

## RESOLUCIÓN

**Expte. R/AJ/078/20, SANTA LUCÍA**

**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

### Presidenta

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

### Consejeros

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

### Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de diciembre 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 en el expediente R/AJ/078/20, SANTA LUCÍA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SANTA LUCÍA, S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra la actuación de la Dirección de Competencia durante la inspección de la sede de dicha empresa.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de diciembre de 2019, se notificó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) la operación de concentración económica consistente en la toma del control exclusivo de FUNESPAÑA, S.A. (**FUNESPAÑA**) por parte de SANTA LUCÍA, S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (**SANTA LUCÍA**), a través de New Norrskén Consulting, S.L.U. (NNC), empresa en la que SANTA LUCÍA tendrá un 75% de las acciones y FUNESPAÑA un 25% (**Expte. C/1086/19 SANTA LUCÍA/FUNESPAÑA**).
2. Con fecha 27 de febrero de 2020, en el ámbito de dicho expediente, se adoptó por el Consejo de la CNMC resolución en primera fase, acordando iniciar la

segunda fase del procedimiento, conforme al artículo 57.2.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), para valorar los posibles obstáculos que plantea la operación de concentración.

3. Durante la instrucción del expediente de control de concentraciones mencionado, la Dirección de Competencia (**DC**) tuvo acceso a determinada información relacionada con las citadas empresas que podrían constituir posibles infracciones de la LDC.

Por ello, de acuerdo con el artículo 49.2 de la LDC, la DC inició una información reservada bajo la referencia DP/025/20 SANTA LUCÍA-MAPFRE, para verificar la existencia y alcance las posibles conductas infractoras.

4. Entre los días 8 y 10 de septiembre de 2020, se llevaron a cabo inspecciones en la sede de SANTA LUCÍA. Constan en el expediente la orden de investigación firmada por la DC y la correspondiente autorización judicial (Auto número 278/2020) (folios 107 a 111 y 179 a 188, respectivamente).
5. Con fecha 22 de septiembre de 2020, SANTA LUCÍA interpuso, de conformidad con el artículo 47 de la LDC, recurso administrativo contra la inspección realizada en su sede (folios 1 a 59).
6. En el escrito de recurso, la citada entidad también solicitó, sobre la base del artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**) determinadas medidas cautelares consistentes en i) que se devolvieran los documentos incautados que entendía que no formaban parte del objeto de la investigación y, ii) que ningún funcionario de la CNMC que participara en la instrucción de la concentración C/1086/19 SANTA LUCÍA/FUNESPAÑA, tuviera acceso a dicha información.

La solicitud de medidas cautelares fue denegada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC mediante Resolución de 13 de octubre de 2020 (folios 60 a 70).

7. El 14 de octubre de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por SANTA LUCÍA.
8. Con fecha 19 de octubre de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del presente recurso (folios 88 a 106).

9. Con fecha 20 de octubre de 2020, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de SANTA LUCÍA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
10. El día 16 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de SANTA LUCÍA (folios 151 a 173).
11. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 22 de diciembre de 2020.
12. Es interesada en este expediente de recurso SANTA LUCÍA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (SANTA LUCÍA).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE.**

El presente recurso se promueve contra las actuaciones llevadas a cabo por la DC durante la inspección de la sede de SANTA LUCÍA que tuvo lugar entre el 8 y el 10 de septiembre de 2020.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, disponiendo que "*[l]as 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*".

SANTA LUCÍA basa su pretensión en la consideración de que la actuación de los inspectores de la DC durante la inspección a su sede puede encuadrarse dentro del concepto de vía de hecho, toda vez que según considera i) se ha incautado información que se encuentra fuera del ámbito autorizado; ii) se ha incautado información protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente; iii) se ha vulnerado el derecho a la asistencia jurídica y a la protección de los derechos de SANTA LUCÍA durante la inspección al no permitirse a sus abogados ver las pantallas de los ordenadores en los que se realizaba la selección de la documentación ni estar presentes en la sala en la que se efectuaba el cribado de la documentación.

