



Roj: **SAN 3558/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3558**

Id Cendoj: **28079230062024100450**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2024**

Nº de Recurso: **680/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000680 /2020

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04550/2020

**Demandante:** FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.U (FRS)

**Procurador:** D<sup>a</sup>. DOÑA ROSA SORRIBES CALLE

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiséis de junio de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **680/2020** promovido por la Procuradora D<sup>a</sup>. Doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de **FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.U (FRS)** contra la Resolución, de fecha 21 de abril de 2020 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del expediente número R/AJ/002/20, FRS , por la que se desestima el recurso interpuesto por FRS contra la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019 en la sede de la empresa. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "proceda a declarar la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de la Resolución de fecha 21 de abril de 2020, dictada por el Consejo de la CNMC en el marco del expediente número R/AJ/002/20, FRS, relativo al recurso interpuesto por FRS contra la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019 en la sede de la empresa, o, subsidiariamente en el supuesto que ello no se estime, dicte Sentencia en los términos expuestos en la demanda.

**SEGUNDO.** - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO.** - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se concedió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 3 de abril del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución, de fecha 21 de abril de 2020 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del expediente número R/AJ/002/20, FRS.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

*"ÚN ICO. -Desestimar el recurso interpuesto por FRS contra la Orden de investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019 en la sede de la empresa".*

La Orden de Investigación que fundamentó las actuaciones inspectoras en la sede de FRS, de 3 de diciembre de 2019, delimitaba su objeto en los siguientes términos:

*"Esta Dirección de Competencia ha tenido conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas realizadas en el mercado del transporte marítimo de pasajeros de vehículos en la línea que une los puertos de Ceuta y Algeciras. En concreto, las prácticas consistirían en presuntos acuerdos y/o prácticas concertadas de fijación de precios y otras condiciones comerciales, de reparto de mercado, intercambios de información comercial sensible con objeto de coordinar los precios y los horarios de las diferentes rotaciones diarias y repartirse los derechos de atraque de los buques en los puertos. Además, dicha concertación habría podido alcanzar presuntamente a las licitaciones públicas convocadas para la prestación del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Ceuta-Algeciras"*

**SEGUNDO.** - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1- Defecto material y formal de la orden de investigación y vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio ( art. 18.2 CE).

2- La actuación inspectora vulneró derechos fundamentales de FRS.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

**TERCERO.** -- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la ilegalidad de la Orden de Investigación.

Denuncia la recurrente que la CNMC carecía, según su propio análisis, de indicios razonables de una infracción, Que la Orden de Investigación, al no referirse a infracción alguna para sospechar la cual existía al menos un indicio razonable, adolece de un defecto de motivación y que ambos defectos conllevan que la Orden infrinja el derecho a la inviolabilidad del domicilio de FRS y, por ende, adolezca de nulidad radical.

Expone que la orden de investigación impugnada invoca unos indicios cuya enjundia había descartado públicamente la propia autoridad, apenas un año antes de la inspección y que así se deduce expresamente del informe de noviembre de 2018 "PRO/CNMC/002/18, Análisis de las obligaciones de servicio público para el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la Línea Ceuta- Algeciras", cuyas conclusiones no fue puestos

de manifiesto al Juez de lo contencioso-administrativo N.º 2 de Algeciras que autorizó la entrada de los inspectores el 19 de diciembre de 2019 y que, privado de esta de esta información esencial, el Juez concedió la Autorización solicitada, la cual es objeto de otro contencioso, actualmente litispendiente tras una sentencia desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 27 de noviembre de 2020, contra el cual esta Parte interpuso un recurso de casación pendiente de admisión por el Tribunal Supremo.

Pues bien, para dar respuesta a la suficiencia de la motivación y justificación de la orden de investigación debemos recordar que el ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 "el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: *"4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia"*.

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

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

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

- 60. *Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99)".*

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 la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe



transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento, al recoger que:

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

Su objeto quedó delimitado desde un punto de vista objetivo, temporal y geográfico: " El objeto de la inspección es verificar la posible participación de FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA S.L. y/o de su filial FERRYS RÁPIDOS DEL SUR S.L. COMPAÑÍA., desde el año 2012 hasta la actualidad, en acuerdos y/o prácticas concertadas entre las tres empresas que operan en el mercado de transporte de viajeros y vehículos por vía marítima entre Algeciras y Ceuta.

