

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0046/10 TRASMEDITERRÁNEA)**

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 2 de julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente Dña. Pilar Sánchez ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0046/10, Trasmediterránea, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de Compañía Trasmediterránea, S.A. y Trasmediterránea Cargo, S.A., de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra las Órdenes de Investigación de la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de 3 de mayo de 2010 de Palma de Mallorca y Madrid y de 12 de mayo de Madrid; contra los actos materiales de ejecución de las órdenes anteriores realizados el 11 y 12 de mayo en las sedes de Estación Marítima, 2, Muelle de Peraires, 07015 Palma de Mallorca y Avda. de Europa, 10, Parque Empresarial de la Moraleja, 28108 Alcobendas (Madrid) y contra el acuerdo de la DI de 18 de mayo de 2010, por la que se daba respuesta a la solicitud de información y a la petición de incorporación de los tres Addendum entregados por los representantes de la empresa durante la inspección de Madrid a la información reservada, efectuada por parte de las recurrentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 24 de mayo de 2010, previa entrada en correo administrativo de 21 de mayo de 2010, tuvo entrada en la CNC recurso interpuesto por Compañía Trasmediterránea, S.A. y Trasmediterránea Cargo, S.A., representadas por D. Francisco J. Risquete Fernández, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra las Órdenes de Investigación de 3 de mayo de 2010 de Palma de Mallorca y Madrid y de 12 de mayo de Madrid; contra los actos materiales de ejecución de las órdenes anteriores realizados el 11 y 12 de mayo en las sedes de Estación Marítima, 2, Muelle de Peraires, 07015 Palma de Mallorca y Avda. de Europa, 10, Parque Empresarial de la Moraleja, 28108 Alcobendas (Madrid) y contra la resolución de la DI de 18 de mayo de 2010, por la que se daba respuesta a una solicitud de información y a la petición de incorporación de los tres Addendum a la información reservada por parte de las recurrentes, al entender

que los citados actos administrativos les han producido indefensión y un perjuicio irreparable materializado en la violación de derechos fundamentales de la empresa, como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

SEGUNDO. En dicho recurso se solicita en concreto: que se ordene la notificación del contenido de la denuncia en la que se fundamentan las anteriores Órdenes de Investigación; que se ordene la puesta en conocimiento del contenido del Auto Judicial de Madrid; que se anulen las Órdenes de Investigación de 3 de mayo de 2010 de Madrid y Palma de Mallorca y la de 12 de mayo de Madrid y se les devuelva la totalidad de la documentación incautada en el desarrollo de la inspección; subsidiariamente, para el caso que el Consejo no acoja la petición anterior, que se acuerde la nulidad de las inspecciones practicadas en los locales de la empresa en Madrid y Palma de Mallorca los días 11 y 12 de mayo de 2010 devolviendo toda la documentación incautada en el desarrollo de las mismas.

Además con el objetivo de asegurar la efectividad de la resolución que en su día se dicte y evitar que la ejecución de los actos impugnados haga perder su finalidad legítima al recurso, las recurrentes solicitan la adopción de una medida cautelar consistente en ordenar la no incorporación de la información incautada en las inspecciones anteriores a la información reservada S/0244/10 u otro expediente y adoptar las medidas oportunas para asegurar que dicha información no va a ser conocida por ningún funcionario de la DI hasta la resolución del procedimiento del recurso administrativo principal.

