

RESOLUCIÓN

CASLISA.

R/AJ/127/21

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 16 de febrero 2022.

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/127/21 CASLISA, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por CASLI, S.A (en adelante **CASLISA**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de investigación de 21 de octubre de 2021, así como la inspección efectuada en la sede de la empresa los días 3 y 4 noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de noviembre de 2021 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por CASLISA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra la orden de inspección de 21 de octubre de 2021, y la actuación inspectora realizada los días 3 y 4 de noviembre de 2021.
2. Con fecha 18 de noviembre de 2021, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (DC) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por CASLISA.
3. Con fecha 25 de noviembre de 2021, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del presente recurso.
4. Con fecha 30 de noviembre de 2021, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de CASLISA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
5. El día 1 de diciembre de 2021, CASLISA tuvo acceso al expediente.
6. El día 23 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de CASLISA.
7. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 16 de febrero de 2022.
8. Es interesada en este expediente de recurso CASLI, S.A. (CASLISA).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra la Orden de Inspección de 21 de octubre de 2021, y las actuaciones llevadas a

cabo por la DC durante la inspección realizada en la sede de CASLISA, los días 3 y 4 de noviembre de 2021.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.

2. Pretensiones de la recurrente.

En su recurso CASLISA solicita que se acuerde anular la Orden de Inspección de 21 de octubre de 2021, así como la inspección efectuada en la sede de la empresa, ordenando a la DC la devolución íntegra de los documentos copiados durante la inspección dejando sin efecto todas las actuaciones administrativas relacionadas con la misma. Igualmente, solicita que en la resolución del recurso el Consejo de la CNMC omita toda referencia a los nombres de las personas físicas mencionadas en el escrito de recurso al poder producirles un perjuicio grave e irreparable.

3. Motivos del recurso.

La recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1. En primer lugar, sostiene CASLISA que la Orden de Investigación ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la compañía, generándole indefensión en violación del artículo 24 de la Constitución Española, con el consecuente perjuicio irreparable a su legítimos derechos e intereses.

Sostiene CASLISA que el objeto y la finalidad de la inspección recogida en la Orden de Investigación es excesivamente amplio y genérico, lo que ha impedido conocer a la Compañía qué se buscaba y sobre qué elementos versaba la verificación.

2. Por otro lado, alega CASLISA que el consentimiento otorgado por la Compañía al inicio de la inspección está viciado, señalando que el día de inicio de la inspección, el 3 de noviembre de 2021, coincidió con la inauguración de la Feria Internacional de Defensa y Seguridad (FEINDEF), no encontrándose en la sede de la empresa las personas responsables de las actividades de la defensa. En consecuencia, la

persona que prestó el consentimiento para el inicio de la inspección fue un empleado de la compañía, responsable de la división civil, y por lo tanto ajeno a las actividades de la empresa sobre las que versó la inspección. Esta actuación no cumplió las obligaciones de lealtad, buena fe y transparencia exigibles a la Administración.

3. En tercer lugar, alega CASLISA que la primera copia de la documentación electrónica y su posterior volcado masivo en los ordenadores de la CNMC, sin aplicar criterios de búsqueda predeterminados, vulnera el derecho de defensa de la compañía, el derecho a la inviolabilidad de su domicilio y el secreto de las comunicaciones de sus empleados.
4. Igualmente, sostiene CASLISA que la metodología seguida posteriormente durante la revisión y filtrado de la documentación electrónica copiada no hace sino abundar en la vulneración de los derechos fundamentales indicados, dado que el procedimiento empleado por la CNMC no garantiza que el equipo inspector no haya podido acceder e incluso copiar documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado externo-cliente, documentos que no estaban relacionados con la inspección o documentos de naturaleza estrictamente personal de los directivos y empleados investigados.
5. Por último, indica CASLISA que el inicio de la inspección de los despachos sin la presencia de los inspeccionados y censura de elementos sin que conste consentimiento o revisión de los interesados conculca los derechos de defensa de la compañía, de inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones de sus empleados.

4. Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 25 de noviembre de 2021, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto en cuanto la Orden de Inspección de 21 de octubre de 2021, y la posterior actuación inspectora realizada en la sede de la empresa, en ningún caso ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de CASLISA.

5. Alegaciones de la recurrente al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de fecha 25 de noviembre de 2021, formulado tras el correspondiente acceso al expediente, CASLISA alega que la DC no ha facilitado la totalidad de

antecedentes relativos a la Orden de Investigación y a la labor inspectora objeto del Recurso, por lo que solicita al Consejo requiera de nuevo a la DC la remisión completa del expediente, concediendo a la compañía un nuevo plazo de quince días para alegaciones.

Asimismo, la compañía manifiesta que las alegaciones formuladas en las que se rebaten las observaciones de la DC al recurso formulado por la empresa deben entenderse con carácter subsidiario y “ad cautelam”, y sin perjuicio, por lo tanto, de las que pueda efectuar la Compañía una vez tenga acceso pleno al expediente.

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

En primer lugar, sostiene CASLISA que la Orden de Inspección de 21 de octubre de 2021 ha vulnerado los artículos 18.2 y 24 de la Constitución Española, así como el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, generándole indefensión, con el consecuente perjuicio irreparable a sus legítimos derechos e intereses. En concreto, indica CASLISA que el objeto y la finalidad de la inspección que recoge la Orden, refiriéndose a “material militar”, es excesivamente amplio y genérico aun haciendo especial referencia a los vehículos militares, de forma que CASLISA no ha podido conocer qué se buscaba, ya que este concepto puede englobar decenas o cientos de distintos mercados de producto, ni qué elementos se empleaban en la verificación de la documentación recabada. Se remite a este respecto CASLISA a sentencias del

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

Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)², en las que, según CASLISA, se ha señalado que la Orden de Inspección y el auto judicial deben indicar las conductas concretas que se investigan, no siendo suficiente con que se indiquen prácticas genéricas que pudieran ser contrarias a los artículos 1 de la LDC o 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), debiendo también mencionar en qué actividades concretas de la compañía se va a centrar la investigación y el ámbito temporal concreto investigado. CASLISA señala que, al no cumplirse ninguno de estos requisitos, la Orden de Inspección, el auto judicial y las actuaciones inspectoras deben considerarse nulas, debiendo devolverse, por tanto, la copia de la documentación que fue recabada en la inspección llevada a cabo en su sede.

Por otro lado, afirma CASLISA que el consentimiento otorgado al comienzo de la inspección está viciado, señalando que el día del inicio de la inspección, 3 de noviembre de 2021, coincidió con la inauguración de la Feria Internacional de Defensa y Seguridad (FEINDEF), no encontrándose en la sede de la empresa las personas responsables de las actividades de defensa.

Por tanto, la persona que prestó el consentimiento para el inicio de la inspección fue un empleado de la compañía, responsable de la división civil y ajeno a las actividades de defensa, sin que conste en el acta de inspección la forma en la que se le explicó el objeto de la inspección. Para CASLISA esta actuación supone un incumplimiento de las obligaciones de lealtad, buena fe y transparencia de la Administración³.

En tercer lugar, alega CASLISA que la primera copia de la documentación electrónica y su posterior volcado masivo en los ordenadores de la CNMC, sin aplicar criterios de búsqueda predeterminados, vulnera del derecho de defensa de la compañía, el derecho a la inviolabilidad de su domicilio y el secreto de las comunicaciones de sus empleados.

A juicio de CASLISA, esta copia masiva inicial no garantiza que el equipo inspector no haya accedido a informaciones y documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado externo/cliente, ni a documentos personales o fuera del alcance de la investigación, que podrían además haberse copiado y trasladado a la sede de la CNMC, sin que a la empresa le sea permitido estar presente durante el proceso de revisión en la sede de la CNMC. No se habría aplicado, por tanto, el principio de proporcionalidad declarado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 11 de diciembre de 1995 (STC 181/1995), de 30 de noviembre de 2000 (STC 292/2000) y 16 de junio de 2001 (STC 169/2001).

² Sentencias del TS de 10 de diciembre de 2014, asunto UNESA (recurso 4201/2011) y de 27 de febrero de 2015, asunto Trasmediterránea (recurso 1292/2012) y del TJUE de 8 de marzo de 2007, asunto T-339/04, France Télécom SA y de 18 de junio de 2015, asunto C-583/13 P, Deutsche Bahn AG.

³ Sentencias del TS 2879/2015, de 15 de junio de 2015, Montibello y 1374/2018 de 17 de septiembre de 2018, Repsol y de la AN 2226/2021, de 20 de mayo de 2021, Altadis.

Igualmente, sostiene CASLISA que la metodología seguida posteriormente durante la revisión y filtrado de la documentación electrónica copiada no hace sino abundar en la vulneración de los derechos fundamentales indicados, dado que el procedimiento empleado por la CNMC no garantiza que el equipo inspector no haya podido acceder e incluso copiar documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado externo-cliente, documentos que no estaban relacionados con la inspección o documentos de naturaleza estrictamente personal de los directivos y empleados investigados.

Por último, indica CASLISA que el inicio de la inspección de los despachos sin la presencia de los inspeccionados y censura de elementos sin que conste consentimiento o revisión de los interesados conculca los derechos de defensa de la compañía, de inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones de sus empleados.

En este sentido afirma CASLISA que la inspección de los despachos del Director de Operaciones y del CEO de la compañía se inició antes de que se personaran en la sede de la empresa, sin que en un primer momento pudieran indicar la ubicación de posible información de carácter personal o protegida por el secreto profesional abogado-cliente. Además, un buen número de elementos copiados (mensajes de WhatsApp) fueron censurados por el equipo inspector de forma opaca, sin participación de la empresa.

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:

2.1.2 Sobre la alegación de que la Orden de Investigación ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la compañía, generándole indefensión, lo que ha conllevado un perjuicio irreparable.

La inspección llevada a cabo los días 3 y 4 de noviembre de 2021, se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 40 de la LDC, siguiendo lo dispuesto en la orden de inspección de 3 de noviembre de 2021 y también en el Auto nº 214/2021 de 28 de octubre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid, de concesión de autorización de entrada en la sede de CASLISA, para la realización de la inspección, firmando la empresa el correspondiente recibí de notificación de dicha orden y del Auto Judicial tras informarle del objeto y contenido de éstos, accediendo a la práctica de la inspección, tal como se indica en el acta de la inspección.

Tal y como puede comprobarse de la lectura del Auto emitido por el juez, autorizando la entrada en el domicilio de la recurrente, en éste se hace referencia al contenido exigido respecto de la Orden de Inspección, de acuerdo con lo indicado en el artículo 40.4 de la LDC y también en el artículo 13.3 del RDC, en los que expresamente se indica que el personal de la CNMC debidamente autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia para proceder a una inspección tiene, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la consideración de agente de la autoridad y ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Competencia que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

Es decir, desde un punto de vista formal, en la Orden de Inspección se debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección va a practicarse y el alcance de la misma y, desde un punto de vista material, las características básicas de la infracción, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de la presunta infracción, siguiendo así lo señalado por la AN en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, que expresamente indica lo siguiente⁴:

“De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción”.

Precisamente, en este caso, el juez concedió la autorización de entrada una vez valorada que la actuación administrativa que motiva la entrada tiene amparo en un fin legítimo tutelado por el Ordenamiento jurídico y que la entrada se plantea como un medio necesario para la consecución de ese legítimo fin, no siendo factible otra vía menos lesiva o constrictiva del derecho afectado. Con la citada inspección se trataba de verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas, estimando el juez suficiente la información trasladada por la Dirección de Competencia para que éste pudiera realizar el control de legalidad de la actuación administrativa, concediendo por ello el auto autorizando la entrada en la sede social de CASLISA, considerando que existía título habilitante (la reiterada Orden de Inspección), con apariencia de legalidad, la constatación

4 Sentencia de la AN de 18 de septiembre de 2017, rec. nº 540/2014.

de la necesidad de la actuación, habida cuenta de la naturaleza de los hechos a investigar, así como la proporcionalidad de la medida solicitada.

Por tanto, al conceder la autorización judicial de entrada el juez ya ha valorado que la citada Orden de Inspección cumple las formalidades legales, tanto formales, en cuanto al contenido de la Orden de Inspección, como materiales, siendo la finalidad para la que se solicita la entrada, la de obtener información relevante sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, siendo la entrada en el domicilio un medio adecuado y proporcionado para la finalidad que se pretende.

Se recuerda que justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es recabar evidencias que acrediten, en su caso, la posible infracción de cara a contar con indicios racionales que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, como exige el artículo 49.1 de la LDC, posibilitando la identificación de los presuntos infractores y su grado de participación en la conducta ilícita.

Así pues, como ya se indicó por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su Resolución de 14 de septiembre de 2021 (Expte. R/AJ/100/21 COHEMO), desestimando el recurso presentado por otra empresa inspeccionada en relación con este expediente, la Orden de Inspección debe, desde un punto de vista formal, indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección va a practicarse y el alcance de la misma y, desde un punto de vista material, las características básicas de la infracción, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de la presunta infracción.

Y en dicha Resolución, analizando una Orden de Inspección con el mismo objeto, alcance y finalidad, en cuanto al mercado afectado -suministro, mantenimiento y modernización de material militar, en especial, de vehículos militares- y la naturaleza de las conductas investigadas -manipulación y reparto de licitaciones convocadas en España por el Ministerio de Defensa, al menos, desde 2012 hasta la actualidad-, que la ahora recurrida, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ya señaló que ésta se ajusta al contenido exigido en los citados artículos 40.4 de la LDC y 13.3 del RDC.

En este sentido, la Audiencia Nacional ya en su sentencia de 20 de julio de 2011 indicó que la Orden debe permitir identificar al inspeccionado los elementos esenciales previstos en el citado artículo 13.3 del RDC al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección⁵:

"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

⁵ Sentencia de la AN de 20 de julio de 2011, en el ámbito del Expte. S/0192/09 Asfaltos.

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."

Concluía la Audiencia Nacional que los términos en los que estaba redactada la Orden permitía identificar los elementos del citado artículo 13.3 del RDC y que debía tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las órdenes de inspección depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia, remitiéndose a la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), recaída en el asunto T-23/09 *Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens*, que incide en el denominado "efecto útil" de las inspecciones:

"(...) 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)."

Se ha de remarcar la reiterada jurisprudencia comunitaria en cuanto al contenido de las órdenes de inspección y el efecto útil de las inspecciones de las Autoridades de Competencia, que no sólo se ha establecido en la citada

sentencia del TGUE de 26 de octubre de 2010, sino también previamente en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, citada precisamente por CASLISA en su recurso, que finalmente concluyó que la Decisión de investigación de la Comisión Europea impugnada cumplía los elementos esenciales exigidos por el artículo 20.4 del Reglamento nº 1/2003, y a la que se ha remitido expresamente el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 31 de octubre de 2017.

Y siguiendo la citada jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo ha valorado en la citada sentencia de 31 de octubre de 2017 el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, así como la extensión del control judicial cuando se trata, como ocurre en este supuesto, de una inspección realizada en el ámbito de una información reservada, sin que todavía se haya incoado expediente sancionador, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar.

Así, expresamente el TS en la citada sentencia de 31 de octubre de 2017, literalmente señala que⁶:

“La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción”.

Así se reitera por la AN en su sentencia de 27 de diciembre de 2019, citando jurisprudencia comunitaria, incluida la sentencia del TJUE de 17 de octubre de

⁶ Sentencia del TS de 31 de octubre de 2017, rec. casación núm. 1062/2017, asunto SEMI.

1989, asunto Dow Chemical, en cuanto a la información que debe ser trasladada al inspeccionado⁷:

“(…) que SJUE de 17 de octubre de 1989 Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, afirmó que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección toda la información de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar (apartado 45). Y respecto del alcance de esta facultad reconoce que «quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas». Precisa todavía más la STJU de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, cuando afirma en su punto «[t]eniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, (...), la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]». Como ya dijimos en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2019, recurso 286/2015, sin apartarnos de la STS de 31 de octubre de 2017, recurso 1062/2017, y ciñéndonos al contenido de la Orden que nos ocupa, constamos es suficientemente explícito en las razones y el objeto en que se centra la investigación, a pesar de que parte de la información a la que ha podido acceder tenga el carácter de reservada y no pueda ser totalmente explicitada...”

Y así se ha indicado también por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en las ocasiones en las que dicha cuestión se ha planteado en recursos a inspecciones⁸:

“(…) lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las diligencias previas DP/0044/14 y condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho. Tal y como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la Administración no está obligada en esta fase

⁷ Sentencia de la AN de 27 de diciembre de 2019 (rec. 624/2015), dictada en el ámbito del Expte. S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES.

⁸ Por ejemplo, entre otras, Resoluciones de la CNMC de 28 de marzo de 2019, Expte. R/AJ/002/19, FERROSER INFRAESTRUCTURAS y de 14 de septiembre de 2021, Expte R/AJ/100/21 COHEMO.

a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección”.

Es más, en la reciente sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021 se concluye, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, lo siguiente⁹:

“(…) resulta excesivamente desproporcionado exigir en la solicitud de autorización de registro y entrada domiciliaria, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, datos de participación y otros elementos de información –como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que no se conocen o no están suficientemente identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia”.

De acuerdo con lo expuesto, coincide esta Sala de Competencia con la DC, en que no es exigible trasladar a la inspeccionada la información de la que dispone la CNMC.

Lo que se exige por la normativa y la jurisprudencia es que la DC aporte información suficiente al órgano judicial para que éste pueda contar con elementos de juicio que le permitan fundar la procedencia de la solicitud de entrada en el domicilio para la realización de la inspección. Exigencia que ha sido satisfecha por la DC, como se pone de manifiesto en el auto, donde consta que la CNMC remitió al órgano judicial dicha información, con carácter confidencial, lo que implica su tratamiento como tal por el juez, al que incumbe no exponer datos que frustren el efecto útil de la investigación, pero al mismo tiempo le permite contar con información más precisa sobre la oportunidad de la entrada solicitada, como ha señalado el TS en su sentencia de 31 de octubre de 2017 y ha reiterado la AN en su sentencia de 24 de mayo de 2021, aportando la CNMC al juez la información necesaria para que éste pueda contar con elementos de juicio suficientes que le permitieran fundamentar adecuadamente la pertinencia de la entrada en el domicilio, pero en ningún caso se contempla que dicha información sea trasladada al inspeccionado, dado el carácter reservado o confidencial de dicha información.

Por tanto, la CNMC no debe dar traslado al investigado de todos los datos que estén a su disposición, como también ha corroborado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 20 de diciembre de 2019.

Por todo ello, considera esta Sala que la alegación de CASLISA relativa a la falta de concreción de los indicios o datos fácticos que justificasen la actuación inspectora debe desestimarse por infundada.

⁹ Sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, rec. Derechos fundamentales 2/2019, dictada en el ámbito del Expte. R/AJ/002/19, FERROSER INFRAESTRUCTAS.

Tal y como se ha expuesto, la AN en su sentencia de 24 de mayo de 2021¹⁰, ha señalado en relación con la alegada falta de concreción de la Orden de investigación, que no se ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la Constitución por cuanto la investigación y el registro domiciliario ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial competente para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez que ha analizado la Orden de Inspección y comprueba que la entrada domiciliaria cumple los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que están en juego.

En el presente caso, la entrada en la sede la empresa fue autorizada por el Auto nº 214/2021 de 28 de octubre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid, firmando la empresa el correspondiente recibí de notificación de dicha Orden y del Auto Judicial tras informarle del objeto y contenido de éstos, accediendo a la práctica de la inspección, tal como se indica en el acta de la inspección. Orden que permite identificar los elementos esenciales de la investigación, así como conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar el mercado afectado (suministro, mantenimiento y modernización de material militar, en especial, de vehículos comerciales), así como el ámbito material de actuación (reparto de licitaciones convocadas en España por el Ministerio de Defensa, al menos, desde 2012).

Según consta en el acta de la inspección (párrafos 27 y 29), la DC informó a CASLISA que la inspección se producía en relación con lo señalado en la Orden de Inspección y que, de acuerdo con los poderes de inspección establecidos en el artículo 40 LDC, se recabaría información relacionada con los hechos señalados en la Orden. Y también, por lo que se refiere al análisis y selección de documentos, se informó que se realizaría una primera evaluación de la información al objeto de realizar una primera selección relacionada con la investigación, que sería posteriormente objeto de sucesivas fases de filtrado mediante la inspección visual por los inspectores y mediante otros criterios adicionales de búsqueda basados en el uso de palabras significativas que serían entregadas al finalizar la inspección (párrafo 37).

En atención a lo expuesto, cabe concluir que la DC ha satisfecho las exigencias requeridas en cuanto a la provisión al órgano judicial de los elementos de juicio necesarios para decidir la procedencia de la entrada en el domicilio de la recurrente, sin que ello haya supuesto menoscabo alguno del derecho de defensa de la empresa inspeccionada, cumpliendo por otra parte la Orden de Inspección de 21 de octubre de 2021, los requisitos señalados en el artículo 13.3 del RDC y en la jurisprudencia, al concretar de manera suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección, por lo que el motivo debe ser desestimado.

¹⁰ Sentencia de la AN de 24 de mayo de 2021, rec. Derechos fundamentales 2/2019, dictada en el ámbito del Expte. R/AJ/002/19 FERROSER INFRAESTRUCTAS.

2.1.3 Sobre la alegación de existencia de vicio en el consentimiento otorgado por la Compañía al inicio de la inspección.

En cuanto al vicio de consentimiento alegado por CASLISA, según consta en el acta de inspección -párrafos (1) a (11)-, al entrar en la sede de dicha empresa el equipo inspector a las 9:30 horas, solicitó la presencia de un responsable de la empresa al objeto de hacer entrega de los ya citados Auto y Orden de Inspección, presentándose ante el equipo inspector el directivo responsable de la división civil de CASLISA, al que se le informó que el objeto de dicha visita era la realización de una inspección en materia de competencia.

Según consta en el acta de inspección, el citado directivo de CASLISA mantuvo una conversación telefónica con el abogado externo de la empresa informándole sobre la presencia de inspectores de la CNMC en la sede de CASLISA, siendo igualmente informado el abogado externo por el equipo inspector del objeto de la inspección y contenido de la Orden de Inspección, firmando a las 9:54 horas el directivo de CASLISA el recibí de la Orden de Inspección y del auto judicial.

Por tanto, al contrario de lo sostenido por CASLISA en su recurso, no es cierto que no se explicara el objeto de la inspección, hecho que se realizó por el equipo inspector, primero, al directivo que se personó por la empresa al realizar la entrada y, posteriormente, a instancia de éste, al abogado externo que contactó con dicho directivo.

Así, en el párrafo (8) del acta se detalla que se hace entrega al citado directivo *“de la Orden de Inspección y del Auto judicial antes señalados para que pueda proceder a su lectura”*), previa explicación por el equipo inspector del objeto de la inspección con referencias directas a la citada Orden de Inspección -párrafo (6)- y al Auto judicial -párrafo (7)-. A continuación, en el párrafo (11) del acta de inspección se explicita la llamada recibida por el directivo de CASLI del abogado externo de la empresa, al que también el equipo inspector le informa *“del objeto de la inspección, exponiéndole resumidamente el objeto de la inspección y contenido de la Orden de Inspección y del Auto Judicial que les autoriza la entrada en la sede de CASLI, así como del derecho de la empresa a la asistencia jurídica externa o interna durante la inspección”* y dicho abogado, tras ser informado del objeto de la inspección, agradeció la información recibida, *“sin plantear otras preguntas ni comentarios a los inspectores acerca de la investigación”*.

Es entonces, tras informar el equipo inspector tanto al directivo de CASLI como al abogado externo de la empresa, que dicho directivo procedió a la firma del recibí, que se adjunta al presente informe, según recoge el párrafo (12) del acta.

Y, a continuación, consta también en el acta (párrafo 14) que dicho directivo hizo entrega a personal de la empresa de la Orden de Investigación y el Auto para su remisión, una vez escaneados, al asesor jurídico y al Director Financiero de CASLI. Tras ello, por parte del equipo inspector se siguió explicando a la empresa cómo se iba a desarrollar la inspección y solicitando también información relativa a la estructura de la empresa y funciones y

responsabilidades de los directivos encargados de la preparación y presentación de ofertas a licitaciones de material militar en España, así como la distribución física del personal y las instalaciones de la empresa. Es entonces que se informa al equipo inspector que determinados directivos de la empresa se encontraban en una feria del sector en IFEMA, solicitando el equipo inspector que éstos se personaran en la sede de la CNMC -párrafos (22) y (23) del acta-.

Respecto de la coincidencia de fechas entre la feria del sector en IFEMA y la inspección, tal y como señala la DC, éste es un elemento completamente ajeno a las obligaciones de lealtad, buena fe y transparencia de la CNMC, que invoca CASLISA en su recurso.

Por ello, esta Sala debe rechazar por infundada la alegación de CASLISA en su recurso respecto, primero, a que la empresa no fue informada del objeto de la inspección cuando ha quedado acreditado que tanto el directivo que recibe al equipo inspector en nombre de la empresa como el abogado externo de la empresa que contacta directamente con dicho directivo fueron debida y reiteradamente informados, sin que éstos ni ningún otro representante ni abogado de la empresa solicitaran posteriormente aclaraciones sobre el objeto de la investigación, ni tampoco, en segundo lugar, sobre la representación por parte de la empresa por el citado directivo o por otros abogados.

De hecho, respecto del mencionado directivo, al que ahora en su recurso CASLISA no le considera suficientemente informado para la firma del recibí de la Orden de Investigación, durante la inspección esta cuestión en ningún momento se planteó ni por dicho directivo ni por otros directivos de CASLISA que se fueron personando sucesivamente en la sede de la empresa, como el Director Financiero de CASLI (a las 10:00 horas) y el Consejero Delegado (CEO) de la empresa responsable de la División de Maquinaria Civil (a las 10:15 horas), antes de que empezara la inspección materialmente, a las 10:45 horas, y posteriormente también el otro CEO de la empresa, así como el Director de Operaciones y el Responsable de Compras de la División de Defensa (11:05 horas), a los que también se les informó del objeto y procedimiento de la inspección. Es más, contrariamente a lo indicado por CASLISA en su recurso, el inicio de la inspección de la documentación en soporte electrónico de los respectivos equipos de los directivos se hizo en presencia de éstos, como se acredita en el párrafo (50) del acta de la inspección.

Adicionalmente, no sólo ninguno de los representantes y directivos de CASLISA opuso ninguna objeción a la firma del citado recibí por el directivo de CASLISA que recibió al equipo inspector, sino que este mismo directivo fue el que en nombre de la empresa firmó el acta de precinto el 3 de noviembre y también el acta de la inspección, al final de la misma, habiendo previamente el CEO de la empresa indicado que podría ser firmada por dicho directivo en caso de no estar él presente al finalizar la inspección.

Así se constata en el párrafo (46) del acta de la inspección, tras informar el equipo inspector a la empresa que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.5 de la LDC, el personal funcionario encargado de la inspección levantaría acta de

sus actuaciones, teniendo dicha acta naturaleza de documento público y habrá prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motivan su formalización.

Por tanto, la CNMC cumplió con las obligaciones de lealtad, buena fe y transparencia requeridas en las sentencias citadas por CASLISA (STS 2879/2015, Montibello, STS 1374/2018 Repsol y SAN 2226/2021, Altadis), sin que pueda efectuarse ningún reproche al respecto, teniendo en cuenta, además, que la inspección se desarrolló bajo la autorización judicial emitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº14 de Madrid mediante Auto nº 214/2021, de 28 de octubre de 2021, tal y como consta en el recibí firmado por el representante de la empresa, sin que, por otra parte, fuera requerido el consentimiento expreso de la misma para el desarrollo de la inspección, a diferencia de los supuestos de hechos analizados en la jurisprudencia citada en el recurso.

2.1.4 Sobre la metodología seguida por la DC para el análisis y selección de documentos durante la inspección.

En cuanto al análisis y selección de documentos durante la inspección, como se explicó a la empresa y se constata en el acta de la inspección, éste se realiza a través de un proceso que consta de diferentes fases sucesivas. Dicho proceso comienza en los despachos y equipos o dispositivos informáticos inspeccionados donde se identifica la información de carácter personal, así como de documentación protegida por la confidencialidad de las relaciones abogado cliente. Una vez trasladada la información a la sala de trabajo se aplican distintas herramientas y criterios de búsqueda para determinar la documentación que finalmente será recabada por el equipo inspector.

Este procedimiento ha sido validado por el TS que, en su sentencia de 27 de febrero de 2015, citada por CASLISA en su recurso, señala lo siguiente respecto a la proporcionalidad de la actuación inspectora de la CNMC¹¹:

“Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación realizando, frente a lo que por la actora se alega, una labor discriminatoria por parte de los inspectores recabando finalmente, por ejemplo en el caso de los correos electrónicos, una mínima parte que impide, en fin, hablar de desproporción, máxime si tenemos en cuenta los criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección muy concreta de documentos y no, como se dice, a una copia masiva e indiscriminada de los archivos de los ordenadores,

¹¹ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2015, en relación con el Expte. R 1292/12, TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA.

declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.”

Así, en el acta de la inspección se detallan los despachos/zona de trabajo y los dispositivos informáticos o electrónicos, correspondientes a determinados directivos de CASLISA, seleccionados de acuerdo con el objeto de la inspección, para el análisis de información en soporte papel y electrónico -párrafos (59) a (107) del acta de inspección-.

Y al finalizar la inspección, como reconoce CASLISA en su recurso, el equipo inspector le facilitó la relación de palabras significativas que han sido utilizadas como apoyo a la selección de los documentos en soporte informático, relacionados con el objeto de la inspección, reiterando que dicha relación no es por sí misma el único criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNMC, como se recoge en los párrafos (37) y (111) del acta:

“(37) 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 podrá ser objeto de análisis y selección 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 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.

(111) Al finalizar la inspección el equipo de inspección facilita a la empresa una relación de las palabras significativas que han sido utilizadas como apoyo a la selección de los documentos en soporte informático que han sido analizados. Se reitera a la empresa que dicha relación de palabras significativas constituye un elemento de apoyo para facilitar el proceso de análisis y selección de información en soporte digital, utilizado en una de las fases de filtrado sucesivo de información tal y como se ha informado a la empresa al inicio de la inspección. Por todo ello dicho conjunto de palabras no constituyen en sí mismas el criterio único de selección de documentos electrónicos”.

Este planteamiento ha sido corroborado por nuestra jurisprudencia¹², así como también en relación con el acceso a las herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector durante la inspección, (en este sentido véase, entre otras, las sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de junio y 21 de julio 2014¹³), estableciendo la inexistente indefensión alegada por empresas inspeccionadas en

¹² Sentencia del TS de 6 de abril de 2016, dictada en el ámbito del Expte. R/113/2013 Honda Motor Europe Limited.

¹³ Sentencias de la AN de 12 de junio de 2014, rec. 3/2013 BP ESPAÑA y de 21 de julio de 2014, rec. 5572013 RENAULT ESPAÑA, S.A. y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A., confirmando la Resolución de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

relación al acceso a las distintas herramientas y criterios de búsqueda utilizados por el equipo inspector para seleccionar la información relacionada con los hechos objeto de investigación, puesto que el conocimiento de dichos criterios podrían poner en riesgo la efectividad de la inspección.

En este sentido, se ha pronunciado esta Sala de Competencia en reiteradas ocasiones (por todas Resoluciones de la CNMC de 14 de marzo de 2019, en el Expediente R/AJ/113/18 MEGASA).

Respecto al posible acceso a documentación protegida por la confidencialidad abogado-cliente por causa de la metodología de trabajo desarrollada por el equipo inspector, cabe resaltar que la sentencia de la AN de 19 de noviembre de 2014, alegada por CASLISA, y confirmada en casación por el TS en su sentencia de 4 de julio de 2016, ha validado la actuación de la CNMC.

Del mismo modo, el TS en su sentencia de 27 de abril de 2012, recurso nº 6552/2009 DF, Asunto Stanpa, ha sentado la siguiente doctrina, invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 (155/79):

"La real protección de los intereses en juego está dirigida a 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".

Siguiendo pues la jurisprudencia del TS y también la comunitaria, tal y como queda acreditado en el acta de inspección, se constata que, antes de dar inicio a la actividad inspectora, el equipo inspector comunicó a CASLISA la necesidad de su colaboración para identificar aquellos documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente, para eliminarlos de la información recabada previa comprobación por parte del equipo inspector mediante un somero análisis, informando de hecho el CEO de CASLISA de la información que podría existir relativa al mencionado asesor jurídico de la empresa, que en puntuales ocasiones trabaja también con un despacho de abogados -párrafos 31 y 32-.

De igual modo, el equipo inspector comunicó al personal investigado esta cuestión en el momento de proceder a la concreta inspección de sus equipos informáticos y despachos, informando éstos sobre la existencia de información de carácter personal y/o que podría estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, como consta en los párrafos (61), (74) y (87) del acta de la inspección.

Así pues, en varias ocasiones el equipo inspector solicitó la colaboración de CASLISA y de los directivos de dicha empresa inspeccionados para la localización e identificación de documentos que pudieran considerarse comunicaciones abogado-cliente, para que dichos documentos, individualizados e identificados por la empresa, fueran eliminados de la información inicialmente seleccionada por el equipo inspector.

Todo ello, excluye el incumplimiento de la protección de la confidencialidad alegado por CASLISA. De hecho, en ningún momento durante la inspección se identificó qué documentos personales o protegidos por la confidencialidad abogado-cliente han sido recabados en la inspección de su sede, habiendo indicado expresamente respecto de este último tipo de documentos el TS en la citada sentencia de 27 de abril de 2012 que su especial protección exige un comportamiento activo por el inspeccionado para su identificación:

“(...) exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, no resultando aceptables las meras alegaciones genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados”.

Por otro lado, respecto a la alegación de CASLISA relativa a la imposibilidad de identificar adecuadamente la documentación personal, motivada por el hecho de que la inspección material comenzara con anterioridad a que se personasen en la empresa las personas responsables de los despachos investigados, tal y como se ha señalado con anterioridad, el comienzo material de la inspección no tuvo lugar hasta las 10:45 horas, informando telefónicamente el CEO de la empresa a determinados directivos que estaban en IFEMA que dicha inspección iba a iniciarse en presencia de personal de la empresa, solicitando su colaboración, a lo que se manifestaron conformes, según consta en el párrafo (49) del acta.

Dado que el equipo inspector había solicitado que dichos directivos se personaran en la sede de la empresa y la cercanía de IFEMA a la sede de CASLISA, el equipo de inspección esperó a la llegada de éstos a las 11:05 para iniciar la inspección respecto de la documentación electrónica, que se realizó en presencia de dichos directivos, según queda acreditado en el párrafo (50) del acta.

Además de las advertencias generales ya señaladas recogidas en los párrafos (31) y (33) del acta, consta asimismo en los ya citados párrafos (61), (74) y (87) del acta, que los inspectores preguntaron a los directivos de CASLISA acerca de la utilización de cuentas de correo electrónico diferentes a la cuenta del sistema corporativo de correo utilizado por la empresa, incluidas cuentas de tipo web mail. Ante la respuesta de todos ellos reconociendo el uso de determinadas cuentas web mail (Gmail, Hotmail, etc.) para fines personales los inspectores se limitaron a verificar que dichas cuentas no contenían información de carácter profesional relacionada con el objeto de la investigación.

Igualmente, en los párrafos (62) a (65), (75) a (78) y (88) a (91) del acta se detalla el desarrollo del mismo protocolo respecto a las cuentas de mensajería

WhatsApp de los móviles de los citados directivos, solicitando la identificación de contenidos personales y profesionales en los mismos y, tras observar que dichas cuentas contenían información de tipo profesional relacionada con el ámbito de la inspección, se procedió a su análisis en la sala de trabajo por equipo inspector, sin que estos directivos manifestaran ninguna objeción a dicha actuación.

Del mismo modo, en los párrafos (66), (79) y (92) del acta se refleja cómo tras recabar conversaciones de carácter profesional de las cuentas de mensajería WhatsApp de los móviles de los directivos inspeccionados se informó a cada uno de ellos de que se extremaría *“la cautela en relación con el análisis del contenido de dicha cuenta de mensajería, al objeto de garantizar, en la medida de lo posible, que solamente se recaba información de carácter profesional relevante para la investigación, que pudiera estar contenida en la misma”*.

Durante el transcurso de la inspección ninguno de los directivos ni ningún representante de CASLISA formuló objeción alguna al procedimiento seguido por el equipo inspector, ni solicitó más información o aclaración sobre dicho proceso de revisión de las citadas conversaciones, ni tampoco acceder a la sala de trabajo. El proceso de censura de dichas conversaciones, tras apreciar en las mismas determinados mensajes de carácter personal junto con mensajes de tipo profesional relacionados con el objeto de la investigación, tampoco suscitó ninguna pregunta o petición de aclaración por parte de la empresa, como se constata en los párrafos (67), (80) y (93) del acta de inspección.

Por todo ello, debe rechazarse la alegación de CASLISA de que la censura realizada por el equipo de inspección de las conversaciones de Whatsapp en la sala de trabajo, se realizó de forma autónoma sin contar con la opinión de la empresa.

Precisamente, para no recabar información personal o no relacionada con el objeto de la investigación, el equipo inspector según ha quedado acreditado en el acta de inspección procedió a la censura de los elementos que no se consideraron ajustados al objeto de la inspección

En cualquier caso, la empresa tiene en su poder las conversaciones íntegras de WhatsApp, por lo que ésta puede indicar si efectivamente lo copiado por el equipo inspector se corresponde o no con el contenido material de los mensajes.

Por otra parte, respecto del volumen de la información finalmente recabado en la inspección, la minuciosidad del equipo inspector en cuanto a la selección de ésta se refleja en las cifras del anexo con la relación de copias digitales, adjunto al acta que, lejos de mostrar ese volcado masivo de información electrónica alegado por CASLISA, constata el filtrado y selección posterior por parte de los inspectores, con la intención de recabar únicamente información relacionada con el objeto de la investigación.

Así, de los 64.705 correos electrónicos seleccionados en un primer momento, tras su filtrado y análisis, finalmente se recabaron 228, mientras que, en el caso de los archivos, los 234,6 GB iniciales quedaron reducidos a 116,85 MB.

En cualquier caso, tal y como se indica en el párrafo (45) del acta de inspección, la información recabada en la inspección tiene cautelarmente carácter confidencial, y una vez sea analizada por la Dirección de Competencia, ésta comunicará a la empresa qué documentación va a ser incorporada al expediente con el fin de que, en su caso, en el plazo de diez días, la empresa solicite de forma individualizada y motivada qué documentos considera confidenciales, por lo que en ningún caso dicha información será incluida en el expediente público mientras no se haya sustanciado la confidencialidad de ésta.

Asimismo, tal y como se recoge en el acta -párrafo (110)-, en virtud del artículo 40.9 de la LDC, los datos e informaciones obtenidos en el transcurso de la inspección sólo pueden ser utilizados por la CNMC para las finalidades previstas en la Ley, estando todos los que tomen parte en un expediente de competencia sometidos al deber de secreto, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la LDC, por lo que las alegaciones de la recurrente deben ser rechazadas.

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).

En anteriores recursos¹⁴ 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 con 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.

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.

¹⁴ 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.

Por todo ello, 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.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

3 RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso presentado por CASLI, S.A contra la orden de inspección de 21 de octubre de 2021, y la actuación inspectora realizada los días 3 y 4 de noviembre de 2021 en la sede de la empresa.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia 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 el día siguiente al de su notificación.