*Concretamente, las posibles prácticas anticompetitivas a investigar habrían consistido en la fijación de precios y otras condiciones comerciales, de reparto de mercado e intercambios de información comercial sensible con objeto de coordinar los precios y los horarios de las diferentes rotaciones diarias y repartirse los derechos de atraque de los buques en los puertos. Además, dicha concertación habría podido alcanzar presuntamente a las licitaciones públicas convocadas para la prestación del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Ceuta-Algeciras [...]"*

Así las cosas, convenios con la resolución recurrida en que no puede hablarse en ningún caso de imprecisión o falta de concreción o motivación en la orden impugnada ni de "fishing expedition". La recurrente estaba en posición de saber lo que se buscaba y los datos que debían verificarse.

Por lo demás cumple manifestar que la Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 *"el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/ Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".*

A lo dicho cabe añadir que la Orden de Inspección fue autorizada por Auto de 16 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Algeciras, confirmado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y que por Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 1, del 20 de octubre de 2021 ( ROJ: ATS 13490/2021 - ECLI:ES:TS:2021:13490A ) se inadmitió el recurso de casación interpuesto frente a aquella, recogiendo en sus fundamentos de Derecho lo siguiente:

*"(...) La parte recurrente, en el escrito de preparación, proyecta el interés casacional sobre la cuestión referida a si en la evaluación de la seriedad y suficiencia de los indicios aportados para justificar una actuación inspectora limitadora del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, deben examinarse las pruebas aportadas por el inspeccionado, en un momento posterior, que puedan desvirtuar prima facie la solidez de tales indicios, refiriéndose al Informe de noviembre de 2018 "PRO/CNMC/002718, Análisis de las obligaciones de servicio público para el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la Línea Ceuta- Algeciras", que la Administración*



había ocultado al Juez de primera instancia y que, aportado en apelación, la Sala de apelación no lo valoró en la creencia de que con ello se pretendía una valoración de fondo sobre la existencia de una infracción, invocando, entre otros supuestos, la presunción de interés casacional del apartado a) del artículo 88.3 LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional.

Pues bien, en el presente caso, la lectura del escrito de preparación lo que evidencia, bajo la apariencia del planteamiento de una cuestión jurídica, es una mera discrepancia con la consideración que, de las circunstancias concurrentes, ha realizado la Sala de instancia y que le han llevado a concluir que lo que pretendía en apelación la ahora recurrente en casación era que "más allá de la apreciación prima facie de la seriedad de las razones, enjuiciemos y revisemos aquí la propia actuación administrativa, olvidando lo que es propio de este incidente. No se trata de valorar pruebas o de examinar la legalidad de la actuación [...]", añadiendo que "[...] aquí de lo que se trata es de comprobar la existencia de una actuación administrativa regular y de que la medida es adecuada y proporcionada para llevar a cabo esa actuación". Y de la lectura de la sentencia aquí recurrida se extrae la conclusión de que la Sala de apelación no dejó de valorar el Informe de noviembre de 2018, pues si bien es cierto que no entra en detalles sobre el mismo, sí que hace constar que se refiere a una consulta relativa a la conveniencia de fijar obligaciones de servicio público a las navieras, por lo que entendió que la apelante lo que pretendía con su aportación era examinar la legalidad de la actuación administrativa, con lo que implícitamente está afirmando que no era apropiado para desvirtuar que la medida adoptada por el Juzgado es adecuada y proporcionada para llevar a cabo esa actuación administrativa.

No puede obviarse, por otra parte, que la recurrente afirma que el informe en cuestión de noviembre de 2018 "PRO/CNMC/002718, Análisis de las obligaciones de servicio público para el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la Línea Ceuta- Algeciras", había analizado exactamente los mismos "indicios" de una infracción como la que ahora se invocan, a instancias del mismo denunciante, y descartando que fueran indicativos de infracción alguna. Ahora bien, y como afirmó la Sala de apelación, dicho informe era relativo al análisis de las obligaciones de servicio público para el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la Línea Ceuta- Algeciras. Y, examinado dicho Informe, el mismo traía causa de la propuesta de la Ciudad Autónoma de Ceuta relativa al establecimiento de una tarifa máxima para pasajeros en una de las rotaciones como condición para poder operar en la línea Ceuta- Algeciras [en concreto, de que se derogara el sistema doble existente de Obligaciones de Servicio Público (OSP) más Contrato de Servicio Público (CSP) para establecer únicamente una OSP que imponga tres viajes diarios y una tarifa máxima en uno de ellos (15 € para pasajeros y 20 € para vehículos por trayecto, incluidas tasas portuarias) sin previsión de compensación económica pública, siendo el motivo alegado el supuesto precio excesivo existente en esta ruta en comparación con otros trayectos marítimos, teniendo en cuenta la falta de alternativas de transporte y la particularidad de la operación paso del estrecho], y la CNMC lo que hace es analizar la anterior propuesta, sin que en ningún momento se refiera a supuestos indicios de una infracción en materia de defensa de la competencia, como afirman las recurrentes".

