por improcedente la intervención de todos los archivos del abogado de las recurrentes, [...], por exceder el marco de la investigación, y que se destruyan los mismos.

En sus alegaciones de 22 de febrero de 2013, las recurrentes completan los motivos del recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2012 y justifican su pretensión en las siguientes cuatro alegaciones, desarrolladas mediante diversas consideraciones:

- La primera alegación se refiere a la supuesta **nulidad de la entrada y registro de las sedes de las empresas recurrentes**. Señalan las recurrentes que **no se recabó ni se obtuvo el consentimiento previo expreso del afectado por la inspección**, no contándose tampoco con la correspondiente autorización judicial. Las recurrentes alegan que los inspectores no se identificaron como tales antes de acceder a la sede de las empresas, sino una vez ubicados en una sala perteneciente a las instalaciones. Se señala también que el consentimiento para iniciar la inspección fue otorgado por persona ajena a la dirección de las empresas o a su representación letrada. En todo caso, el consentimiento prestado por el empleado de las recurrentes sería nulo, por haberse prestado bajo la coacción derivada de ser informado de la obligación de colaboración y de los efectos de una negativa u obstrucción de la función inspectora. Asimismo, el administrador único de las recurrentes no estaba presente en el momento de iniciarse materialmente la inspección, por lo que no pudo recabarse su necesario consentimiento a la misma. Las recurrentes señalan que el equipo inspector les indicó, incorrectamente, que la inspección había sido autorizada judicialmente. Finalmente, se denuncia la existencia de una contradicción entre el art. 40.2 *in fine* y el 40.3, ambos de la LDC, en cuanto que el primero prevé la necesidad de consentimiento expreso del afectado por la inspección o, en su defecto, de la correspondiente autorización judicial, mientras que el segundo establece la obligación de las empresas de someterse a las inspecciones. Las recurrentes también alegan una vulneración del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), dado que las recurrentes consideran que la inspección intervino las comunicaciones tanto de [...], administrador único de las empresas, como de [...], letrado externo de las recurrentes, pero con despacho en la sede de las mismas, pese a que el artículo 40 de la Ley 15/2007 no autorizaría a los inspectores a la intervención de las comunicaciones, que sólo pueden ser intervenidas por Orden Judicial, que en este caso no fue mostrada.
- La segunda alegación se refiere a la **extralimitación de la actuación respecto de lo previsto en la Orden de Investigación**. Así, si bien la Orden de Investigación de 29 de noviembre se refería a las empresas ARNEDEO MEDINA VALENCIA y ARBA SERVICE LOGISTIC, el equipo de inspección recabó en la sede de éstas archivos relativos a la Asociación Española de Empresarios de Transporte Bajo Temperatura Dirigida (ATFRIE), al obtener correos electrónicos y otra documentación del ex-Secretario General de la Asociación, que reúne la condición de asesor jurídico de las recurrentes y dispone de despacho propio en

la sede de las mismas. La inspección respecto de ATFRIE se estaba llevando a cabo en idénticas fechas en Madrid y en ese caso bajo el amparo además de autorización judicial. Las recurrentes alegan que resultaba preceptiva la presencia de secretario judicial para la inspección de la documentación relativa a ATFRIE. Asimismo, las recurrentes alegan que la intervención de móvil y de comunicaciones de correo electrónico no estaba autorizada por la Orden de Investigación. Finalmente, las recurrentes argumentan que se recogió información de mercantiles ajenas al sector investigado, así como documentos privados relativos a la salud del administrador único de las recurrentes.

- La tercera alegación se refiere a la **violación del secreto de las comunicaciones abogado-cliente**. En la inspección se habrían recabado archivos y documentos pertenecientes al despacho profesional del asesor jurídico de las mercantiles, URISLOG, que constituyen comunicaciones entre el administrador único de las empresas, [...], el presidente de ATFRIE, con oficina en la sede de las empresas y que realiza funciones de Director Comercial de éstas, [...], y el abogado externo de las recurrentes, también con despacho en la sede de las mismas, y que reúne la condición de antiguo Secretario General de ATFRIE y miembro actual de la Asociación.
- La última alegación de las recurrentes se refiere a la **falta de motivación de la Orden de Investigación** que, siempre según la interpretación de las recurrentes, no contiene mención alguna de datos fácticos concretos, evaluables y contrastables, que permitan motivar de forma suficiente una medida restrictiva de derechos como es la inspección amparada en la Orden de Investigación que se recurre.