TERCERO. Las anteriores pretensiones se justifican en los siguientes hechos:

Con fecha de 11 de mayo de 2010, varios funcionarios de la Comisión se personaron en las oficinas de la empresa en Madrid y Palma de Mallorca con el fin de realizar una inspección. A tal objeto, los mencionados inspectores notificaron a los representantes de la empresa sendas órdenes de inspección firmadas por la Directora de Investigación. En la sede de la empresa en Palma de Mallorca el Jefe de Equipo de Inspección facilitó a los representantes de la empresa copia de la Orden de Inspección y del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca. A la vista de tales documentos se accedió a la inspección. En la sede de la empresa en Madrid el Jefe de Equipo sólo exhibió a los representantes de la empresa la Orden de Inspección, y tras las advertencias acerca de las consecuencias asociadas a la negativa de la empresa a prestar el consentimiento a la entrada de los inspectores, los representantes de la empresa se sometieron a la inspección. A lo largo de la inspección, los representantes de la sede de la empresa en Madrid preguntaron sobre la existencia de una orden judicial que autorizase la entrada y solicitaron en varias ocasiones tener acceso al mismo. El Jefe de Equipo confirmó la existencia del Auto judicial pero rechazó exhibirlo o dar acceso al

mismo. Dichas peticiones se hicieron constar en el Addendum que se acompaña al Acta de Inspección.

CUARTO. Con fecha de 14 de mayo de 2010, la empresa presentó formalmente a la DI una solicitud por la que se pedía: copia del contenido del Auto judicial que autorizaba la entrada en la sede de Madrid; notificación de la denuncia presentada contra la empresa sobre cuyas afirmaciones se habría sustentado la inspección; la incorporación a la información reservada de los tres Addendum entregados por los representantes de la empresa al equipo de instrucción encargados de la inspección de Madrid.

QUINTO. Con fecha de 18 de mayo de 2010, la DI notificó a la empresa su decisión de rechazar todas las peticiones realizadas por la misma en la solicitud de 14 de mayo.

SEXTO. Con fecha de 24 de mayo se presentó ante el Consejo escrito en el que se formula recurso al amparo del artículo 47 mencionado.

SÉPTIMO. Con fecha de 27 de mayo, la DI remitió informe sobre el recurso en cuestión, conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC.

OCTAVO. El Consejo de la CNC en su reunión de 2 de junio de 2010 ha examinado y fallado la siguiente Resolución.

NOVENO. Es parte interesada Compañía Trasmediterránea, S.A. y Trasmediterránea Cargo, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Fundamento del recurso y pretensiones de las recurrentes

Del escrito de recurso presentado con fecha de 24 de mayo de 2010 se deduce que el fundamento de las recurrentes para promoverlo se basa, de forma principal, en las Órdenes de Investigación de 3 de Mayo y 12 de mayo por las que se autoriza las inspecciones que se llevaron a cabo en Madrid y Palma de Mallorca, y la Resolución de la DI de 18 de mayo. Subsidiariamente también, para el caso en que no se admitiese el recurso contra las Órdenes de Investigación, fundamentan éste en las actuaciones materiales de ejecución de las Órdenes de Investigación mencionadas llevadas a cabo por los funcionarios inspectores de la DI.

En concreto, la representación de las recurrentes articula sus pretensiones mediante las siguientes alegaciones, que seguidamente se analizarán:

1. La vaguedad de las Órdenes de Investigación que determina la imposibilidad de conocer los concretos hechos que justificaron las inspecciones de Madrid y Palma

2. La negativa de los inspectores a facilitar el acceso de la empresa al contenido del Auto judicial de Madrid lo que le impide ejercer sus derechos de defensa.
3. El consentimiento de la empresa a la inspección de Madrid no reúne los requisitos necesarios para que pueda ser considerado válido.
4. La ejecución material de las Órdenes de Investigación se realizó de forma desproporcionada, vulnerando los derechos de la empresa a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.
5. La denegación de la denuncia sobre la que se sustentaron las inspecciones impide el ejercicio de los derechos a la defensa y a ser informados de la acusación.

De conformidad con lo expuesto por la representación de las mercantiles recurrentes, la actuación de la DI no sólo ha puesto en peligro los derechos de defensa de las empresas en el expediente que el Consejo decida incoar, sino que además puede comprometer su defensa de forma efectiva.