Por lo expuesto, entendemos que se ha producido la vulneración del artículo 18 de la Constitución y que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida.

**CUARTO.-** Por cuanto se refiere a los motivos de impugnación relativos a la ilegalidad de las Actuaciones Inspectoras, denuncia la recurrente que los inspectores no ciñeron su actuación al objeto de la autorización judicial y que a pesar de las reiteradas manifestaciones de los representantes de FRS para tener conocimiento de la documentación que efectivamente estaba siendo recabada; y poner de manifiesto documentos específicos que quedaban fuera del alcance de la Orden de Investigación, rechazaron constante y reiteradamente sus pretensiones, vulnerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Opone que la actuación inspectora se extralimitó por cuanto que recabó documentos que podrían encontrarse fuera del objeto de la orden de investigación, vulneró de la confidencialidad entre abogado y cliente y que el equipo inspector no colaboró para revisar toda la documentación a requerimiento de la empresa antes de dar por finalizada la inspección.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación cumple manifestar que la inspección en la sede de FRS, se realizó en ejercicio de las facultades de inspección previstas en el artículo 27 de la LCNMC y de acuerdo con lo previsto en la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2019 y en el Auto Judicial de 16 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Algeciras.

Al comienzo de la Inspección las inspectoras informan que la inspección ha sido ordenada mediante una Orden de Investigación de fecha 3 de diciembre de 2019, expedida por la Directora de Competencia de la CNMC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la LCNMC. Se informa igualmente que la CNMC ha recabado autorización judicial de entrada en el domicilio de la empresa para la práctica de la inspección y que mediante Auto N° 4305/19, de fecha 16 de diciembre de 2019, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Algeciras, se ha autorizado el acceso de los funcionarios antes reseñados al domicilio



de la empresa para la realización de la inspección. A continuación, se indica a la empresa la posibilidad de ser asistidos en cualquier momento por letrado, ya sea interno o externo, de forma directa (es decir, contando con su presencia) o a través de teléfono, aunque la presencia de un abogado no es una condición para la realización de la inspección, por lo que ésta comenzará de manera inmediata en el momento de la firma del correspondiente recibí, sin perjuicio de que el abogado se incorpore más tarde.

Asimismo consta en el Acta de Inspección que se explica a los representantes de la empresa que el objeto de la inspección se produce en relación con lo señalado en la Orden de Investigación y que de acuerdo con los poderes de inspección establecidos en el artículo 27 de la LCNMC, se va a recabar tanto información en formato papel como en formato electrónico y que, por ello, se procederá a la inspección de los despachos y ordenadores y cualquier otro soporte material, incluyendo tabletas y dispositivos móviles tipo Smartphone, que pueda contener información relacionada con los hechos objeto de investigación de determinados empleados y/o directivos de la empresa y, en su caso, a la realización de entrevistas a determinado personal, cuyas contestaciones una vez revisada y confirmadas por dicho personal serán incluidas en el acta de la inspección.

Se informa a la empresa de que durante el transcurso de la inspección se solicitará la presencia en todo momento de personal de la empresa y/o sus abogados, en particular de los usuarios de los ordenadores inspeccionados y el personal de los despachos o zonas de trabajo inspeccionadas, por lo que se solicita a los Directores Generales de la empresa que den las instrucciones oportunas para que colaboren con los inspectores para proporcionar la información que pudiera ser requerida en relación con claves de acceso, organización de los archivos físicos y/o informáticos, etc. Igualmente, se solicita la colaboración de la empresa y del personal para la localización e identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa, para que tras un análisis somero por el equipo de inspección, y si éste así lo considera procedente, dichos documentos claramente individualizados e identificados por la empresa, sean eliminados de la información inicialmente recabada. En todo caso, la CNMC devolverá aquella información que pueda considerarse de carácter personal o contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa y que encuentre en el transcurso del análisis de la documentación recabada, aunque no se hubiera solicitado previamente durante la inspección por la empresa su confidencialidad.

