



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/164/16, OPTIMEDIA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 14 de julio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/164/16, OPTIMEDIA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por Optimedia, S.L.U. (en adelante, OPTIMEDIA) contra la Orden de Investigación emitida el 11 de mayo de 2016 por el Director de Competencia y las actuaciones de inspección desarrolladas al amparo de la misma el día 24 de mayo de 2016 en la sede social de OPTIMEDIA, en el marco de la información reservada S/DC/0584/16.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 11 de mayo de 2016 se autorizó una inspección en la sede de OPTIMEDIA, por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el sector de servicios de campañas de publicidad, especialmente en relación con los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios

para la difusión de campañas de publicidad. La entrada a dicha empresa estaba asimismo autorizada por el Auto de 19 de mayo de 2016, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid.

2. El 20 de mayo de 2016, OPTIMEDIA recibió notificación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid por la que se dio traslado del Auto que autorizaba la entrada en su domicilio a inspectores de la CNMC, pese a que el Auto preveía la no notificación a la mercantil hasta el momento de la entrada en el domicilio. El 23 de mayo OPTIMEDIA interpuso recurso de apelación contra el Auto judicial.
3. El día 24 de mayo de 2016 se llevó a cabo tal inspección en la sede de OPTIMEDIA.
4. Con fecha 2 de junio de 2016 la representación de OPTIMEDIA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 y las posteriores actuaciones de inspección desarrolladas el día 24 de mayo de 2016 en su sede en ejecución de la misma. La recurrente alega que la Orden de Investigación y la actuación inspectora infringían su derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, por haberse accedido a su sede sin indicios comprobables que lo justificasen. Asimismo se alega por la recurrente que la actuación inspectora excedió del ámbito expresamente delimitado por el Auto judicial autorizatorio del acceso.
5. Con fecha 6 de junio de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por OPTIMEDIA.
6. Con fecha 9 de junio de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación del recurso, en la medida en que la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniéndose por tanto los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
7. Con fecha 21 de junio de 2016 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de OPTIMEDIA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El día 23 de junio de 2016 la representación de OPTIMEDIA tuvo acceso al expediente.

9. El 30 de junio de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de OPTIMEDIA, de fecha 29 de junio.
10. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 14 de julio de 2016.
11. Es interesada en este expediente de recurso Optimedia, S.L.U. (OPTIMEDIA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra la Orden de Investigación expedida por el Director de Competencia el 11 de mayo de 2016 por la que se autorizaba la inspección realizada en la sede de OPTIMEDIA el día 24 de mayo de 2016, la cual es también objeto de recurso.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *"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"*.

OPTIMEDIA solicita del Consejo de la CNMC la anulación de la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016, así como de la actuación inspectora realizada en su sede al amparo de la misma, a las que entiende deberá privárseles de toda validez y efectos, por cuanto considera que vulneran de forma grave el ordenamiento jurídico.

Concretamente, la recurrente alega vulneración del derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio, por haber accedido los inspectores de la DC a la sede de OPTIMEDIA, siempre según criterio de la recurrente, sin indicios comprobables que lo justificasen. Según OPTIMEDIA, estos indicios eran inexistentes, ya que, si hubieran existido se hubieran puesto de manifiesto ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 13 de Madrid y hubieran sido reflejados en el Auto de 19 de mayo de 2016 emitido por el citado juzgado.

Adicionalmente, la recurrente argumenta que la Orden de Investigación carece de la especificación obligada sobre cuáles son las conductas concretas investigadas, con referencia a su ámbito temporal y geográfico, y no contiene una adecuada valoración de la necesidad de realizar una inspección domiciliaria frente a otras posibles actuaciones de investigación que no afectasen a los derechos fundamentales de OPTIMEDIA.

Por otro lado, OPTIMEDIA entiende que la actuación inspectora desarrollada el 24 de mayo en su sede social habría excedido del ámbito expresamente delimitado por el

Auto judicial precitado. El objeto de investigación consignado en la Orden de Investigación era más amplio que lo descrito en el Auto judicial de autorización de entrada y, según el criterio de la recurrente, el equipo inspector no asumió la expresa delimitación del objeto de la inspección contenida en el Auto.