Sostienen que además de la conculcación general de los derechos de defensa, las resoluciones y actos de la DI han causado un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos de la empresa, materializado en la violación de derechos fundamentales de la empresa a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones, consagrados en los artículos 18.2 y 18.3 de la CE. Esta extralimitación conllevaría de forma inmediata la nulidad de todos los actos de instrucción practicados en las sedes en Madrid y Palma de Mallorca.

Se analizan seguidamente los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo.

SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece lo siguiente: *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*. La primera observación que debe ser ratificada por este Consejo es que el recurso ante el cual nos encontramos ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 47 de la LDC y ante el órgano competente para su resolución, como se deduce del Informe emitido por la DI. Procede, pues, entrar a examinar si se trata de un acto susceptible de recurso, esto es, si las actuaciones administrativas recurridas pueden causar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente.

Este Consejo, tras haber realizado el análisis pertinente, considera que el presente recurso debe ser inadmitido por los motivos que, de forma sistemática, a continuación se exponen:

i) En primer término, porque las Órdenes de Investigación dictadas por la DI y la subsiguientes inspecciones sobre las que se fundamenta el presente recurso constituyen un acto de trámite previo a la iniciación de procedimiento alguno no susceptible de ser impugnado al no producir indefensión ni perjuicios irreparables.

A este respecto este Consejo ha manifestado reiteradamente en sus resoluciones que la inspección -y lo mismo sirve para la Orden de Investigación, título administrativo habilitante de éstas- es un acto de mero trámite que no es recurrible por carecer de contenido sancionador. La imposibilidad de recurrir actos de trámite sin efectivo contenido sancionador ha sido así mismo confirmada por el Tribunal Supremo que considera que la vulneración del artículo 24 de la Constitución no puede invocarse en relación a meros actos de trámite, aunque estos se dicten en el marco de un procedimiento sancionador. Así, en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo declara que *“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”*, matizando que *“esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”*.

Como resulta evidente, las inspecciones llevadas a cabo los días 11 y 12 de Mayo en las dependencias de Madrid y Palma de Mallorca de las mercantiles afectadas no constituyen actos definitivos ni resuelven el procedimiento sancionador. Antes bien, las facultades reconocidas en el artículo 40 a los funcionarios de la CNC para llevar a cabo las inspecciones constituyen una posibilidad otorgada a la DI, que puede ejecutarse, incluso, con anterioridad a la incoación de expediente sancionador, como en el caso examinado. En tales circunstancias la inspección domiciliaria se inserta dentro de la fase de información reservada (art. 49. 2 LDC) cuyo objeto es determinar, con carácter preliminar, si concurren las circunstancias que justifiquen, en su caso, la incoación del expediente sancionador. Ni la información reservada ni la ejecución de la inspección determinan necesariamente que el expediente sancionador vaya a ser incoado, puesto que ello dependerá del resultado de las actuaciones (incluida la inspección), pudiendo acordarse finalmente el archivo de las actuaciones.

En cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el TC entiende que es *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todos, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). Dado que, como veremos, no puede hablarse de vulneración de ningún derecho constitucional, no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable. Además entiende el Consejo que tampoco cabe apreciar su existencia en el momento procedimental en el nos encontramos, puesto que las inspecciones, desarrollada con arreglo a unas Órdenes de Investigación ajustadas a las exigencias del artículo 13.3 del RDC y validadas a efectos de entrada por un Juez de lo

Contencioso-Administrativo, no han tenido ningún tipo de consecuencia jurídica que pueda identificarse con la producción de perjuicio irremediable.

ii) En segundo término, y sentadas las bases anteriores, aún cuando procediera realizar un análisis pormenorizado y de fondo de las cuestiones planteadas por la recurrente, entiende el Consejo que tampoco cabría admitir el recurso desde la perspectiva de las alegaciones específicas suscritas por las recurrentes en relación con las condiciones establecidas en el art. 47 de la Ley, como se expone en el siguiente Fundamento.