Por lo que se refiere a la búsqueda y selección de documentos a recabar se subraya que la misma se centrará en los hechos mencionados en la orden de investigación entregada a la empresa, basándose en criterios objetivos, proporcionados y relacionados con el objeto de la investigación y a lo largo de la inspección podrá pedirse explicaciones o aclaraciones sobre hechos relacionados con la inspección a cualquier representante o miembro de la empresa. En concreto y por lo que se refiere al análisis y selección de documentos, sea cual sea el soporte en el que se encuentran, se informa que se trata de un proceso que consta de diferentes fases sucesivas. Dicho proceso comenzará en los despachos y equipos o dispositivos informáticos inspeccionados donde, siempre que sea posible y con la colaboración de la empresa y el personal investigado, se realizará una evaluación inicial de la información en soporte papel y de la información en soporte electrónico almacenada en los dispositivos analizados, al objeto de realizar una primera selección de la información relacionada con la investigación, que será trasladada a la sala de trabajo para su posterior análisis detallado.

En el caso de la información en soporte digital, identificada como resultado de esta primera selección, será copiada y trasladada a los equipos informáticos del equipo inspector donde será objeto de sucesivas fases de filtrado mediante la inspección visual del mismo por los inspectores y, eventualmente, mediante la ayuda de otros criterios adicionales de búsqueda basados en el uso de palabras significativas. Se comunica a la empresa que le será facilitada al finalizar la inspección la relación de palabras significativas utilizadas como apoyo a la selección de información y que dicha relación constituye un instrumento de ayuda al proceso de análisis y 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 y que, por tanto, el resultado final de este proceso de filtrado dependerá de determinados factores tales como volumen, organización y naturaleza de la información a analizar, características técnicas de los sistemas informáticos de la empresa, presencia de los usuarios de los equipos inspeccionados en la sede de la empresa o de la colaboración con el equipo inspector en la identificación de la información durante la primera fase de selección de la misma. Que una vez trasladada la información a la sala de trabajo (tanto en papel como en los equipos informáticos del equipo inspector) no se permitirá a la empresa tener acceso a las distintas herramientas ni a los criterios de búsqueda utilizados por el equipo instructor para determinar la documentación que finalmente será recabada por el equipo inspector, puesto que el conocimiento de dichos criterios podría poner el riesgo la efectividad de la inspección.

Se hace constar en el Acta que la empresa plantea la posibilidad de disponer de dicha relación de palabras significativas antes de finalizar la inspección y que se aclara a la empresa que la entrega de dicha relación



se realizará al finalizar la inspección una vez que se disponga de la relación definitivamente utilizada, al poder experimentar variaciones en función del desarrollo de la inspección, así como para prevenir la posible eliminación de información relevante antes de su análisis por el equipo inspector y evitar poner en riesgo el resultado de la inspección. Que, la empresa también plantea la posibilidad de comprobar la información trasladada a la sala de trabajo durante su proceso de análisis, aclarándose por la CNMC a la empresa que, al finalizar la inspección, en relación a la información recabada durante la misma, quedará en poder de la empresa, además de una copia del acta de inspección, una copia de toda la información recabada por el equipo de inspección, tanto en soporte papel como en soporte electrónico, debidamente verificada, para que tenga conocimiento pleno de la información recabada.

En concreto, en cuanto a la información que en su caso sea recabada en formato papel, se indica que se procederá a obtener una copia en formato digital de la misma mediante el uso de escáner de documentos. En caso de que la empresa no dispusiera de los medios adecuados para ello, se procedería a realizar fotocopiado en formato papel de la documentación a recabar. Se solicita la colaboración de la empresa para facilitar los equipos necesarios para la realización de dichas copias. Una vez finalizada esta labor se facilitará a la empresa una copia de los documentos en soporte papel recabados por los inspectores, quedando asimismo el original en poder de la empresa. Que igualmente, de la información en formato electrónico finalmente recabada, se harán 2 copias idénticas, quedando en poder de la empresa una de las copias.

Se informa a la empresa que todos los equipos informáticos y dispositivos de almacenamiento de información utilizados por el equipo inspector para recabar y procesar información en soporte electrónico están dotados de un sistema de cifrado que impide el acceso a dicha información por parte de terceros y que una vez copiados los documentos en formato electrónico que finalmente sean recabados y comprobados los archivos contenedores se procederá a utilizar una aplicación informática que realiza "un borrado seguro" de toda la información intermedia almacenada en los dispositivos de la CNMC, que hace irrecuperable la información eliminada. Dicha aplicación informática cumple con los estándares nacionales e internacionales en esta materia y que, en todo caso, la información recabada en la inspección tendrá cautelarmente carácter confidencial y en ningún caso dicha información será incluida en el expediente público mientras no se haya sustanciado la confidencialidad de ésta. Por ello, una vez analizada en la sede de la CNMC toda la documentación recabada en la inspección, la Dirección de Competencia comunicará a la empresa qué documentación recabada en la inspección 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, aportando versión censurada de los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC.