Asimismo, y con carácter previo, en la parte inicial del escrito, OPTIMEDIA analiza el Auto de 19 de mayo de 2016 dictado por el Juzgado contencioso-administrativo número 13 de Madrid, por el que se autorizaba a los funcionarios de la CNMC la entrada en el domicilio social de la recurrente para el desarrollo de sus funciones inspectoras, así como los indicios que sirvieron de base para que el Auto judicial amparase esa autorización de entrada en domicilio. OPTIMEDIA indica en su recurso que, con fecha 23 de mayo, ha recurrido en sede contenciosa tal Auto autorizador de la entrada.

En su informe de 9 de junio de 2016, la DC considera que el recurso debe ser desestimado, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que la Orden de Investigación y la posterior actuación inspectora en ningún caso habrían dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de OPTIMEDIA.

La DC argumenta, pormenorizadamente, respecto del grado de especificación o detalle de la Orden de Investigación, que ésta permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales identificados en el artículo 13.3 del RDC, esto es, delimita el objeto de la investigación y lo ciñe a un mercado concreto, sobre el que debe desarrollarse la inspección. Además, esta delimitación del mercado, los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios para la difusión de campañas de publicidad, es consistente con lo establecido por las autoridades de defensa de la competencia en relación con los distintos servicios que prestan las agencias de medios. El órgano instructor señala asimismo que Orden de Investigación únicamente habilitaba a los inspectores a realizar la investigación en un ámbito muy concreto de la más amplia actividad de OPTIMEDIA.

En lo que se refiere al ámbito temporal de las conductas que iban a ser objeto de inspección, a juicio de la DC, en coherencia con la jurisprudencia comunitaria sobre la materia, no procede su concreción en el marco de la Orden de Investigación, dado el estado preliminar en el que se encuentra la Investigación en la información reservada S/DC/0584/16.

La Orden de Investigación, según el criterio expuesto por la DC en su informe, delimitaba claramente las conductas sobre las que el órgano instructor iba a realizar la investigación en la sede social de OPTIMEDIA, relativas a acuerdos o prácticas concertadas con otros operadores en el mercado tendentes a la fijación de precios u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible. Por la naturaleza de las conductas investigadas, propias de un cártel entre empresas competidoras, la DC considera evidente que la utilización de la investigación domiciliaria resultaba pertinente y proporcionada.

Precisamente porque el expediente se encuentra todavía en una fase preliminar de investigación, fase en la que no se ha acreditado la existencia de "*indicios racionales*

de infracción”, lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma *detallada* los datos y documentos que habían llevado a la apertura de la información reservada que bajo la referencia S/DC/0584/16 venía desarrollando la DC y que requirieron la utilización de las facultades legales de inspección previstas en la normativa de defensa de la competencia de cara a verificar si existían indicios suficientes de infracción que justificasen la apertura de un expediente sancionador.

La DC precisa además que no existe obligación de poner a disposición de la inspeccionada aquellos argumentos o indicios que pone de manifiesto ante el juez contencioso para obtener una autorización de entrada en un domicilio, ni sobre el juez pesa la carga de reflejarlos de forma pormenorizada en su autorización judicial.

También subraya la DC que la recurrente, pese a tener desde el 24 de mayo una copia exacta de toda la documentación recabada por los inspectores en la sede de OPTIMEDIA, no había aportado en la fecha de emisión del informe, 9 de junio, ningún ejemplo concreto de extralimitación por parte de los inspectores con respecto a lo establecido en el Auto judicial autorizador del acceso.

Finalmente, la DC argumenta en su informe que no se puede interpretar lo establecido en el Auto de 19 de mayo de 2016 de forma aislada respecto a la Orden de investigación y, en particular, el ámbito objetivo en el que se iba a desarrollar la investigación en la sede de OPTIMEDIA, que no puede ser otro que el del mercado relevante identificado en la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016, esto es, el mercado de servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de campañas de publicidad en España.