TERCERO.- Improcedente alegación de indefensión o perjuicio irreparable

Justificado el hecho de que los actos de trámite como los recurridos no son susceptibles de recurso, procede, en segundo término, fundamentar la ausencia de los requisitos del artículo 47 al amparo de lo alegado por las empresas recurrentes, si bien ya se anticipa que el resultado conduce igualmente a la inadmisión del recurso.

(i) Falta de definición del objeto de la orden de investigación

Con carácter principal las recurrentes alegan la indefinición con que la DI describió el objeto de la inspección, dando como resultado unas Órdenes de Investigación redactadas en términos muy amplios y vagos que no cumplen los requisitos y garantías establecidos en el art. 13.3 del RDC.

Según las recurrentes, las Órdenes de Investigación sobre las que se sustentaron las inspecciones en Madrid y Palma de Mallorca contienen, desde el prisma de la definición objetiva, una enumeración genérica, amplia, abierta, extensiva y vaga de un catálogo de conductas enumeradas en los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del TFUE, que impide que pueda verificarse que el registro en dichas sedes tuvo como objeto hechos concretos, sino más bien toda una tipología de conductas lo que resulta, a todas luces, inadmisibles.

Esta vaguedad se manifiesta, según éstas, de forma especial en la delimitación de los mercados, puesto que los pretendidos mercados definen de forma amplia la actividad de la Compañía Trasmediterránea S.A., es decir, todos los servicios prestados por la mencionada empresa tienen lugar en los mercados identificados por la DI sin añadir ningún elemento de concreción. Además las Órdenes de Inspección omiten un elemento fundamental en el sector del transporte marítimo como es la delimitación geográfica del área respecto de la que se examinan las actividades de la empresa. Por último, las mencionadas Órdenes tampoco acotan el periodo temporal en el que se debe desarrollar la inspección.

Con carácter previo, es necesario poner de manifiesto que las Órdenes de Investigación gozan de una doble presunción de validez, por una parte como actos administrativos dictados por una autoridad competente con sujeción a la ley, y de otra, al haber sido refrendadas por el Juez competente para ello al proceder a la autorización judicial.

No obstante, de acuerdo con el art. 13.3 del RDC la Orden de Investigación deberá 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 vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia”.

De la lectura de las Órdenes de Investigación bajo consideración no puede más que concluirse que cada una de ellas cumple todos y cada uno de los requisitos establecidos en el precepto reglamentario antedicho. Con respecto a los extremos que han sido específicamente señalados en el escrito de recurso, hemos de puntualizar, en primer lugar, que este Consejo no comparte el planteamiento mantenido sobre el carácter genérico, expansivo y poco concreto con respecto a la delimitación del objeto de la inspección y la definición objetiva de las conductas investigadas. Como bien ha puesto de manifiesto la DI, en las mismas se especifican claramente las conductas denunciadas y cuál era el objeto de las inspecciones. Las informaciones e indicios de los que disponía la DI se referían a varias y diversas conductas, pero en ningún caso se recurrió en la redacción de las Órdenes de Investigación a una enumeración amplia y vaga, ni siquiera a una mera reiteración del catálogo contemplado en los arts. 1 y 2 de la LDC, como señalan las recurrentes. Se refieren particularmente a conductas tales como acuerdos para repartos de mercado, fijación de precios o condiciones comerciales, la imposición de precios o imposición de condiciones comerciales no equitativas. De la simple lectura de los primeros preceptos de la LDC puede confirmarse que existen muchos más ilícitos antitrust que no tuvieron cabida en las Órdenes de Investigación controvertidas.

En cuanto a la delimitación de los mercados, de nuevo debemos afirmar que los mismos aparecen definidos en las Órdenes de Investigación de forma suficiente teniendo en cuenta el preciso momento procedimental en que emanan, que no es otro que el inicio de las primeras investigaciones que permitan esclarecer la existencia o no de un ilícito perseguible por las autoridades de competencia. Además de acuerdo con el precepto reglamentario de aplicación, la delimitación de los mercados no constituye requisito necesario para la validez de la Orden.