En su informe, emitido el 9 de enero de 2013, la DI propone la desestimación del recurso de 22 de enero de 2013, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de las empresas recurrentes.

Si bien las recurrentes no identifican expresamente – ni en su escrito de recurso inicial ni en sus alegaciones posteriores- los motivos en los que basan su recurso con la indefensión o el perjuicio irreparable previstos en el artículo 47 de la LDC como causa de impugnación de los actos de la DI, resulta posible analizar la alegación relativa a la violación del secreto de las comunicaciones abogado-cliente -que las propias recurrentes califican como manifestación del derecho de defensa- desde la perspectiva de la indefensión, y examinar el resto de alegaciones como posible causa de perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de las empresas inspeccionadas.

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

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece que serán recurribles ante el Consejo de la CNC *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan (...)*

perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos". A este respecto cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable "aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración" (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Como se ha advertido, aunque las recurrentes no alegan expresamente en su recurso o alegaciones la concurrencia de tal perjuicio irreparable derivado de la actividad de inspección desarrollada en sus sedes, cabe analizar tres de sus alegaciones desde esta perspectiva, para valorar si se ha podido producir un perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos de las mismas que motivara la estimación del recurso.

En este sentido las alegaciones referidas a la supuesta nulidad de la entrada y registro en las sedes de las empresas recurrentes por diversos motivos (consentimiento viciado, ausencia de orden judicial, extralimitación de la actuación respecto de lo previsto en la Orden de Investigación o ausencia de motivación de la misma) podrían suponer una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, protegido en el apartado 2 del artículo 18 de la Constitución.

De igual modo las alegaciones referidas a intervenciones de teléfono móvil y de comunicaciones de correo electrónico no autorizadas por la Orden de Investigación podrían afectar a la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, regulado en el apartado 3 del mismo artículo 18 del texto constitucional.

A continuación se examinan las distintas alegaciones presentadas por las recurrentes para verificar si se ha producido el perjuicio irreparable a sus derechos o intereses legítimos necesario para la estimación del recurso.

I. Sobre la alegada nulidad de la inspección por vicios en el consentimiento prestado y falta de motivación de la Orden de Investigación

Como es sabido, en las inspecciones domiciliarias, se deben respetar dos exigencias principales: a) la obtención del consentimiento del responsable de la empresa en cuya sede se va a realizar la actuación inspectora o, en su defecto, la disposición de la correspondiente autorización judicial, y b) que exista una habilitación legal que autorice la restricción de ese derecho fundamental regulado en el artículo 18.2 CE.

Las recurrentes discuten que se hayan respetado ambas exigencias, puesto que consideran que no hubo consentimiento válido respecto de la inspección, así como que la Orden de Investigación que la amparaba carecía de los requisitos mínimos de motivación para poder ser justificación habilitante para la inspección llevada a cabo.

Con el objetivo de alcanzar una mayor lógica expositiva, a continuación se va a dar respuesta sucesiva a las alegaciones primera y cuarta de las recurrentes.

Respecto de la alegación relativa a la **falta de consentimiento de los inspeccionados a la inspección**, este Consejo valora que los recurrentes no han

conseguido desvirtuar mediante sus alegaciones la constatación contraria que se deriva del Acta de Inspección. Efectivamente, debe recordarse que estos puntos se encuentran recogidos en el Acta de Inspección que está firmada tanto por los representantes de la CNC como por el representante de la empresa, sin salvedad alguna. En especial, los puntos 5, 12 y 16 de la misma ponen de manifiesto que, en el momento de comenzar la inspección, la empresa fue suficientemente informada del contenido de la inspección, de los poderes que la Ley otorga a los inspectores, y de la forma en que ésta se llevaría a cabo.

Asimismo, el punto 3 del Acta señala con precisión que el responsable del departamento de transportes de ARNEDO MEDINA-VALENCIA, S.A., [...], tras realizar una llamada telefónica al abogado externo de la empresa, confirmó que podría recibir las notificaciones dirigidas a la misma. Igualmente, los puntos 14 y 15 del Acta de Inspección certifican que el [...] firmó el acuse de recibo de la Orden de investigación y de la autorización para la realización de la inspección tras evacuar una segunda consulta específica sobre este aspecto con el abogado de la empresa.