Por todo ello, considera que la actuación de la DC, en lo que excedió al objeto de la inspección delimitado en el Auto Judicial, carece de cobertura legal y vulneró

derechos fundamentales de SANTA LUCÍA. Solicita al Consejo de la CNMC que declare la inspección nula de pleno derecho y ordene a la DC la devolución de los documentos ajenos al ámbito de la inspección, así como de aquellos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 19 de octubre de 2020, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que la actuación de la DC durante la inspección de la sede de SANTA LUCÍA que tuvo lugar durante los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2020 no es susceptible de causar a la recurrente indefensión ni perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En su escrito de **alegaciones al informe de la DC**, formulado tras el acceso al expediente, SANTA LUCÍA reitera los argumentos ya expuestos en su recurso y, además, reprocha a la DC que en su informe no motive con la suficiencia necesaria los motivos de rechazo de sus pretensiones.

## **SEGUNDO.- SOBRE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 47 DE LA LDC.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por SANTA LUCÍA supone verificar si la orden de investigación y la subsiguiente actuación inspectora recurridas han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

### **2.1. AUSENCIA DE INDEFENSIÓN**

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, nunca potencial o abstracta. Esto es, una indefensión material<sup>1</sup>. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por SANTA LUCÍA se ha producido y, de haberse

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

producido, si ha dado lugar a una indefensión material en el sentido que acabamos de exponer.

SANTA LUCÍA alega que la actuación de la DC puede encuadrarse dentro del concepto de “vía de hecho”, dado que la copia y retirada tanto de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente como de aquéllos que exceden del objeto de la investigación y la restricción de la asistencia jurídica o la participación de la empresa en la inspección constituyen una actuación que carece de cobertura formal, al encontrarse al margen de la Orden de investigación y del perímetro de la actuación administrativa delimitado por el Auto judicial.

Esta Sala, sin embargo, considera que la actuación inspectora de la DC fue proporcionada y ajustada a Derecho por las razones que se exponen a continuación.

### **2.1.1. SOBRE LA COPIA, RETIRADA E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN DE LA SEDE DE SANTA LUCÍA QUE SE ENCUENTRA FUERA DEL ÁMBITO AUTORIZADO (ANEXO Nº 3 DEL RECURSO)**

SANTA LUCÍA indica que los inspectores copiaron 8.042 familias de correos electrónicos que no contienen ninguna de las palabras clave supuestamente utilizadas para identificar los documentos potencialmente relevantes para el objeto de la investigación, y que viene recogido en el Anexo 3 del escrito del recurso desagregándose la información para cada uno de los inspeccionados.

En relación con esta cuestión, debe destacarse que la relación de palabras significativas no es el único criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNMC ni recoge todas las palabras empleadas. En el Acta de Inspección ya se señaló que la relación de palabras significativas utilizadas servía de apoyo a la selección de información al constituir un instrumento de ayuda para ello pero que no constituía el único criterio de búsqueda o selección (apartados 43 y 149)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “En el caso de la información en soporte digital, identificada como resultado de esta primera selección, será copiada y trasladada a los equipos informáticos del equipo inspector donde será objeto de sucesivas fases de filtrado mediante la inspección visual del mismo por los inspectores y, eventualmente, mediante la ayuda de otros criterios adicionales de búsqueda basados en el uso de palabras significativas. Se comunica a la empresa que le será facilitada al finalizar la inspección la relación de palabras significativas utilizadas como apoyo a la selección de información y que dicha relación constituye un instrumento de ayuda al proceso de análisis y

Por tanto, incluso aunque la documentación controvertida no contenga las palabras clave relacionadas, ello no significa que se trate de información que no está relacionada con el objeto de la investigación.

