

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/079/20, ALBIA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. 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/079/20, ALBIA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS S.L.U. 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS S.L.U. (**ALBIA**), a través de New Norrskén Consulting, S.L.U. (NNC), empresa en la que ALBIA 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 ALBIA. Constan en el expediente la orden de investigación firmada por la DC y la correspondiente autorización judicial (Auto número 79/2020) (folios 122 a 126 y 182 a 187, respectivamente).
5. Con fecha 22 de septiembre de 2020, ALBIA 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 que se devolvieran los documentos incautados que entendía que no formaban parte del objeto de la investigación.

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 ALBIA.
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 103).

9. Con fecha 20 de octubre de 2020, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de ALBIA, 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 ALBIA (folios 141 a 160).
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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. (ALBIA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DE LA 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 ALBIA 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".

ALBIA 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; y, iii) se ha vulnerado el derecho a la asistencia jurídica y a la protección de los derechos de ALBIA 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 ALBIA. 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 ALBIA 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, ALBIA 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 ALBIA 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 material¹. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por ALBIA se ha producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material en el sentido que acabamos de exponer.

ALBIA 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

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

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 ALBIA QUE SE ENCUENTRA FUERA DEL ÁMBITO AUTORIZADO (ANEXO Nº 3 DEL RECURSO)

ALBIA alega que la actuación inspectora fue desproporcionada dado que la DC copió, retiró e incautó documentación ajena al ámbito autorizado. Adjunta a su escrito un Anexo 2 donde identifica información que, según señala, no debió ser incautada por su naturaleza ajena al objeto de la orden de investigación.

En relación con la información seleccionada, al finalizar la inspección se hizo entrega a la empresa del listado de palabras clave utilizadas como apoyo a la selección de los documentos que fueron analizados durante la inspección y se utilizaron de manera combinada para ajustar las búsquedas de acuerdo con el objeto de la investigación. Si se analizan dichas palabras clave y la información identificada, se observa que la documentación copiada responde a dichas palabras de búsqueda de información, por lo que, en principio, la información resultante de la aplicación de dichas palabras clave es información potencialmente relacionada con los ilícitos que se investigan y que resulta de la aplicación de un criterio de búsqueda de información objetivo, razonado y motivado.

No obstante, 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, pues ello convertiría las inspecciones en un proceso de duración inasumible, tal y como ya han reconocido los Tribunales².

El Tribunal Supremo³ 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

² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, R/113/2013 Honda Motor Europe Limited.

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

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 Supremo⁴ 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 131.315 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 302 correos electrónicos, por lo que la afirmación de que se realizó una retirada masiva e indiscriminada de correos electrónicos no es compartida por esta Sala.

Debe tenerse en cuenta, además, que tal y como se comunicó a la empresa, dada la situación sanitaria existente, se limitó al máximo el tiempo de inspección atendiendo prioritariamente la identificación de información de carácter personal que pudiera estar almacenada en los dispositivos y sistemas analizados por los inspectores, así como de documentación protegida por la confidencialidad de las relaciones abogado cliente, con objeto de que, en la medida de lo posible, dicha información no fuera recabada por el equipo inspector para su traslado a la sede de la CNMC, a cuyos efectos solicitó de manera especial la colaboración de la empresa y de las personas inspeccionadas para facilitar la localización e identificación de dicha información (apartado 36 del acta de la inspección).

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 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.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015, R 1292/12, TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA.

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

ALBIA 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 Supremo⁵ 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 Constitucional⁶ 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 europeos⁷ 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 abogado y solicitar su consejo. Cabe destacar la negativa del TJUE⁸ 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-empleador, aunque el abogado esté colegiado como letrado en ejercicio⁹. Los tribunales españoles¹⁰ se han manifestado en el mismo sentido, confirmando que

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio, R/2829/2011, STANPA.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio (recurso de amparo 587/1992).

⁷ 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).

⁸ 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)

⁹ 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).

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, 16 de mayo de 2018, R/345/16 FEDERACIÓN ESPAÑOLA

las comunicaciones del abogado interno no se hallan protegidas por la confidencialidad cliente-abogado externo.

La jurisprudencia europea¹¹ 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 finalidad¹².

Por otro lado, el Consejo de la extinta CNC¹³ 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 CNMC a tales documentos, sin advertirle de su carácter confidencial, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección¹⁴.

La DC solicitó expresamente a ALBIA 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

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”*.

¹¹ 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).

¹² En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, rec. 2595 / 2014

¹³ 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

¹⁴ 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.

del análisis de la documentación a recabar, aunque no hubiera sido identificada previamente por la empresa o sus empleados (apartados 28, 29 y 30 del acta de inspección).

Los representantes de ALBIA facilitaron al equipo inspector una relación de despachos de abogados con los que trabajan, que fue utilizada por el equipo inspector como filtro para facilitar la identificación de comunicación protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente (apartado 29 del acta de inspección).

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 16).

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 ALBIA 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 Nacional¹⁵.