El relato temporal contenido en el Acta permite verificar que el consentimiento fue prestado por la empresa con pleno conocimiento por parte de sus máximos responsables. Del mismo modo la inspección se realizó una vez presentes en la sede de la empresa sus representantes jurídicos. Así consta que a las 10:00 horas del día de la inspección los funcionarios de la CNC se personaron en la sede de las empresas recurrentes, a las 10:10 hicieron entrega al [...] de la Orden de Investigación y requirieron su consentimiento para la realización de la inspección; a las 10:17 el [...] firmó el acuse de recibo de la Orden de Investigación, así como la autorización para la inspección, todo ello tras conversar telefónicamente con el gerente de ARMESA, [...], y con el abogado de la entidad, [...]; a las 10:25 horas se personan en la sede de ARMESA el mencionado [...] y [...], como abogados externos de la empresa pertenecientes a IURISLOG; a las 10:32 el responsable de informática de ARMESA facilita a los inspectores información sobre los sistemas y aplicaciones informáticas utilizados por la empresa; finalmente a las 10:35 da comienzo material la inspección y el análisis de documentación en soporte papel y en soporte electrónico. Pocos minutos después, a las 10:40, se presenta en la sede de ARMESA [...], administrador único y gerente de ARMESA.

El relato de los hechos permite comprobar que el consentimiento fue prestado cuando la empresa había sido debidamente informada del contenido de la inspección y que dicha información alcanzó a los máximos responsables ejecutivos y jurídicos de las empresas inspeccionadas que pudieron asistir a la inspección desde su inicio.

En relación a la alegación de **existencia de vicio en el consentimiento** por no haber sido éste prestado libremente sino como fruto de la coacción derivada de ser informado de la obligación de colaboración de las empresas y de los efectos de una negativa u obstrucción de la función inspectora, hay que recordar que, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este Consejo, “que se le informe sobre las consecuencias acerca de una posible obstrucción a la labor inspectora, tal y como es dispuesto por la

ley, no puede considerarse más que como un hecho periférico que carece de suficiente entidad para invalidar el consentimiento” (Resolución de 2 de julio de 2010, Expte. R/0046/10 TRASMEDITERRÁNEA).

Tal como ha señalado el Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de diciembre de 2007 y, en idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2008), no existe violación del art. 18.2 de la Constitución en supuestos en los que el responsable de la empresa franquea voluntariamente el acceso a las dependencias al personal de la Administración competente para inspeccionar y firma todas las diligencias que reflejan las actuaciones desarrolladas, sin reserva alguna, considerándose que tal conducta es incompatible con un eventual consentimiento viciado.

Hay que precisar que en este caso la inspección se extendió al día siguiente a aquel en el que se había iniciado, firmándose el Acta, por tanto, muchas horas después de que el servicio jurídico de la empresa hubiera accedido a la lectura y estudio tanto de la Orden de Investigación como del acuse de recibo firmado por el representante de la empresa, y sin que pese a ello se solicitara por los responsables de la misma la inclusión de salvedad o reserva alguna en el Acta en relación a la validez del consentimiento prestado.

Este Consejo, por tanto, coincide con la DI en la consideración de que sí existió en este caso el necesario consentimiento libre, expreso, inequívoco e indubitado del responsable del local objeto de inspección.

En relación a la segunda exigencia principal que debe respetar la inspección domiciliaria, la existencia de habilitación legal que la autorice, las recurrentes precisamente alegan **falta de motivación suficiente de la Orden de Investigación**.

Tampoco en este extremo pueden compartirse las argumentaciones de las recurrentes. El ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique, conforme al artículo 13.3 del RDC, *“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*. En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: *“4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia”*.

La Jurisprudencia comunitaria ha detallado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados *“objeto y finalidad de Inspección”* que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, France Télécom S.A., asunto T-339/04 señala lo siguiente:

- 58. *La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).*

- 59. *Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).*

- 60. *Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección [...].”*

Tal doctrina es recogida por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta), que en Sentencia de 20 de julio de 2011, al resolver un supuesto de hecho análogo al que aquí se analiza, concluye que: “En este caso la orden de investigación permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Así además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a “determinada información” según la cual determinadas empresas habrían podido incurrir en “posibles” prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para

clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional y que, por lo tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si estos acuerdos se han llevado a la práctica. Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección.”