En sus alegaciones complementarias de 29 de junio de 2016, OPTIMEDIA reitera parte de los argumentos ya expuestos en su recurso de 2 de junio de 2016, si bien reformula el primero, relativo a la falta de indicios que justificaran la Orden de inspección, en el sentido de señalar que la DC carecía de indicios para delimitar el objeto de la inspección de forma tan amplia, según criterio de la recurrente, dado que los indicios de que dispone la DC se limitarían a una actividad muy específica dentro del ámbito de la intermediación en la compra de espacios publicitarios. Esta reformulación de las alegaciones contenidas en su recurso de 2 de junio se realiza a la vista de los indicios puestos de manifiesto por el Abogado del Estado en la demanda de solicitud de autorización para el acceso al domicilio social de la recurrente, a la cual OPTIMEDIA accedió con fecha 6 de junio de 2016, en el marco del recurso de apelación contra el Auto judicial autorizador de entrada.

OPTIMEDIA en sus alegaciones insiste en que la Orden de inspección no especificaba adecuadamente los indicios que se querían contrastar mediante la inspección domiciliaria y, adicionalmente, se refiere a un ámbito de actividad de OPTIMEDIA mucho más amplio que el que hubieran podido justificar los indicios existentes. Ambos elementos determinarían el carácter arbitrario, y en tal medida contrario a Derecho, de la repetida Orden, y consecuentemente, de la inspección desarrollada al amparo de la misma. Adicionalmente, mantiene la alegación de que la actuación inspectora se excedió del ámbito expresamente delimitado por el Auto judicial.

Las alegaciones se acompañan de un Anexo con copia de 15 correos electrónicos que, conforme a la consideración de OPTIMEDIA, no guardan en absoluto ninguna relación con el objeto de la inspección, de los cuales cuatro tendrían además carácter estrictamente personal, lo que sería otra muestra de la extralimitación manifiesta de la inspección.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por OPTIMEDIA supone verificar si la actuación recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

I.- Ausencia de indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, si bien no es desarrollada expresamente por OPTIMEDIA, debe entenderse que la misma se generaría por derivación de la vulneración al derecho a la inviolabilidad del domicilio que considera que ha producido el que se accediera al mismo sin indicios que justificasen el desproporcionado ámbito –siempre según criterio de la recurrente– de la investigación.

No obstante, esta Sala de Competencia considera que la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 y la inspección desarrollada a su amparo el día 24 del mismo mes, no han generado vulneración alguna del derecho a la inviolabilidad del domicilio de OPTIMEDIA y tampoco pueden ser susceptibles de vulnerar el derecho de defensa de la recurrente, por los motivos que iremos exponiendo a continuación.

Tal como señala la DC en su informe de 9 de junio de 2016, la Orden de Investigación recurrida permitía identificar a los recurrentes los elementos esenciales identificados en el artículo 13.3 del RDC como contenido mínimo de la misma. En concreto, la Orden señalaba:

“Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el sector de servicios de campañas de publicidad, especialmente en relación con los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de campañas de publicidad.

[...]

A la vista de lo anterior, el objeto de la presente 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 y por el artículo 101 del TFUE, consistentes, en general, en acuerdos o prácticas concertadas para la fijación de precios u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir a las distorsión de la competencia en el mercado relacionado con los servicios de intermediación en la compra de espacios

publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de campañas de publicidad en España. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos o prácticas concertadas se han llevado a la práctica [...].”

Coincide esta Sala con la DC en la consideración de que la definición del mercado objeto de la investigación que se formulaba en la Orden de inspección delimitaba el mismo de forma suficientemente precisa. Tal delimitación coincide además con lo establecido por la Autoridad comunitaria de la competencia en relación con los distintos servicios que prestan las agencias de medios, lo que esta Sala considera que constituye una delimitación del mercado suficiente en la fase de diligencias previas en la que se enmarca la Orden de inspección. Así, como señala la DC en su informe, en la Decisión de 9 de enero de 2014 adoptada en el expediente comunitario de control de concentraciones COMP/M.7023 PUBLICIS/OMNICOM, la Comisión Europea realizó un pormenorizado análisis de la estructura competitiva del sector de agencias de medios y distinguió, dentro de los servicios de compra de espacios publicitarios (“*media buying services*”) el mercado de servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios (“*Procurement of media buying services*”).