No hay que olvidar por último que, como suele señalar este Consejo, las prácticas investigadas por la DI, a diferencia de otras conductas perseguidas por otras Administraciones, son conductas realizadas evitando cualquier trascendencia pública, por lo que las situaciones fácticas son, en un primer momento de la investigación, difícilmente concretables al 100%. En este sentido, la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2010, cuyos razonamientos aparecen posteriormente reiterados en la SAN de 23 de Abril de 2010, ha declarado expresamente lo siguiente: *“la noticia de la posible existencia de una infracción de la LDC faculta a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a realizar una información reservada, incluso con investigación*

domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador; luego no cabe exigir a la Orden de Investigación, en la que se sustenta el auto apelado, ni a éste mayor precisión en cuanto a sus fundamentos fácticos y jurídicos. Tras esta investigación preliminar a la incoación del procedimiento sancionador y en atención a los resultados obtenidos en la misma, la Administración estará en disposición de fijar los hechos y podrá exigírsele que así lo haga, pero antes bastará con la noticia de actuaciones concertadas que puedan ir dirigidas a la comisión de una infracción administrativa en materia de competencia. Siendo que esa información reservada, con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, no tiene naturaleza sancionadora, no cabe entenderla sujeta a los principios de la potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador, regulados en la Ley 30/1992... ”.

En la misma línea se ha pronunciado la reciente sentencia de la AN de 23 de junio de 2010 en cuyo fundamento jurídico segundo se puede leer: “*Se imputa vicio de nulidad al Acuerdo de incoación y orden de investigación en cuanto no concreta los hechos objeto de las actuaciones.*”

Tanto el Acuerdo de incoación como la orden de investigación se basan en “indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LEC... relativas a la fijación de precios así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, podrían haber comenzado en el año 2003 y continuar en vigor afectando al sector de las actividades transitarias por carretera”

Existe por ello delimitación de hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, ello no es objeto de una orden de investigación ni de un Acuerdo de incoación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación.”

Pues bien, como claramente, puede deducirse, esta reciente declaración es plenamente aplicable al caso frente al que nos encontramos, por lo que este Consejo ha de concluir que la alegación de las recurrentes, sobre la que se sustenta el recurso, acerca de la supuesta vaguedad de las Órdenes de Investigación carece de fundamento.

(ii) Denegación de contenido del auto

En relación con la denegación del contenido del Auto durante la inspección desarrollada en las dependencias de la empresa en Madrid, las recurrentes alegan el menoscabo de su derecho de defensa tanto por la negativa de acceso al contenido del Auto como la denegación de identificación del Juzgado por parte de los inspectores.

A este respecto basta señalar que el art. 40 de la LDC establece expresamente que el ejercicio de las facultades de acceso a los locales y de precinto de los mismos requerirá el previo consentimiento expreso del afectado **“o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial”**. Nótese que la ley es clara y explícita al utilizar la locución **“o, en su defecto”** que no admite lecturas diferentes, ni da lugar a interpretaciones ambiguas. De la misma forma se expresa la Ley 30/1992 en su artículo 96.3. Y de esta forma lo entendió el Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Madrid, que emitió el Auto autorizante para la inspección en la sede de Madrid, al reconocer expresamente el carácter supletorio de la autorización para el supuesto de que el interesado no acepte o no preste consentimiento a la actuación inspectora. Rechazo que debe ser documentado en forma y remitirse al Juzgado. Por tanto, la autorización judicial fue concedida expresamente solo para el supuesto en que no fuera voluntariamente aceptada la intervención del personal de la CNC.