No se puede pretender que la aplicación de las palabras clave y la revisión inspectora sean técnicas infalibles que garanticen que únicamente se recaban documentos relacionados con la investigación, aunque sea esto lo que se persiga. Considerar lo contrario convertiría las inspecciones en un proceso de duración inasumible, tal y como ya han reconocido los Tribunales<sup>3</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>4</sup> ha reiterado que si bien el registro debe restringirse al objeto de la investigación, no puede exigirse ni que éste ni que la requisita de documentación se realicen con tal minuciosidad que, en el momento de la inspección, resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues esta pretensión convertiría al registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz. Añade que lo que se requiere es que ambos se encaminen al objeto de la investigación y se realicen de forma proporcionada.

Sobre la proporcionalidad de la búsqueda, el Tribunal Supremo<sup>5</sup> señala que será proporcionada cuando se utilicen criterios específicos y razonados que no den lugar a la copia masiva e indiscriminada de documentación.

Conviene destacar, además, que de los 147.271 correos electrónicos recabados por la CNMC tras una primera selección realizada en los equipos informáticos inspeccionados a los que se refiere la recurrente en su escrito, finalmente fueron recabados únicamente 39.628 correos electrónicos, por lo que la afirmación de que se realizó una retirada masiva e indiscriminada de correos electrónicos, tras eliminar un 73% de la información inicialmente copiada, no es compartida por esta Sala.

En todo caso, cabe constatar que no es posible apreciar la indefensión material alegada por la recurrente toda vez que el análisis de la citada información todavía

---

*selección de información, que por lo tanto no determina por sí mismo el único criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNMC.”*

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, R/113/2013 Honda Motor Europe Limited.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, R/113/2013 Honda Motor Europe Limited.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015, R 1292/12, TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA.

no ha finalizado y no puede descartarse que haya documentación recabada que finalmente no se incorpore al expediente.

Todo ello, teniendo en cuenta que la CNMC garantiza el correcto uso de la información recabada en la inspección, entre otros motivos, porque se trata de una información reservada y, en caso de concretarse finalmente la incoación de un expediente sancionador, sobre los interesados en el mismo pesaría el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

### **2.1.2. SOBRE LA DOCUMENTACIÓN PROTEGIDA POR EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE**

#### **A) Sobre la incautación de documentación protegida por el secreto abogado-cliente**

SANTA LUCÍA sostiene que no resulta aplicable la jurisprudencia de la Unión Europea (aunque luego recurra a ella en relación con el perjuicio irreparable que le supone el mero acceso a un documento protegido por el privilegio legal o ajeno al objeto de la investigación, como se verá más adelante) dado que no cabe distinguir entre el régimen aplicable a los abogados internos y a los externos ya que, según señala, si están colegiados ambos están sometidos a idénticas obligaciones y realizan la misma función con la misma independencia profesional.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo<sup>6</sup> ha establecido que para que haya indefensión es necesario que se haya producido alguna actuación u omisión administrativa en relación con la información abogado-cliente, lo que no ha sido concretado por la recurrente dado que no ha tenido lugar.

El Tribunal Constitucional<sup>7</sup> ha manifestado que los Estados miembros deben aplicar el concepto europeo de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente en el marco del Derecho de la Competencia.

En este sentido, los tribunales europeos<sup>8</sup> han venido estableciendo que los documentos protegidos por la confidencialidad de las relaciones entre un abogado y su cliente deben haber sido específicamente elaborados para transmitirlos al

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio, R/2829/2011, STANPA.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio (recurso de amparo 587/1992).

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2007 (TJCE 2007, 375), recaída en el asunto T-253/03 Akzo, apartados 76 y ss, como la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión (155/79).

abogado y solicitar su consejo. Cabe destacar la negativa del TJUE<sup>9</sup> a extender la prerrogativa de privilegio legal a las comunicaciones de la empresa con el abogado interno, debido al menor grado de independencia de éste respecto a su cliente-empresario, aunque el abogado esté colegiado como letrado en ejercicio<sup>10</sup>. Los tribunales españoles<sup>11</sup> se han manifestado en el mismo sentido, confirmando que las comunicaciones del abogado interno no se hallan protegidas por la confidencialidad cliente-abogado externo.