Otro elemento que reafirma el carácter delimitado del objeto de inspección recogido en la Orden procede de la comparación entre la amplitud de las ramas de negocio de la recurrente, manifestada en los diversos servicios que oferta, y el concreto ámbito de la actividad de OPTIMEDIA para el que se habilitaba la inspección: los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios para la difusión de campañas de publicidad.

En relación a la alegación de la recurrente de que la Orden de Investigación carece de la especificación precisa de cuáles son las conductas concretas investigadas con referencia a su ámbito temporal o geográfico, el objeto de la inspección establecido en la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016, más arriba transcrito, establece expresamente que este se delimita a España [“(...) *para la difusión de campañas de publicidad en España*”]. Respecto a la delimitación del ámbito temporal de la conducta que se investigaba, esta Sala comparte el criterio de la DC de que la imposibilidad de determinar desde cuando podían haberse venido produciendo estas prácticas justifica que el caso de la inspección controvertida no se delimitara tal período temporal, siendo precisamente uno de los objetivos de la actuación inspectora determinar con precisión la duración de la conducta infractora. La experiencia práctica de la Autoridad de competencia, tal como se ha precisado en anteriores resoluciones de esta Sala (así, RCNMC de 21 de enero de 2016, R/AJ/116/15, CIBERNOS CONSULTING) acredita que ciertas conductas, como la que era objeto de inspección en este caso, pueden extenderse largamente en el tiempo, de modo que, a falta de indicios más precisos que determinen lo contrario, es proporcionado que la Orden de inspección no detalle un período de duración determinado de la conducta que se investiga, puesto que la solución contraria supondría dejar fuera de la investigación precisamente los indicios adicionales que permitan constatar y delimitar el concreto ámbito temporal de la conducta, que es uno de los elementos que persigue la inspección, y que además contribuye a definir la gravedad de la conducta anticompetitiva respecto de la que puedan existir evidencias. La ausencia de precisión específica en la Orden de

inspección respecto del período en el que se habría desarrollado la conducta investigada debe además ponerse en relación con el resto de elementos delimitadores recogidos en la Orden, que permitían a OPTIMEDIA conocer con suficiente exactitud, como mejor posicionada respecto de sus propias actividades comerciales, la concreta dimensión temporal de la prácticas respecto de las que la DC desarrollaba la inspección en su sede al objeto de verificar la existencia y alcance de las mismas.

A la vista del contenido de la Orden de investigación de 11 de mayo de 2016, esta Sala de Competencia considera, por tanto, que queda suficientemente cumplimentada la exigencia del artículo 13.3 del RDC relativa a que la autorización del Director de Competencia 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 [...] y el alcance de la misma”.

Esta Sala debe subrayar que la alegación de OPTIMEDIA relativa a la falta de especificación suficiente en la Orden de inspección de los indicios que justifican la inspección pretende, sin ningún amparo legal ni jurisprudencial, trasladar a la Orden de inspección exigencias impropias del momento inicial o previo al procedimiento sancionador en el que se desarrolla la inspección, lo que excede la exigencia de que se concrete el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

Efectivamente, corresponde a la DC presentar la existencia de indicios a su disposición con anterioridad a la inspección, que permitan el indispensable control judicial respecto de la idoneidad de las inspecciones. Y la DC así lo ha hecho, como demuestra la propia existencia del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Madrid que autoriza la inspección en la sede social de OPTIMEDIA. El Auto hace mención a tales indicios por referencia a la solicitud de acceso formulada por la Abogacía del Estado: “[...] la Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el Sector Servicios de campañas de publicidad, especialmente en relación con los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios. Que podrían existir indicios de acuerdos o prácticas concertadas entre las cinco empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado, siendo el objeto de la inspección la verificación de la existencia, en su caso, de actuaciones de OPTIMEDIA, S.L.U. que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el art. 1 de la LDC y art. 101 TFUE, así como verificar, en su caso, que las actuaciones se han llevado a la práctica.” Y el Auto judicial se dicta a la vista de la Orden de investigación del Director de Competencia.