Pues bien, habiéndose prestado dicho consentimiento voluntariamente por parte de los representantes de la empresa inspeccionada, tal y como se hace constar en el párrafo quinto del Acta de inspección de 12 de mayo, tal autorización judicial ha carecido de carácter ejecutivo, pues fue expedida para un supuesto fáctico que no tuvo lugar. Solo mediante un planteamiento ciertamente intrincado puede sustentarse que el hecho de no comunicar a la investigada el contenido de un título que no se ha desplegado efectos jurídicos, por haberse revelado como innecesario, haya causado una vulneración de su derecho de defensa. En nada afecta a este derecho el hecho de que, siguiendo la literalidad del precepto, el mandato judicial haya dispuesto, y así haya sido cumplido por los inspectores, que solamente se le de traslado del mismo a la mercantil inspeccionada cuando ésta no prestara voluntariamente su consentimiento a la entrada, dado el carácter supletorio del auto y su finalidad precautoria. En definitiva, en lo que atañe a los derechos de la empresa, una vez que la misma otorgó voluntariamente su consentimiento, es como si ese auto no hubiera existido nunca y por tanto en nada influye, ni mucho menos perjudica, ni siquiera de manera indirecta, la defensa de la empresa, el conocimiento de su contenido o el del juzgado responsable del mismo.

(iii) Vicios del consentimiento a la realización de la inspección

Alegan las recurrentes que el consentimiento prestado por el representante de la empresa no fue otorgado de forma libre sino mediatizado por la equiparación realizada por los inspectores entre la negativa a prestar el consentimiento a la entrada y el tipo sancionador del artículo 62.1. d) de la Ley 15/2007. Además añaden los requisitos que, según el TS, son necesarios que concurren para un consentimiento válido para autorizar un registro domiciliario, siendo éstos la capacidad del prestador del consentimiento, que sea otorgado consciente y libremente, que se otorgue expresamente y se haga constar por escrito, que sea otorgado por el titular del domicilio y que lo sea para un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta.

Al respecto entiende este Consejo que todos y cada uno de las condiciones establecidas por el TS que determinan la validez del consentimiento están presentes de forma manifiesta en el asunto que nos ocupa. Ello puede deducirse claramente tanto de las Actas de inspección firmadas por el representante y el abogado externo de la empresa, como por las propias manifestaciones emitidas, con posterioridad, en el escrito de recurso. No poniéndose en duda la capacidad del prestador para otorgar su consentimiento en nombre de la empresa ni su condición de representante de la misma, el resto de los demás requisitos jurisprudenciales así mismo están presentes: tal y como queda patente en los párrafos 4 a 14 del Acta de Inspección del día 11 de mayo, desde un primer momento se le informó al representante de la empresa del objeto de la inspección, de las facultades legales en las que estaba amparada, y se le dio traslado de la Orden de Investigación para que la leyera con detenimiento, teniéndole que ser aclarados algunos puntos de la misma. En segundo lugar, también se le informó de las obligaciones de colaboración de la empresa y los efectos de un incumplimiento de dicha obligación, tal y como, además queda reflejado en la Orden de Investigación, por prescripción del art. 13.3 del RDC.

Que se le informe sobre las consecuencias acerca de una posible obstrucción a la labor inspectora, tal y como es dispuesto por la ley, no puede considerarse más que como un hecho periférico que carece de suficiente entidad para invalidar el consentimiento. Tal y como la propia empresa reconoce en su recurso este hecho no puede asimilarse a la concurrencia de violencia, intimidación o dolo, por lo que hay que concluir que el consentimiento se prestó consciente y libremente. Por último como reflejan las Actas de 11 y 12 de mayo, el Acta de precinto y los Addendum el consentimiento fue otorgado expresamente y se hizo constar por escrito, después de que la empresa se hiciera cargo por completo de la situación y tras haber sido asesorada por sus abogados externos.

Todo ello impide que pueda ser acogida la pretensión de la empresa sobre la invalidez de su consentimiento y la supuesta vulneración del artículo 18.2 de la CE que proclama la inviolabilidad del domicilio puesto que la inspección, como se ha visto, se realizó previa autorización expresa de la empresa.