La jurisprudencia europea<sup>12</sup> también reconoce que la mera invocación por la empresa de la confidencialidad de un documento no es suficiente para dotarle de la protección al efecto pues debe probar que concurre tal circunstancia, precisando quién es su autor, su destinatario, las responsabilidades de ambos, y su finalidad<sup>13</sup>.

Por otro lado, el Consejo de la extinta CNC<sup>14</sup>, señaló al respecto que la ausencia de esta diligencia por parte de la empresa inspeccionada tendría consecuencias perjudiciales tanto para la efectiva protección del derecho de defensa como para la eficacia de la persecución de las conductas restrictivas de la libre competencia en el mercado.

De este modo, la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige un comportamiento activo de la empresa, ya que sostener lo contrario, además de contravenir la jurisprudencia europea llevaría al absurdo de hacer más favorable a la empresa el silencio que la diligencia, ya que permitir el acceso de la

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2010 en el caso Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros (C-550/07 P)

<sup>10</sup> Este argumento ha sido reafirmado recientemente por el TJUE en su sentencia de 4 de febrero de 2020 en los asuntos acumulados C-515/17 P y C-561/17 P (Uniwersytet Wrocławski y Polonia / Agencia Ejecutiva de Investigación).

<sup>11</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, 16 de mayo de 2018, R/345/16 FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), en conexión con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (recurso 2595 / 2014): *“Entiende la Sala, que el documento citado no se halla protegido por la confidencialidad cliente-abogado al no tratarse de la comunicación con un abogado externo ni haberse redactado el documento con el fin de pedir asesoramiento a un abogado externo”*.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2007 (TJCE 2007, 375), recaída en el asunto T-253/03 Akzo, apartados 76 y ss, como la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión (155/79).

<sup>13</sup> En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, rec. 2595 / 2014

<sup>14</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 24 de julio de 2013 Exptes. R/141/13 AOP y R/0142/13 Repsol, y de 23 de septiembre de 2013 Expte. R/0148/13 Renault.



CNMC a tales documentos, sin advertirle de su carácter confidencial, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección<sup>15</sup>.

La DC solicitó expresamente a SANTA LUCÍA al inicio de la inspección la identificación de la documentación protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Asimismo, también le indicó que descartaría la información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera ser identificada durante el transcurso del análisis de la documentación a recabar, aunque no hubiera sido identificada previamente por la empresa o sus empleados (apartados 35, 36, 37 y 38 del acta de inspección).

Durante los tres días en los que se llevó a cabo la inspección, SANTA LUCÍA tuvo la oportunidad de facilitar la identificación de aquellos documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente. Sin embargo, ni los identificó ni señaló su ubicación o alguna otra información más allá de una lista que incluía siete nombres de empresas (apartado 92 del acta de inspección), entre las que se encontraban empresas de consultoría que no prestan servicios jurídicos.

La propia recurrente reconoce en su escrito de recurso que los funcionarios de la DC actuaron durante la inspección de manera coherente con lo dispuesto en la nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la DC en materia de defensa de la competencia, requiriendo en distintas ocasiones a la empresa a localizar e identificar los documentos que pudieran gozar de dicha protección (folio 8).

Ha de tenerse en cuenta, además, que los documentos no fueron incautados sino copiados, de conformidad con el artículo 27.2.c) de la LCNMC, por lo que SANTA LUCÍA conservó el control permanente de los documentos originales, pudiendo analizar con detenimiento la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de información protegida por la confidencialidad abogado-cliente, lo que le permitió ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la inspección y durante la misma de forma independiente a la actuación del equipo inspector, tal y como ha señalado la Audiencia Nacional<sup>16</sup>.

Por otra parte, SANTA LUCÍA señala en sus alegaciones que la DC no realiza mención alguna en su informe al análisis forense realizado por KMPG de los documentos recabados durante la inspección relacionados con la confidencialidad

---

<sup>15</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 24 de julio de 2013 Exptes. R/141/13 AOP y R/0142/13 Repsol, y de 23 de septiembre de 2013 Expte. R/0148/13 Renault y Sentencias del TJCE, de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM&S y de 14 de septiembre de 2010, asunto AKZO NOBEL.

<sup>16</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 R 557/13 Renault España Comercial, S.A. y Renault España, S.S.

abogado-cliente. Dicho análisis no resulta de utilidad dado que ha utilizado los nombres de las siete firmas profesionales que asesoran habitualmente a SANTA LUCÍA, entre las que se encuentran no sólo despachos de abogados sino también determinadas empresas de servicios de consultoría que no prestan servicios de asesoramiento jurídico. Esto mismo se le indicó a la empresa en el momento de la inspección (apartado 69 del acta de inspección).

Por tanto, el equipo inspector actuó de acuerdo con lo dispuesto por la jurisprudencia aplicable, identificó, consultó con el abogado externo y eliminó la información susceptible de estar protegida por el secreto de tales comunicaciones. Además, informó que en el caso de existir información susceptible de esta protección no identificada por la empresa y no eliminada en el proceso de filtrado, se procedería, en su caso, a su devolución.

*B) Sobre la participación en la inspección de la instructora del expediente de concentración*

Finalmente, la empresa considera que el análisis de los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente no debiera ser realizado por inspectores que intervengan en la instrucción del procedimiento administrativo de la concentración C/1086/19. En concreto, SANTA LUCÍA señala que trasladó al equipo inspector la conveniencia de que la instructora de dicho expediente C/1086/19 no participase en la revisión del despacho de su abogado interno.

Cabe recordar que, según la jurisprudencia expuesta anteriormente, los documentos del abogado interno no estarían protegidos por la confidencialidad abogado-cliente.

En todo caso, la circunstancia de ser el instructor del procedimiento de concentración, lejos de suponer un inconveniente, permite llevar a cabo la inspección con mayor eficacia, toda vez que se encuentra en mejor posición para entender dicha información y decidir de forma objetiva y proporcionada con respecto a la misma.

Únicamente un conflicto de intereses podría obligar a apartar a un funcionario de la CNMC de una inspección, como ha señalado la Audiencia Nacional<sup>17</sup>, circunstancia que no se aprecia en este caso. El hecho de que el personal de la CNMC conozca la información que la recurrente considera inaccesible, no puede ser considerado, a priori, una causa de indefensión porque mientras se produce el análisis de la

---

<sup>17</sup> Sentencia de 16 de mayo de 2018 (recurso 345/2016).

documentación, la información recabada en la inspección mantiene carácter confidencial y no es incluida en el expediente público mientras no se haya sustanciado la confidencialidad de ésta.

Asimismo, cabe recordar que el personal de la CNMC está sujeto al deber de secreto de la información que conozca en el ejercicio de sus funciones, y el uso correcto de esa información queda garantizado por el artículo 43 de la LDC y los recursos administrativos y judiciales que puede presentar la citada empresa en defensa de sus intereses una vez se produzca el acto o la actuación que pudiera causar el perjuicio alegado.

### **2.1.3. SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA DE SANTA LUCÍA DURANTE LA INSPECCIÓN AL NO PERMITIRSE A SUS ABOGADOS VER LAS PANTALLAS DE LOS ORDENADORES CUANDO SE SELECCIONABA LA DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN**

SANTA LUCÍA alega que los abogados internos y externos de la empresa no pudieron comprobar que la selección de documentos de los equipos y puestos de trabajo inspeccionados se realizaba de manera proporcionada y respetando todas las garantías al impedirseles que pudieran ver la pantalla en la que se realizaba el proceso de selección los documentos, lo que le impidió identificar documentos que pudieran quedar fuera del objeto de la inspección o protegidos por el secreto profesional antes de que fueran revisados y leídos por los citados funcionarios.