Por lo demás, el control de la idoneidad de las inspecciones no se limita al efectuado por el juez que autorizó la inspección y podrá continuar realizándose conforme avance el procedimiento administrativo sancionador, en su caso, tanto en sede administrativa como en la posterior revisión judicial de los actos dictados en el mismo susceptibles de recurso.

Además, en el caso que se analiza, no existe discrepancia alguna a estos efectos entre el Auto de autorización de la entrada dictado por el Juzgado contencioso-administrativo

nº 13 de Madrid el 19 de mayo de 2016 y la Orden de investigación, sin que en el Auto se indicara la necesidad de circunscribir de modo más estrecho o preciso lo establecido en la Orden de inspección, lo cual avala asimismo que la Orden estaba amparada debidamente por la autorización judicial y que fue conforme a Derecho. A su vez, la actuación inspectora se desarrolló en respetuosa ejecución de la citada Orden de investigación.

En la repetida Orden de investigación se señalaba:

“Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el sector de servicios de campañas de publicidad, especialmente en relación con los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de campañas de publicidad.

[...]

Como se ha establecido anteriormente, la CNMC dispone de información según la cual diversas empresas relacionadas con la prestación de servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de campañas de publicidad, habrían podido incurrir en conductas anticompetitivas al adoptar acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto sería la fijación de precios u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible.”

Dado que el expediente se encuentra en el momento de la inspección domiciliaria todavía en una fase de investigación, fase en la que no se ha acreditado la existencia de “*indicios racionales de infracción*”, la Orden de Investigación recurrida no refleja de forma *detallada* los datos y documentos que habían llevado a la apertura de la información reservada que bajo la referencia S/DC/0584/16 venía desarrollando la DC y que requirieron la realización de la inspección ahora recurrida de cara a verificar la información a la que había accedido la DC sobre posibles prácticas anticompetitivas en el sector de servicios de campañas de publicidad.

La DC no tiene obligación explicitar en la Orden de inspección y de poner a disposición de la inspeccionada aquellos argumentos o indicios que pone de manifiesto ante el Juez de lo contencioso-administrativo correspondiente de cara a obtener una autorización de entrada en domicilio, ni es preciso que los mismos se reflejen de forma pormenorizada en la autorización judicial.

Respecto de la alegación de que no se habría producido o justificado una adecuada valoración de la necesidad de realizar una inspección domiciliaria -frente a otras posibles actuaciones de investigación que no afecten a derechos fundamentales de OPTIMEDIA- para obtener la información necesaria para el ejercicio de las funciones de la CNMC, esta Sala debe rechazar de plano tal argumentación, a la vista de que la Orden pone de manifiesto que la conducta sobre la que versaba la investigación se refería a un posible cártel entre empresas competidoras. La naturaleza de las conductas investigadas, que podría constituir una infracción muy grave del Derecho de

la competencia, justifica el carácter adecuado y proporcionado, sino directamente imprescindible, de acudir al instrumento de la investigación domiciliaria que tanto la LDC como la LCCNMC ponen al servicio del órgano de instrucción para el ejercicio de las funciones propias de la CNMC.

En relación a las alegaciones de OPTIMEDIA, en la reformulación que realiza en su escrito de 29 de junio de 2016, vinculadas a que los indicios de que disponía la DC no permitían delimitar el objeto de la inspección de forma tan amplia, dado que estos se limitaban a una actividad muy específica dentro del ámbito de la intermediación en la compra de espacios publicitarios, esta Sala tampoco puede acoger la pretensión de la recurrente.

La pretensión de OPTIMEDIA de que la DC hubiera limitado la Orden de Investigación domiciliaria a “[...] un único cliente en el mercado para la intermediación de espacios publicitarios para las Administraciones Públicas”, que era lo único respecto de lo que contaba con indicios, debe ser rechazada.

Esta Sala de Competencia no comparte el argumento de la recurrente que descansa en la consideración de que la Orden de inspección debe circunscribirse estrictamente a los hechos expresamente mencionados en la información de la entidad de derecho público que pone en conocimiento de la CNMC ciertos indicios de infracción en materia de competencia en el marco de licitaciones en el sector de servicios de campañas de publicidad. Se reseña en las alegaciones de OPTIMEDIA la información proporcionada a la DC por la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, relativa al *Acuerdo Marco 50/2014 para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado*. Ello lleva a concluir a OPTIMEDIA que la DC sólo gozaba de indicios sobre esa específica actividad de intermediación de la ahora recurrente y que la actividad inspectora de la DC sólo podía circunscribirse a la misma. Sin embargo, es claro que, para el correcto desarrollo de las funciones que el órgano de instrucción de la CNMC tiene encomendadas, la inspección desarrollada no puede limitarse a los documentos vinculados a un único cliente y una concreta licitación u operación comercial, sino que debe extenderse a cualquier otra actuación similar (especialmente otros expedientes de licitación o contratación) enmarcada dentro del objeto y finalidad de la inspección, para cuya correcta delimitación el órgano de investigación no puede desconocer las definiciones de mercado realizadas anteriormente por las autoridades de mercado nacionales o comunitarias. De acuerdo con estas premisas la DC consideró que el objeto de la inspección debía ser comprobar la efectiva existencia de acuerdos o prácticas concertadas entre empresas de prestación de servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y otros soportes publicitarios para la difusión de campañas.

El deber especial que recae sobre los órganos de contratación del sector público de notificar a la CNMC cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia (disp. adic. 23ª Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) puede generar naturalmente una mayor disponibilidad de información sobre

conductas infractoras que afecten a entes, organismos y entidades del sector público, pero ello no impide que la DC valore tal información como indiciaria de prácticas anticompetitivas que afecten asimismo a otras administraciones públicas distintas de la que informa o bien a contratantes de esos servicios que no formen parte del sector público, en función del concreto mercado de que se trate, y que formule la Orden de Investigación en consonancia razonable a la información disponible para verificar la existencia y alcance de tales posibles conductas anticompetitivas.

La interpretación que defiende la recurrente, esto es, limitar la Orden de inspección exclusivamente a los contratos basados en el Acuerdo Marco 50/2014 para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado, privaría de toda utilidad a la inspección para el objeto propio de la misma, que es verificar la existencia y alcance de esas posibles conductas anticompetitivas en los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios para la difusión de campañas de publicidad, tal como precisa la Orden de inspección de 11 de mayo de 2016, y resultaría del todo contraria a la jurisprudencia comunitaria, la cual afirma claramente que "la facultad de acceso 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" (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafo 27).

II.- 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, OPTIMEDIA no lleva a cabo una argumentación específica con respecto al mismo, por lo que el análisis de la Sala en este punto se considera innecesario.

No obstante y suponiendo que dicho perjuicio irreparable fuese deducible de sus alegaciones, 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 recursos planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia (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) se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos propuestos 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 CE. Recordemos que, en el caso presente, el equipo inspector disponía de una autorización judicial de entrada a la sede de la recurrente, es decir, un Juez de lo Contencioso-Administrativo había estimado la necesidad de dicha entrada, garantizando dicho Auto judicial el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (así lo ha reiterado el Tribunal Supremo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 en el recurso nº1292/2012).

La documentación recabada en su sede identificada y anexada por OPTIMEDIA en sus alegaciones complementarias como ajena al objeto de la investigación, no permiten modificar la valoración de esta Sala respecto de la inexistencia de perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente.

La posible existencia de 15 documentos ajenos al objeto de la investigación no acredita, al contrario de lo defendido por OPTIMEDIA, una extralimitación manifiesta del ámbito expresamente autorizado por el Auto judicial de entrada. Tal como refleja el Acta de inspección, se revisaron cuatro despachos no recogiendo finalmente documentación en papel de la empresa. Se revisaron también los ordenadores de tres personas y el *Smartphone* de empresa de una de ellas. El personal de la empresa estaba presente en la inspección de los equipos y fueron consultados sobre la información personal y/o documentación personal que pudiera existir, señalándose por parte de estos en algunos casos sobre la posible existencia de tal categoría de documentos y que no era posible indicar una ubicación específica de los mismos (puntos 36 y 40 del Acta). Además de solicitar 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, los inspectores señalan a los representantes de OPTIMEDIA que 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 (punto 30 del Acta).