En cuanto a la alegación de ALBIA en relación con la oposición activa de sus representantes a que los inspectores accedieran a los documentos protegidos por el privilegio legal durante la inspección, lo cierto es que tal oposición activa no ha quedado recogida en el acta de inspección. Lo que recogió esta última fue que el equipo inspector actuó de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, identificó, consultó con el abogado externo y eliminó la información susceptible de estar protegida por el secreto de tales comunicaciones. No hubo, pues, intención alguna del equipo inspector de incautar documentos concretos protegidos por el secreto profesional (apartado 97 del acta de inspección).

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 R 557/13 Renault España Comercial, S.A. y Renault España, S.S.

Además, los inspectores informaron a la empresa de que en el caso de existir información susceptible de esta protección no identificada por ALBIA y no eliminada en el proceso de filtrado, se procedería, en su caso, a su devolución.

Por último, no compartimos la alegación de ALBIA en la que señala que resulta desproporcionado situar en la empresa la carga de identificación de los documentos protegidos por el secreto profesional dado el número tan alto de documentos seleccionados e incluso copiados, no sólo porque dicha información debe ser conocida por la empresa sino porque de los 131.315 correos electrónicos inicialmente seleccionados, únicamente fueron copiados un número muy reducido de los mismos, 302, como la propia recurrente reconoce.

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

ALBIA 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 sede¹⁶. 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 19, 26 y 27 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 aquella ALBIA únicamente indica que no se permitió a su personal ver la pantalla en la que

¹⁶ 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

se realizaba el proceso aun cuando los funcionarios de la CNMC no 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 (apartados 28, 35 y 36 del acta de inspección).

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 ALBIA 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 Nacional¹⁷ 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 34 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 ALBIA el listado de palabras significativas tras la inspección (apartado 98

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, 16 de mayo de 2018, R/345/16 FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN).

del acta de inspección) así como copia del acta de inspección y copia de la información recabada (apartado 101 del acta de inspección).

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

ALBIA 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 9 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 media hora después se incorporó el abogado externo de ALBIA (párrafo 21 del acta de inspección).

Pero, además, el jefe de los inspectores indicó a ALBIA 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 19 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 ALBIA.

Como ha indicado la Audiencia Nacional¹⁸, 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

¹⁸ 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.

inspeccionada de no estar presentes o abandonar la sala de filtrado, estancia en la 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).

ALBIA 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 Azko¹⁹ 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

¹⁹ 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 protección²⁰. En el mismo sentido se pronunció el TDC²¹ 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 28 del acta de inspección), solicitud que fue reiterada hasta en ocasiones (apartados 35, 36 del acta de inspección). Asimismo, ALBIA 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 28 del acta de inspección).

La recurrente facilitó al equipo inspector una relación de despachos de abogados con los que trabaja y los inspectores le comunicaron que se utilizaría esa relación como filtro para facilitar la identificación de comunicación protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente (apartado 29 del acta de inspección) y que se eliminaría tanto la información de carácter personal como la contenida en las comunicaciones abogado-cliente en caso de ser identificada durante el transcurso del análisis de la documentación a recabar, aunque no hubiera sido identificada previamente por la empresa o sus empleados (apartado 30 de la inspección).

De hecho, durante el transcurso de la inspección, el equipo inspector constató la existencia de documentación amparada por el privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, siendo informada la empresa acerca de que desde el inicio de su actuación se había tenido en cuenta la existencia de dicha información para, con ayuda de los medios técnicos disponibles, proceder a

²⁰ “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).

²¹ Resolución del TDC de 22 de julio de 2002, expdte. R 508/02 v, Pepsi-cola/Coca-cola,FºJº 4º.

su identificación y a la posterior exclusión de la documentación finalmente recabada (apartado 97 del acta de inspección).

Asimismo, durante la inspección, los empleados de la empresa cuyos despachos fueron objeto de inspección fueron preguntados por los inspectores acerca de si sus dispositivos contenían información personal o protegida por el privilegio legal, información que, efectivamente, fue verificada por los inspectores (apartados 69, 78, 81, 85 del acta de inspección). Incluso se localizó información profesional, y se puso de manifiesto este hecho tanto al inspeccionado como a los abogados externos de la empresa, a los que se informó de que habría de ser analizada para determinar su relación con el objeto de la investigación, sin que se presentara oposición alguna por parte del inspeccionado y que finalmente no fue recabada por el equipo inspector por tratarse de información que no era relevante para la investigación (apartados 71, 72, 73, 74, 86 y 87 del acta de inspección).

La DC actuó con la máxima cautela y diligencia en relación tanto con la información personal como la protegida por el secreto profesional que fue encontrada durante la inspección.

ALBIA alega que descargar el peso de la identificación de la información protegida por la confidencialidad es un trabajo desproporcionado para los abogados de la empresa, aunque reconoce que de los 131.315 correos electrónicos inicialmente seleccionados sólo 302 fueron finalmente copiados. Sin embargo, se trata de información ubicada y/o generada en, por y/o para ALBIA, 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.

Además, la DC eliminó de oficio gran parte de la información inicialmente 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, ALBIA 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 Azko²².

En anteriores recursos²³ 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, ALBIA 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.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS S.L.U. 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.

²² 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.

²³ 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.

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.