(iv) Desproporción en la actuación de los inspectores

Por otra parte, en el recurso se alega que la actuación de los inspectores en la ejecución material de la inspección no respetó los principios de proporcionalidad exigibles, particularmente en relación con la incautación masiva de correspondencia electrónica.

Las recurrentes, sin embargo, parecen incurrir en su escrito presentado ante el Consejo contradicciones que en modo alguno reflejan los hechos cómo realmente sucedieron, tal y como queda constatado en las Actas de Inspección. Así que siendo cierto que en un momento inicial del proceso de selección se copiaron 95.245 correos electrónicos, tal y como reconocen en su escrito de recurso, la empresa tuvo constancia siempre de que los documentos inicialmente grabados serían sometidos a varios procesos sucesivos de filtrado

en presencia de los abogados de la empresa, y finalmente los correos copiados y trasladados a las dependencias de la CNC fueron exclusivamente 12.019. Solamente este dato permite desechar el juicio sin fundamento de las recurrentes en cuanto a la desproporción de la inspección, pues en ningún caso se produjo tal copia masiva. Más bien al contrario, los inspectores velaron en todo momento, como lo demuestra la documentación incautada, de que la intervención administrativa produjera la menor injerencia posible en los derechos de las investigadas. Así se les informó desde un primer momento de que el proceso de selección consta de diferentes fases a través de un sistema de depuración y filtrado sucesivo, requiriendo en todo momento la colaboración de la empresa y la presencia de sus abogados y representantes. Este hecho queda especialmente patente en relación con los documentos afectados por la confidencialidad abogado-cliente, pues la empresa facilitó en listados de abogados y bufetes que trabajan con la empresa en su defensa, junto con una lista de palabras significativas, y que fue utilizada para poder filtrar dicha información atinente al secreto de las relaciones abogado-cliente. Sin embargo, los inspectores consideraron la citada lista de palabras significativas demasiado genérica, y sugirieron utilizar otras palabras menos generales que darían lugar a un margen más estrecho de resultados de búsqueda. Así mismo se previno a las empresas de que la información finalmente recabada sería objeto de un análisis más exhaustivo en la sede de la CNC para determinar los documentos que finalmente serían incorporados al expediente, devolviendo a la empresa inspeccionada los documentos no incorporados o la documentación que pudiera estar protegida por la confidencialidad abogado-cliente. Por otra parte, toda la documentación fue declarada confidencial y al finalizar la inspección el equipo inspector facilitó la relación de palabras significativas que habían sido utilizadas como apoyo a la selección, quedando copia en poder de la empresa, en caso de la documentación en papel cotejada por el representante de la empresa, de toda la información recabada durante la inspección.

Todas estas garantías tomadas por el equipo de inspección que determinó, recordemos una vez más, la copia de menos de una octava parte de los existentes en los ordenadores de la empresa, permite rechazar de plano la alegación de las recurrentes sobre la desproporción y la injerencia masiva de las labores inspectoras.

Si bien a pesar del filtrado sucesivo, las recurrentes, de la lista de 53 abogados facilitada por la misma, han encontrado correspondencia con uno de ellos en la información recabada en la inspección, ello no hace sino demostrar la extremada eficacia, que no la total exactitud -pues ello sería imposible dada el volumen de información y documentación que se maneja- del sistema de filtrado, y al respecto este Consejo recuerda que la sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2009 confirmó, en este extremo, la actuación llevada a cabo por inspectores de competencia, al pronunciarse sobre un recurso contra las actuaciones inspectoras de la CNC.

Por lo que respecta a la afectación del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados, la AN en la sentencia referida no apreció la existencia

de tal violación, ya que la CNC no dirigió su actuación a la aprehensión de documentos privados ni a intervenir las comunicaciones ni correos de sus empleados con terceros, sino que al copiar otros documentos existentes en la empresa, también se copiaron aquellos. De ello infirió la AN que dicha afectación carece de sustantividad propia.