El copiado de documentación para su posterior filtrado, sin verificar cada uno de los archivos que componen determinadas carpetas, se realiza para impedir el posible borrado, voluntario o incluso accidental, de documentación incluida en el objeto de la inspección. Como recuerda la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de octubre de 2010 (recursos 272/2008 y 324/2008, acumulados): *“Además, la propia naturaleza de la información que se busca confirma la importancia de comenzar las actuaciones de forma inmediata a la notificación de la orden de investigación, pues el objeto de la investigación consiste en comunicaciones, datos e informaciones que constituyan prueba de conductas prohibidas por la LDC, y tales comunicaciones y datos es posible que no se encuentren en soporte papel y a la vista, sino en soporte digital (correos electrónicos y otros documentos digitales), almacenados en los ordenadores y archivos*

informáticos de la empresa, donde pueden ser destruidos o transportados a otros lugares con facilidad [...]

Tampoco la relación de copias digitales finalmente recabadas (397 correos), por comparación con los inicialmente valorados (81141 correos, folio 91), ni la posible copia de 15 correos que no guarden relación con el objeto de la inspección –aspecto este último de su ajenidad al objeto de la inspección que no corresponde valorar a la Sala en este recurso– permite concluir que se haya producido una extralimitación en la inspección respecto de lo establecido en el Auto y la Orden de Investigación generadora de perjuicio irreparable.

Ya se ha señalado supra que la empresa inspeccionada dispone, desde el mismo día en el que ésta finaliza, de copia de toda la documentación recabada en la inspección, y desde esa fecha hasta la de sus alegaciones complementarias no ha identificado ningún archivo confidencial, más allá de los 15 correos anexos al escrito de alegaciones, insuficientes para justificar la alegada manifiesta extralimitación del ámbito de inspección autorizado por el Auto judicial.

Es más, no es correcto que OPTIMEDIA tuviera acceso por primera vez a la documentación recabada una vez finalizada la inspección domiciliaria, ya que siempre tuvo en su poder la documentación original en formato electrónico, correos y adjuntos, sobre la que pudo realizar todo tipo de comprobaciones y verificaciones durante el tiempo que duró la inspección para la adecuada identificación de los documentos no incluidos en el objeto de la inspección. Al finalizar la inspección OPTIMEDIA obtiene la identificación de los documentos cuya copia finalmente se recaba por la DC, pero nada le impide hasta ese momento, actuar e identificar los documentos que considere se encuentran al margen del objeto de la inspección.

Las alegaciones de OPTIMEDIA son contradictorias en este extremo, ya que si afirma que *“precisamente por el reducido número de archivos finalmente recabados hubiera sido de esperar que la DC no hubiera cometido el grave error de recabar correos electrónicos que no guardan relación alguna con el específico ámbito de la inspección, como así ha ocurrido efectivamente”*, resulta poco explicable que la propia empresa y sus empleados, que conocen en mucha mayor medida el contenido de la documentación digital recabada en la inspección, no hubieran podido identificar dichos correos durante la misma ni lo hayan hecho hasta el trámite de alegaciones del presente recurso (más de un mes después de realizada la inspección).

Finalmente, respecto a los 4 correos que, según la recurrente, tendrían un carácter clara y estrictamente personal y constituyen una injustificada intromisión en la privacidad del empleado de OPTIMEDIA del que fueron recabados, por lo que solicita su inmediata devolución, habría que precisar que si se trata de documentos estrictamente personales que inciden en la privacidad del empleado, no deberían ser devueltos a OPTIMEDIA sino, en su caso, a los propios empleados como personas físicas, previa petición expresa de los mismos ya que, como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010), *“la intimidad supuestamente vulnerada no sería la de la empresa demandante (que, en cuanto tal, no tiene “intimidad personal”, como ya expuso esta Sala con mayor detenimiento en la*

sentencia de 27 de diciembre de 2010, recurso de casación 1783/2009) sino la de sus trabajadores, ninguno de los cuales consta que lo hayan denunciado”.

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

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por OPTIMEDIA, S.L.U. contra la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 y la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia, de 24 de junio de 2016, en la sede de dicha 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 su notificación.