Asimismo, la Audiencia Nacional (vid. Sentencia de 20 de julio de 2011, antes citada) y la jurisprudencia comunitaria diferencian los casos en los que la inspección se realiza en el marco de un procedimiento incoado frente a los supuestos en los que el ámbito de una información reservada con el fin, precisamente, de determinar si concurren las circunstancias que justifican la incoación del expediente sancionador. En este segundo contexto, no se dispone de una información muy precisa y justamente por ello se inicia la información reservada, lo cual tiene efectos sobre el alcance de la obligación de motivar las órdenes de inspección. Tal como señala el TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 apartado 40 *“el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36).”*

En el caso de la inspección de las sedes de las recurrentes, la Orden de Investigación no se limita a transcribir el artículo 1 de la LDC sino que circunscribe su investigación a las prácticas descritas en las letras a) y c) de dicho precepto (fijación de precios, así como otras condiciones comerciales o de servicio y reparto de mercado) y las concreta en un sector económico determinado. Efectivamente, la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 indicaba literalmente que *“Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado del transporte frigorífico de mercancías por carretera consistentes en la fijación de precios y de otras condiciones comerciales y de servicio, así como el reparto del mercado del transporte frigorífico de mercancías por carretera en la totalidad del territorio español.”* Más precisamente, la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 indica que *“La CNC dispone de información según la cual diversas empresas españolas de transporte frigorífico de mercancías por carretera*

junto con las asociaciones sectoriales habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en este mercado al adoptar acuerdos cuyo objeto sería la fijación de precios, condiciones comerciales así como en el reparto del mercado del transporte frigorífico de mercancías por carretera en el territorio nacional. A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado español de transporte frigorífico de mercancías por carretera. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica.”

Este Consejo, por lo tanto, considera que la inspección ahora recurrida se realizó al amparo de una Orden de Investigación que cumple con los requisitos del artículo 13.3 del RDC al concretarse en la misma el objeto, la finalidad y el alcance de tal inspección.

Finalmente, sobre la alegada contradicción entre el art. 40.2 *in fine* y el 40.3, ambos de la LDC, en cuanto que el primero prevé la necesidad de consentimiento expreso del afectado por la inspección o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial, mientras que el segundo establece la obligación de las empresas de someterse a las inspecciones, excede evidentemente del objeto de este recurso entrar a analizar tal alegación. No obstante, cabe recordar en este contexto las consideraciones formuladas por la Audiencia Nacional en su sentencia de 25 de enero de 2012: *“la recurrente entiende que procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto de determinados preceptos –artículos 40.1, 40.2 a) y b) y 49.2 de la Ley 15/2007–, todos ellos relativos a las facultades de entrada y registro de los funcionarios de la CNC”. Considera sin embargo la AN –citando jurisprudencia del TC (SSTC 11/1981, 10/2002 y 135/2006)- que, en lo que respecta a tales preceptos “en ningún caso puede entenderse como un desarrollo de la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental contenido en el artículo 18 de la Constitución. No afecta por ello a la materia regulada por los preceptos citados la reserva de Ley Orgánica, ya que solo contienen una habilitación a determinados funcionarios para ejercer facultades de entrada y registro en domicilio ya reconocidas por el ordenamiento jurídico, y sometidas al control y autorización judicial en garantía del derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución. No albergamos, a la vista de la jurisprudencia constitucional, duda sobre la constitucional de los citados preceptos, por lo que procede denegar el planteamiento de la cuestión”.*

II. Sobre la pretendida extralimitación de la actuación inspectora

Una vez establecido que la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 legitimaba a los funcionarios de la DI a llevar a cabo la inspección realizada en la sede de las recurrentes los días 11 y 12 de diciembre, y que la misma se llevó a cabo con el consentimiento del responsable de las empresas afectadas, procede analizar si, como alegan las recurrentes, se produjo una extralimitación de la actuación inspectora

respecto de lo previsto en la Orden de Investigación que pueda suponer perjuicio irreparable para las recurrentes en sus derechos o intereses legítimos.

Las recurrentes argumentan que el equipo de inspección recabó archivos relativos a la Asociación Española de Empresarios de Transporte Bajo Temperatura Dirigida (ATFRIE), entidad no mencionada en la Orden de Investigación, así como información de mercantiles ajenas al sector investigado (ARNEDO LLIN, S.L.), y documentos privados relativos a la salud del administrador único de las recurrentes. Igualmente, se alega que la intervención de móvil y de comunicaciones de correo electrónico de [...] no estaba autorizada por la Orden de Investigación.

Respecto a los documentos de ATFRIE, las alegaciones de los recurrentes no expresan claramente cuál sería el derecho o interés legítimo perjudicado que justificaría el presente recurso. Si se trata de derechos o intereses legítimos de ATFRIE o de los [...], no corresponde a los actuales recurrentes la representación de los mismos, que debería ser ejercida por los propios perjudicados o sus representantes legales.

Si el presunto perjuicio corresponde a derechos o intereses legítimos de las recurrentes (las empresas ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L.) ni el recurso ni las alegaciones expresan claramente cuáles son los derechos o intereses concretos que resultan afectados. Los documentos se encontraban en la sede de las empresas inspeccionadas y se referían a las prácticas y mercado investigados, siendo entregados voluntariamente por las personas vinculadas a la empresa ARNEDO MEDINA-VALENCIA y con despacho físico en la misma. Se trata de [...], con funciones de Director Comercial reconocidas por la empresa investigada (pese a no figurar en el organigrama de la empresa ni constar en nómina), y el [...], asesor jurídico de la empresa. Estas personas son, a su vez el Presidente y el antiguo Secretario general y actual responsable del Área Jurídica, Asuntos Legales y Relaciones Institucionales de ATFRIE, respectivamente. Esta doble condición (miembros de ATFRIE y empleados de ARNEDO MEDINA-VALENCIA) puede explicar que información relativa a ATFRIE se encontrara en la sede de la empresa inspeccionada, pese a no ser sede de ATFRIE. Tal y como consta en el Acta, el equipo inspector que desarrollaba la inspección en Madrid, al tener noticia de la existencia de documentos de ATFRIE en las sede de las recurrentes en Valencia, solicitó al [...] que proporcionara al equipo inspector la información disponible en las instalaciones inspeccionadas. El [...], efectivamente, hizo entrega voluntariamente de diversa documentación sobre ATFRIE que se encontraba en un armario de su despacho en la sede de ARNEDO MEDINA-VALENCIA, S.A. Asimismo, consta en el Acta que se solicitó expresamente autorización para verificar la existencia de más información en las instalaciones inspeccionadas en Valencia, relacionada con la solicitada por el equipo que estaba realizando la investigación de la Asociación en Madrid, consintiendo a ello el [...] (vid. puntos 38 y 40 del Acta).

Según se desprende de la lectura del Acta de Inspección, mientras duró la búsqueda de documentación y la realización de copias, estuvo siempre presente, junto con los inspectores de la CNC, el personal de la empresa. Tanto el representante de las

empresas inspeccionadas como sus abogados externos pudieron realizar en todo momento, tal como se constata en el Acta, observaciones en relación con los documentos que podrían estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente o pertenecer a la esfera privada de los empleados y no ser, en consecuencia, adecuada su copia. En este sentido, es preciso subrayar que, tal y como recogen los puntos 58 a 60 del Acta de Inspección, tanto el administrador único y gerente como el abogado de la empresa tuvieron conocimiento de los documentos, en formato impreso y electrónico, recabados en el curso de la inspección, e identificaron aquellos que consideraban protegidos por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente, por lo que, tras un somero análisis por el equipo de inspección, éste decidió no incorporar dichos documentos a la información recabada en la inspección (punto 42 del Acta). No hubo precisiones en el mismo sentido respecto de información de carácter personal o afectante a la intimidad. Al finalizar las actividades de inspección, quedó en poder de la empresa la relación completa de documentos recabados en el curso de la misma, tanto en formato papel como en formato electrónico (vid. puntos 65 a 67 del Acta).

El artículo 42 LDC permite solicitar, en cualquier momento del procedimiento, mantener secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales. Igualmente, y como se expresa en el antecedente el punto 33 del Acta de Inspección, el administrador único y el abogado externo de la recurrentes fueron informados de que, una vez finalizada la inspección, le serían notificados por la DI los documentos recabados en la inspección que quedarían incorporados al expediente con el fin de que la empresa, en el plazo de 10 días pudiera presentar por escrito una relación individualizada y motivada de los documentos sobre los cuales se formula solicitud de confidencialidad.

A la vista de los hechos descritos este Consejo considera que la recopilación de documentación relativa a las prácticas y mercado investigados que se encontraba en la sede de la empresa inspeccionada, entregada voluntariamente por los empleados de la misma a solicitud de los inspectores, no supone perjuicio irreparable sobre los derechos e intereses legítimos de los recurrentes que pueda motivar la estimación de su recurso.

Respecto a la intervención de móvil y de comunicaciones de correo electrónico de [...], se alega por las recurrentes que la misma no estaba autorizada por la Orden de Investigación pero nuevamente no se expresa claramente cuál sería el derecho o interés legítimo perjudicado que justificaría el presente recurso. Si se trata de derechos o intereses legítimos de [...], no corresponde a los actuales recurrentes la representación de los mismos, que debería ser ejercida por el propio perjudicado o sus representantes legales.

Por el contrario si puede verificarse en el presente recurso si dichas actuaciones suponen algún perjuicio sobre los derechos o intereses legítimos las empresas ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., en particular su derecho al secreto de las comunicaciones, protegido por el apartado 3 del artículo 18 de la Constitución.

La Orden de Investigación incluía la inspección de agendas y ordenadores de los miembros de la empresa. Tanto en los ordenadores de la empresa como en las agendas puede encontrarse mezclada información comercial y personal de los inspeccionados sin que sea fácil, a simple vista, deslindarla, ni siquiera para el propio interesado, tal como se refleja en el punto 62 del Acta. Dada la naturaleza ilícita de las presuntas actuaciones sobre las cuales se está llevando a cabo la investigación no resulta posible, al menos a priori, hallar ciertos datos o pruebas en archivos o legajos cuya propia denominación permita identificar su contenido fácilmente.

Por tanto, no resulta una extralimitación de los poderes de los inspectores de la CNC la autorizada revisión de ordenadores personales y agendas, puesto que éstos son instrumentos de trabajo de los miembros de la plantilla. Es cierto que puede darse el caso de que esa información se encuentre mezclada con información personal, pero en este caso, la mera inspección no supone la violación del derecho a la intimidad.

Asimismo debe destacarse que durante la inspección el personal de la empresa o sus representantes legales tienen siempre la ocasión de señalar aquello que es estrictamente personal y que, en consecuencia, no deba ser recogido, al efecto de que los inspectores valoren si tal solicitud debe ser atendida, no habiéndose producido tal solicitud en este caso (véase puntos 62 y 63 del Acta). Asimismo la oportunidad de señalar dicha documentación de carácter personal también existe posteriormente descontando, además, que la DI, de oficio, procederá a la devolución y eliminación de las copias de todo aquello que no tenga relación con el objeto de la investigación.

Respecto de la alegación de las recurrentes relativa a que la intervención de móvil y de comunicaciones de correo electrónico no estaba autorizada por la Orden de Investigación, la lectura de la misma pone de manifiesto que ésta autorizaba la inspección de las agendas electrónicas de los miembros de la empresa, así como de los archivos informáticos y ordenadores personales. Asimismo, el artículo 40.2 letra b) de la LDC prevé como facultades de inspección la de verificar los libros y *otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material*. Tal como se refleja en el Acta (puntos 54 a 56), [...] facilitó voluntariamente al equipo inspector el acceso a dos cuentas de correo electrónico distintas de la cuenta de la empresa, para permitirles verificar que no eran usadas para fines vinculados al objeto de la investigación. Finalmente, el Acta de Inspección refleja que el teléfono móvil de [...] fue empleado en su condición de terminal que posibilitaba el acceso a las cuentas de correo electrónico diferentes a la cuenta de la empresa y a los solos efectos de constatar el uso dado a las mismas, dado que tales cuentas estaban sincronizadas con el terminal móvil. Más allá de la constatación del uso no vinculado al objeto de la investigación de las cuentas de correo citadas, no se realizó copia de archivo digital alguno.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación de la información recabada durante la inspección y cuya destrucción las recurrentes solicitan, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además,

sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 y la subsiguiente inspección, en las que se fundamenta el presente recurso, hayan causado perjuicio irreparable a los derechos de ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y de ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L.

TERCERO. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.- Ausencia de indefensión en relación a la alegada violación del secreto de las comunicaciones abogado-cliente

Las recurrentes alegan que en la inspección se habrían recabado archivos y documentos pertenecientes al despacho profesional del asesor jurídico de las mercantiles, URISLOG, que constituyen comunicaciones entre el administrador único de las empresas, [...], el presidente de ATFRIE, con oficina en la sede de las empresas y que realiza funciones de Director Comercial de éstas, [...], y el propio abogado de las recurrentes, [...], que cuenta con despacho profesional en la sede de las mismas.

El Acta de Inspección (punto 19) indica que los abogados de ARNEDO MEDINA-VALENCIA, S.A., [...] y [...], que se califican a sí mismos como externos y pertenecientes a la empresa IURISLOG, disponen de despacho en el edificio de oficinas de ARNEDO MEDINA-VALENCIA, aunque tal despacho declaran que pertenece a IURISLOG. No obstante, se da la circunstancia de que precisamente en el despacho del [...] se ubica la puerta que da acceso al Archivo de la empresa ARNEDO MEDINA-VALENCIA, S.A., como constataron los inspectores durante el curso de la inspección (punto 43 del Acta de Inspección).

También el Acta de Inspección (puntos 41 y 42) certifica que [...] señaló al equipo de inspectores “la existencia de gran cantidad de información que podría estar amparada por la confidencialidad abogado-cliente” y que podría encontrarse en el despacho de URISLOG ubicado en la sede de las empresas ahora recurrentes. Sin embargo, el [...] solo logró identificar seis archivos individualizados como susceptibles de protección por la confidencialidad abogado-cliente. Tras una somera lectura de los mismos por el jefe del equipo, no se procede a su copia. A su vez, tanto en la inspección del despacho de [...] como en la del despacho de [...], realizadas ambas en presencia del primero y del abogado externo de las recurrentes, se manifestó expresamente por parte de estos la inexistencia de documentos relacionados con las comunicaciones abogado-cliente (puntos 62 y 63 del Acta).

Las recurrentes, por tanto, durante la inspección tuvieron en todo momento la oportunidad de identificar los documentos que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente, y en la ocasión en el que así lo hicieron tales documentos no fueron copiados. A su vez, ni el recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2012 ni las alegaciones posteriores de 22 de febrero de 2013 contienen indicación alguna sobre qué concretos documentos pudieran estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la forma de hacer valer la protección que el ordenamiento jurídico reconoce a la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y sus clientes y ha señalado que *“en el curso de esa actuación inspectora realizada en [...], 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. Como igualmente debe señalarse que el desarrollo argumental del segundo motivo de casación realiza extensas exposiciones sobre las razones por las que la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente forma parte del derecho de defensa y sobre sus apoyos normativos y jurisprudenciales, pero no hace referencia a que esa protección fuera reclamada bien en el acto de la inspección, bien posteriormente, respecto de concretas comunicaciones abogado-cliente”* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 27 de abril de 2012).

La Audiencia Nacional, en sentencia de 25 de enero de 2012, ha precisado: *“Y en el presente caso la actuación material administrativa en el registro, se ha ajustado al ámbito delimitado por el Auto, por lo que no puede apreciarse vulneración de tal derecho [artículo 18.2 de la Constitución]. Y ello es así, cuando ni en la demanda se concreta extralimitación alguna respecto de documentos concretos, ni se nos especifica por la actora los que, siendo objeto del registro, no guardan relación con el objeto de la investigación o afectan a la intimidad o el secreto de comunicación cliente abogado”*.

También la Audiencia Nacional, en sentencia de 7 de febrero de 2012 ha señalado que *“Y en relación con la también pretendida extralimitación y/o desproporción con la referencia a la incautación masiva de las comunicaciones electrónicas la Sala comparte las apreciaciones de la [CNC] cuando manifiesta que la protección de la*

confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que un determinado documento se encuentre protegido. Lo contrario llevaría a la absurda conclusión de que el silencio de la entidad inspeccionada, sin advertir del carácter confidencial de ciertos documentos, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección. Pues bien, durante su actuación la Dirección de Investigación, como ya decíamos, se procedió de forma selectiva y se procedió también a la declaración de confidencialidad de la documentación recabada, sin que la recurrente haya solicitado en ningún momento la devolución de documentación que dice amparada en el secreto invocado. Consta, en efecto, en las Actas de Inspección el filtrado y selección previa de los documentos incautados, sin que la parte actora, se insiste, haya alegado en algún momento que determinado documento concreto guardaba relación con la pretendida vulneración del derecho a la intimidad lo que, de por sí, impide que prospere también este último motivo de recurso.”

Asimismo, la Audiencia Nacional, en relación a la determinación de si se ha producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente (como integrante del derecho fundamental de defensa), razona que *“Para que se entienda producida la violación de este precepto es necesario por tanto, con base tanto en la jurisprudencia constitucional como en la comunitaria, que haya tenido lugar alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión [...] La Sala considera que recae sobre el inspeccionado en este caso recurrente la carga de acreditar la alegada circunstancia de que la documentación incautada está protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente, sin que la sola mención del nombre de un despacho de abogados en un documento o una referencia a asesoría sea suficiente para tener por probada dicha circunstancia. Si se ha respetado, como es el caso, la facultad de identificar dichos documentos, y además se ha tratado de forma confidencial parte de la documentación, no puede entenderse infringido el derecho a la confidencialidad de las relaciones del cliente con su abogado con fundamento en una mera alegación genérica no puede concluirse, en ausencia de pruebas, que la Administración se ha extralimitado al copiar documentos que reflejan la comunicación del abogado externo con su cliente”* (Sentencia de 26 de septiembre de 2011).

En nuestra jurisprudencia, el derecho fundamental contenido en el artículo 24 CE está configurado como un derecho que no puede alegarse en abstracto, sino que debe considerarse su lesión cuando de manera efectiva y real se ha producido, y no en un supuesto hipotético, abstracto, o simplemente posible. Como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, *“la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho a la defensa de la parte”* y que *“no se da indefensión cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”* (SSTC 71/1984 y 64/1986).

La discusión debería producirse, por tanto, sobre la concreta documentación que las recurrentes, consideran fuera del objeto de la inspección por su vinculación al secreto de las comunicaciones abogado-cliente. Alegación y reclamación de documentos que la empresa tuvo oportunidad de realizar ya durante la inspección y que fue atendida,

según consta en Acta, cuando se produjo sobre documentos concretos. El Acta recoge que en todo momento se realizaron las actividades inspectoras en presencia del representante, su abogado y/o personal de la empresa.

Este Consejo estima, por tanto, que no puede entenderse vulnerado el derecho a la defensa de la empresa del artículo 24.2 de la Constitución por cuanto en el curso de la inspección, tal como se desprende del Acta, se prestó una especial atención para evitar la copia de aquella documentación que pudiera estar amparada por la confidencialidad abogado cliente.

Por lo que se refiere a la solicitud de destrucción de la documentación, por tanto, no se estima procedente. Por una parte, la DI procederá, tras su análisis, a la devolución de los documentos que no considere relevantes para la investigación, sin perjuicio de que la empresa pueda remitir a la CNC un listado con dichos documentos. En todo caso, la DI devolverá toda la información protegida por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

A ello hay que añadir que, como consta en el punto 32 del Acta de Inspección, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 LDC se informó a la empresa de que, una vez que la DI le notificara qué documentos quedarían incorporados al expediente, la empresa deberá en su caso, y en el plazo de 10 días, presentar un escrito relacionando de forma individualizada y motivada aquellos documentos que se consideren confidenciales, adjuntando, en su caso, una versión censurada de los mismos, añadiendo que en el caso de no presentar este escrito, la documentación quedaría incorporada al expediente.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 y la subsiguiente inspección ocasionen indefensión a ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y de ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L.

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

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., contra la Orden de Investigación de 29 de noviembre de 2012 que ordenaba la inspección realizada en las mercantiles ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. y de ARBA SERVICE LOGISTIC, S.L., y contra la subsiguiente inspección durante los días 11 y 12 de diciembre de 2012, en el ámbito de las diligencias previas DP/0036/12.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, 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 su notificación.