En primer lugar, cabe matizar que el Interés público implícito a que se preserve la eficacia de las herramientas informáticas y método de trabajo empleados en las inspecciones debe conjugarse con el interés de las inspeccionadas a realizar un seguimiento razonable del desarrollo de la inspección que se realiza en su sede<sup>18</sup>. Ésta constituye la razón por la que se explicó detalladamente el proceso de selección de la documentación y se solicitó en todo momento la presencia de personal de la empresa y/ o sus abogados como recogen los apartados 23, 33 y 34 del acta de inspección.

Cabe señalar al respecto que no consta en el acta de inspección que la empresa solicitara al equipo inspector el visionado de las pantallas donde se realizaba el filtrado de la información. En el acta de manifestaciones que acompaña a aquélla SANTA LUCÍA únicamente indica que no se permitió a su personal ver la pantalla en la que se realizaba el proceso aun cuando los funcionarios de la CNMC no

---

<sup>18</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT; Resolución del Consejo de la CNMC de 23 de julio de 2020, Expte. R/AJ/045/20, ARCELORMITTAL

estaban empleando palabras clave para realizar búsquedas, sin que se ponga de manifiesto solicitud alguna al respecto.

Si bien fueron los funcionarios quienes accedieron en primer término a la documentación de los inspeccionados, habiéndose informado a la empresa que no podría interferir en el desarrollo de la inspección, lo que necesariamente incluye el proceso de selección de información, también es cierto que solicitaron la colaboración activa de la empresa, tal y como consta también en el acta, para identificar información que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa (apartado 35, 41, 45, 48).

En consonancia con ello, solicitada la colaboración de la empresa y de su personal para la localización e identificación de información ajena al objeto de la investigación para que dichos documentos individualizados e identificados por la empresa, en el caso de considerarse procedente, no fueran incorporados a la información inicialmente recabada, no puede entenderse vulnerado el derecho de defensa de SANTA LUCÍA por la inactividad de ésta. Pero es que, además, no consta en el acta ni solicitud ni manifestación ni incidencia alguna a este respecto por parte de los inspeccionados o sus asesores durante el curso de la inspección.

La Audiencia Nacional<sup>19</sup> ha reiterado la inexistencia de indefensión de la empresa inspeccionada por no tener acceso a las distintas herramientas utilizadas por el equipo instructor para obtener la documentación. Así lo ha reconocido cuando el equipo inspector ha facilitado a la empresa, tras la inspección, la relación de palabras significativas utilizadas como apoyo a la selección de información, copia del acta de inspección y de la información recabada por el equipo inspector.

Pues bien, el equipo inspector de la CNMC actuó de conformidad con lo señalado por los tribunales. Al explicar a la empresa el proceso de selección de la documentación le informó que, al finalizar la inspección, se le facilitaría el listado de palabras significativas utilizadas como apoyo (apartado 43 del acta de inspección). Facilitar esta información antes de finalizar la inspección pondría en riesgo el resultado de la misma en la medida que podría eliminarse información relevante antes de su análisis por el equipo inspector. De este modo, el equipo inspector facilitó a SANTA LUCÍA el listado de palabras significativas tras la inspección (apartado 149 del acta de inspección) así como copia del acta de inspección

---

<sup>19</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, 16 de mayo de 2018, R/345/16 FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN).

(apartado 152) y copia de la información recabada, en soporte papel (apartado 141) y en formato digital (apartado 145).

#### **2.1.4. SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA DE SANTA LUCÍA AL NO PERMITIRSE EL ACCESO A LA SALA DONDE SE REALIZÓ EL PROCESO DE FILTRADO Y SELECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN INICIALMENTE RECABADA**

SANTA LUCÍA alega que no se permitió a los representantes de la empresa estar presentes durante el proceso de filtrado de la documentación recabada, lo que le habría permitido identificar con mayor seguridad los documentos que se encontraban fuera del objeto de investigación o protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente.

En el momento en el que se hizo entrega a la empresa de la Orden de investigación y del Auto judicial, se le indicó que podía ser asistida en cualquier momento por letrado, ya fuera interno o externo, de forma directa (es decir, contando con su presencia) o a través de teléfono (párrafo 11 del acta de inspección). De hecho, el Director de la asesoría jurídica de la empresa estuvo presente desde el principio de la inspección (párrafo 5 del acta de inspección) y tan sólo una hora después se incorporó el abogado externo de SANTA LUCÍA (párrafo 30 del acta de inspección).

Pero, además, el jefe de los inspectores indicó a SANTA LUCÍA que los representantes de la empresa podían acceder y permanecer en la sala de trabajo facilitada por la empresa, si bien no podrían interferir en el trabajo de los inspectores (apartado 23 del acta de inspección). Sin embargo, no consta en el acta de inspección ni en el de manifestaciones, que los representantes de la empresa manifestaran su deseo de estar presentes en la Sala y se les negara dicha opción.

Esta Sala no aprecia que exista una relación de causa efecto justificable entre la indicación y advertencia formulada por los inspectores y la conducta protagonizada por los abogados de SANTA LUCÍA.

Como ha indicado la Audiencia Nacional<sup>20</sup>, hay que diferenciar entre la necesaria efectividad de las facultades de investigación de la CNMC que requieren que se adopten medidas tendentes a preservar las técnicas y los procedimientos informáticos utilizados y la libre y voluntaria decisión de los abogados de la empresa inspeccionada de no estar presentes o abandonar la sala de filtrado, estancia en la

<sup>20</sup> Sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014, rec 557/2013 RENAULT ESPAÑA, S.A. y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A., confirmando la citada Resolución del Consejo de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

que afirma que pudieron haber permanecido en todo momento para la máxima efectividad y garantía del derecho de defensa invocado.

## 2.2. AUSENCIA DE PERJUICIO IRREPARABLE.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

SANTA LUCÍA alega que la simple incautación por la DC de documentos ajenos al objeto de la inspección o protegidos por las comunicaciones abogado-cliente sin haberse tomado ninguna precaución para evitar el riesgo de su acceso y lectura por los funcionarios inspectores, le genera un perjuicio irreparable que no podría ser reparado mediante un ulterior recurso contra la decisión final del procedimiento, puesto que el daño se produce, precisamente, en el momento del requerimiento y copia de dichos documentos. Entiende que se causa dicho perjuicio cuando se revelan a una Administración que actúa en el ámbito de un procedimiento sancionador.

En su escrito de alegaciones añade que influyen en el ánimo o convicción de los funcionarios y que pueden orientar sus pesquisas, aunque después no sean incorporados al expediente.

En referencia a la sentencia Azko<sup>21</sup> citada por la recurrente en orden a defender que es el mero acceso a documentos protegidos por el secreto profesional o que están fuera del objeto de la inspección el que causa un perjuicio a los derechos fundamentales de la empresa y no la incorporación de los mismos al expediente, cabe indicar que la sentencia señala también que el mero hecho de que la empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir que la Comisión acceda al mismo, sino que la empresa debe aportar algún elemento útil

---

<sup>21</sup> Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2017, asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, Azko, apartados 81, 82, 83 y 87.

para probar que el documento goza de dicha protección<sup>22</sup>. En el mismo sentido se pronunció el TDC<sup>23</sup> en la resolución que la recurrente menciona.

Como ya se ha expuesto en el apartado anterior, el equipo inspector solicitó la colaboración de la empresa y del personal para la localización e identificación de documentos personales o documentos o información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa (apartado 35 del acta de inspección). Asimismo, SANTA LUCÍA fue informada de que, de conformidad con la jurisprudencia en la materia, corresponde a la empresa identificar de manera individualizada dichos documentos, y motivar, en su caso, las razones por las los mismos gozarían de dicha protección y fue invitada a proceder a dicha identificación (apartado 37 del acta de inspección). La recurrente se limitó a facilitar una lista con las firmas habituales con las que trabaja, entre las que se encontraban consultorías que no prestan servicios jurídicos, y a señalar la posible existencia de información personal en sus dispositivos electrónicos almacenada conjuntamente con la información profesional y no en una ubicación o carpeta diferenciada, sin identificar tampoco los documentos protegidos por el privilegio legal ni su ubicación.

SANTA LUCÍA alega que es un trabajo desproporcionado para los abogados de la empresa. Sin embargo, se recuerda a la recurrente que se trata de información ubicada y/o generada en, por o para SANTA LUCÍA, por lo tanto, se trataba de información conocida por la empresa y, como mínimo, por cada uno de los trabajadores cuyo ordenador/despacho fue inspeccionado. Los inspectores de la CNMC, en cambio, desconocían la documentación con la que se encontrarían en el momento de la inspección y su actuación fue adecuada, proporcionada y ajustada a derecho.

Por otro lado, prueba de la diligencia y del respeto a los derechos de SANTA LUCIA, es el hecho de que la DC eliminara de oficio el 73% de la información inicialmente

---

<sup>22</sup> “80. Resulta, pues, que el mero hecho de que una empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir a la Comisión acceder a dicho documento si, al margen de ello, la empresa no aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Entre otras cosas, la empresa inspeccionada podrá indicar a la Comisión quiénes son el autor y el destinatario del documento de que se trate, explicar las respectivas funciones y responsabilidades de cada uno de ellos y hacer referencia a la finalidad del documento y al contexto en el que se redactó. Del mismo modo, la empresa puede mencionar el contexto en el que se descubrió el documento y la manera en la que fue clasificado, así como remitirse a otros documentos con los que tenga relación”. (énfasis añadido).

<sup>23</sup> Resolución del TDC de 22 de julio de 2002, expdte. R 508/02 v, Pepsi-cola/Coca-cola,F<sup>o</sup>J<sup>o</sup> 4<sup>o</sup>.

copiada, habiendo sido informada la empresa de que los equipos informáticos de la CNMC están equipados con un programa informático de borrado seguro de información que realiza un proceso que hace irre recuperable la información eliminada y que cumple con los estándares nacionales e internacionales en esta materia.

En cuanto a los documentos que están fuera del objeto de la inspección, SANTA LUCÍA alega que el auto judicial sostiene que la protección de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio debe respetarse en todo momento durante la inspección, no sólo cuando ha finalizado y se incorporan los documentos al expediente, de conformidad con la idea de que el mero acceso al contenido de un documento puede causar un perjuicio, recogida en la sentencia Azko<sup>24</sup>.

En anteriores recursos<sup>25</sup> planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos señalados por el Tribunal Constitucional. En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, como es el caso que nos ocupa.

Así, del análisis desarrollado en el apartado anterior en relación a la proporcionalidad de la inspección y su adecuación a la orden de investigación y el auto judicial que la amparaban, no puede deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente. De hecho, SANTA LUCÍA no lleva a cabo una argumentación específica con respecto a la vulneración concreta de este derecho, por lo que el análisis de la Sala en este punto se considera innecesario.

Por todo ello, esta Sala considera que la actividad inspectora de la DC fue proporcionada y ajustada a derecho, por lo que ninguno de los mencionados actos de la DC ha causado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

---

<sup>24</sup> Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2017, asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, Azko, apartados 81, 82, 83 y 87.

<sup>25</sup> Entre otros expedientes R/0112/12, Grupo Lactalis Iberia; R/0141/13, AOP; R/0148/13, Renault; R/0149/13, BP España y R/DC/0001/14, Almendra y Miel.



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

### HA RESUELTO

**ÚNICO.- Desestimar** el recurso interpuesto por SANTA LUCÍA, S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra las actuaciones llevadas a cabo durante la inspección por la DC de la sede de dicha empresa, que tuvo lugar entre el 8 y el 10 de septiembre de 2020.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndoles 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 a su notificación.