Recoge, además el acta que, 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.

A la vista lo expuesto, los inspectores actuantes solicitaron la colaboración de la empresa y del personal para la localización e identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente para que pudiera, en su caso, ser eliminados de la información inicialmente recabada. E incluso, según se desprende de la lectura del Acta de Inspección durante todo el proceso de búsqueda de documentación y de realización de copias, estuvo siempre presente, junto con los inspectores de la CNMC, representantes de la empresa inspeccionada, así como sus abogados externos quienes pudieron efectuar observaciones en relación con los documentos que podrían resultar ajenos al objeto de la inspección o pertenecer a la esfera privada de los empleados y no ser, en consecuencia, adecuada su copia. Además, al finalizar las actividades de inspección, quedó en poder de la recurrente la relación completa de documentos recabados en el curso de la misma, tanto en formato papel como en formato electrónico para que pudiera solicitar, en cualquier momento del procedimiento, que se mantuvieran secretos los datos o documentos que pudiera considerar confidenciales.

Por otra parte, la actora se ha limitado a referir que se ha incautado documentación ajena al objeto de investigación, pero no ha especificado que documentos concretos y por qué razón podían reunir esa calificación cuando, como hemos relatado, tuvo a su disposición esa posibilidad.

No podemos aceptar la pretensión de la recurrente de que únicamente puede incautarse documentación que se encuentra en dispositivos de la empresa y no en los privados pues ello permitiría eludir la actividad inspectora con el mero uso de los dispositivos privados en los casos de actuaciones concertadas con otras

empresas competidoras para evitar así el seguimiento de los mismos. Lo que no se permite es la incautación y posterior análisis de los documentos meramente privados; pero la recurrente no ha especificado en sus alegaciones si alguno de los documentos - correos y conversaciones incautadas- tienen la consideración de documentación exclusivamente privada ajenas al objeto de la investigación referida en ese caso a la existencia de acuerdos o de prácticas concertadas para un reparto del mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible. Incautación de documentación a la que también se refería la Orden de Investigación al especificar que la actuación por los inspectores debía alcanzar a:

*"La inspección del registro de comunicaciones internas.*

*La inspección del registro de comunicaciones externas, incluido el libro de "faxes" y la correspondencia comercial.*

*La inspección de las agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa.*

*La inspección de los archivos físicos e informáticos.*

*La inspección de ordenadores personales.*

*La inspección de los libros de actas del Consejo y de los órganos directivos.*

*La inspección de los documentos contractuales".*

Por consiguiente, concluimos que los inspectores actuantes únicamente han incautado documentación electrónica que encontraron en los ordenadores de la empresa o dispositivos privados con uso profesional una vez utilizado el sistema del filtrado previo con el uso de palabras clave para identificar aquellos documentos que podían tener interés para la inspección y para la investigación descartando todos aquellos que no entraron en ese filtrado. Documentación que puede obtenerse no solo de los ordenadores proporcionados por la empresa a sus empleados sino también de sus dispositivos privados que se encuentren en la sede de la empresa siempre que respondan a las palabras claves utilizadas en el filtrado.

Por lo demás, no pueden prosperar la alegación actora de que se impidió a sus abogados o representantes estar presentes durante la revisión documental, lo que a su vez le habría impedido "controlar a qué documentos estaban accediendo los inspectores del CNC, pues no podía supervisar y verificar el trabajo de selección y filtrado de los funcionarios de la CNC". Con tal modo de razonar la recurrente pretende desconocer la indicación expresa de los Inspectores actuarios de permitirles en todo caso estar presentes en la sala donde se llevaba a cabo la revisión documental.

Por lo demás, no apreciamos que el desarrollo de la actuación inspectora haya afectado a la indemnidad del derecho de defensa, dado que la inspeccionada recibió al final de la inspección una copia de los documentos en soporte papel obtenidos por el equipo inspector, así como un soporte digital con la copia de los archivos informáticos finalmente recabados, según consta también el Acta.

En definitiva, la recurrente durante la inspección tuvo la oportunidad de identificar los documentos que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente, ya que tenía el correspondiente conocimiento de dicha documentación para identificarla, no costando que lo hiciera.

**QUINTO.-** Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la desestimación del presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de **FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.U (FRS)** contra la Resolución, de fecha 21 de abril de 2020 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del expediente número R/AJ/002/20, FRS, por la que se desestima el recurso interpuesto por FRS contra la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2019 y la actuación inspectora realizada los días 17 a 19 de diciembre de 2019 en la sede de la empresa, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