Por todo lo dicho entendemos que tampoco es posible verificar vulneración alguna de los derechos de las empresas a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en el sentido que defienden las recurrentes.

(v) Contenido de la denuncia

Las recurrentes alegan que la denegación mediante Resolución de 18 de mayo de la solicitud efectuada por ellas tras la inspección de la notificación del contenido de la denuncia en la que se sustentaba la investigación vulnera el art. 24 de la Constitución, especialmente su derecho a ser informado de la acusación y el derecho a no declarar contra sí mismo.

Yendo todavía más allá, la sentencia de la AN de 23 de junio de 2010, ha declarado que *“tampoco es necesario poner en conocimiento de los interesados los hechos denunciados para delimitar el objeto de la investigación, porque los hechos denunciados no constituyen tal objeto, sino los recogidos en la orden de investigación y en el Acuerdo de incoación.”* No siendo exigible poner en conocimiento de los interesados los hechos denunciados, tampoco será necesario la notificación del contenido de la denuncia a que instan las interesadas.

Dicha negativa además no puede ser vulneradora del derecho constitucional de defensa, habiéndose cumplido todas las garantías de comunicación e información exigibles en esta fase previa del procedimiento sancionador, en el sentido de que se ha informado a las investigadas de la existencia de tal denuncia, del inicio de la investigación preliminar para determinar si concurren las circunstancias que den lugar a la incoación de expediente, de las conductas sobre las que versa tal denuncia que pudieran constituir ilícito antitrust, de las empresas investigadas y del objeto y el alcance de la inspección. No es aceptable por tanto sostener que se han vaciado de contenido las garantías procesales de las empresas investigadas, pues los hechos de forma indubitada evidencian que no ha sido así.

TERCERO. Denegación de la medida cautelar solicitada

Las recurrentes al amparo de lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 111 solicitan mediante OTROSÍ la medida cautelar consistente en evitar el acceso a la información incautada en las inspecciones llevadas a cabo en las dependencias de la empresa en Madrid y Palma de Mallorca los días 11 y 12 de Mayo de 2010.

Sin embargo, según el art. 45 de la LDC, “los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se registrarán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”. Por lo tanto, de conformidad con lo manifestado por la DI, la Ley 30/92 tiene carácter supletorio y el precepto legal aplicable en este caso sería el art. 54 de la LDC. Éste, en concreto, dispone que “una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”.

No habiéndose incoado expediente, por encontrarse en fase de información reservada en virtud del art. 49.2 de la LDC, no procede tampoco la adopción de medidas cautelares. Ya de por sí esta consideración bastaría para rechazar de plano tal adopción, pero este Consejo quiere además señalar que tampoco sería admisible el acogimiento de las mismas, puesto que como se ha demostrado en los fundamentos anteriores no existiendo vulneración de derechos ni perjuicios irreparables para las partes afectadas tampoco puede ser atendida la pretensión de la existencia de un peligro adyacente para los intereses de las recurrentes derivado de la tardanza del órgano decisorio en pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir el recurso interpuesto por la Compañía Trasmediterránea, S.A. y Trasmediterránea Cargo, S.A. contra las Órdenes de Investigación de 3 de mayo de 2010 de Palma de Mallorca y Madrid y de 12 de mayo de Madrid; contra los actos materiales de ejecución de las órdenes anteriores realizados el 11 y 12 de mayo en las sedes de Palma de Mallorca y Madrid y contra la resolución de la DI de 18 de mayo de 2010.

SEGUNDO. – Denegar la medida cautelar solicitada consistente en evitar el acceso a la información incautada en las inspecciones llevadas a cabo los días 11 y 12 de Mayo de 2010 por parte de los funcionarios de la Dirección de Investigación.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa.