



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/175/16, MEDIA SAPIENS SPAIN)

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 21 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/175/16, MEDIA SAPIENS SPAIN por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (en adelante, MEDIA SAPIENS) 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 los días 24 y 25 de mayo de 2016 en la sede social de MEDIA SAPIENS, 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 MEDIA SAPIENS, 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.

2. El 18 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid dictó Auto que autorizaba la entrada en su domicilio a inspectores de la CNMC. El 18 de mayo de 2016, MEDIA SAPIENS recibió notificación de tal Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 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.
3. Los días 24 y 25 de mayo de 2016 se llevó a cabo tal inspección en la sede de MEDIA SAPIENS.
4. Con fecha 3 de junio de 2016 la representación de MEDIA SAPIENS, 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 los días 24 y 25 de mayo de 2016 en su sede. La recurrente alega que la Orden de Investigación y la actuación inspectora infringían su derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, así como la falta de motivación de la Orden de Investigación.
5. Con fecha 7 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 MEDIA SAPIENS.
6. Con fecha 13 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 MEDIA SAPIENS, 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 MEDIA SAPIENS tuvo acceso al expediente.
9. El 5 de julio de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de MEDIA SAPIENS, de la misma fecha.
10. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de julio de 2016.

11. Es interesada en este expediente de recurso MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (en adelante, MEDIA SAPIENS).

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 finalmente realizada en la sede de MEDIA SAPIENS los días 24 y 25 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 el órgano de instrucción de la Autoridad de competencia, 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"*.

MEDIA SAPIENS 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, que entiende deben ser privadas de toda validez y efectos.

Concretamente, MEDIA SAPIENS alega que el objeto y alcance de la Orden de Investigación es demasiado amplio y genérico. MEDIA SAPIENS considera que el Auto 105/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, de 18 de mayo de 2016, que otorgó autorización a la CNMC para realizar la inspección domiciliaria en la sede de MEDIA SAPIENS, delimita de una manera más estrecha que la Orden de Investigación el objeto de la inspección domiciliaria. Para reforzar esta consideración la recurrente señala que, en el caso de la inspección simultánea en la sede de otra empresa (CARAT ESPAÑA), a la vista de la misma Orden de Investigación, otro Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid decidió denegar la autorización judicial a la inspección.

Se argumenta en el recurso, asimismo, que el representante de MEDIA SAPIENS no dio su consentimiento a la inspección, sino que *"firmó el recibí de la Orden de Investigación junto con el Auto 105/2016, lo cual suprimió la necesidad de cualquier consentimiento por parte del [representante de MEDIA SAPIENS]"*.

Subsidiariamente, alega la recurrente que la actuación inspectora se habría excedido del ámbito expresamente delimitado por el Auto Judicial autorizador del acceso. 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 Judicial (investigar posibles conductas en relación con el *Acuerdo Marco de Publicidad Institucional de la Administración General del Estado*).

A raíz de las conversaciones que mantuvo la abogada externa de la mercantil con la jefe del equipo de inspectores, MEDIA SAPIENS decidió adjuntar al Acta de inspección una serie de manifestaciones exponiendo la discrepancia que percibía entre el objeto de inspección del Auto Judicial y la Orden de Investigación y la extralimitación de la actuación inspectora, al sustentarse en la Orden de Investigación.

MEDIA SAPIENS señala que la terminología de las palabras clave empleadas en la búsqueda de documentación electrónica es "*amplísima*" y que se recabaron ciertos correos de carácter estrictamente personal e información ajena al objeto de la inspección (clientes que no tienen que ver con el precitado *Acuerdo Marco*, como la UNED o el Ministerio de Empleo y Seguridad Social- SEPE). MEDIA SAPIENS ha solicitado la devolución de dichos correos a la DC.

Subsidiariamente también, MEDIA SAPIENS alega que la discrepancia entre la Orden de Investigación y el Auto Judicial produjo una situación de indefensión para la empresa, "*que no supo a qué atenerse y no fue capaz de ejercitar sus derechos de defensa*".

Alega también MEDIA SAPIENS que el protocolo utilizado por el equipo inspector produjo indefensión en la ahora recurrente, al realizarse "*de manera opaca, con total oscurantismo en el sentido que se volcaron supuestamente los documentos electrónicos considerados relevantes por la CNMC a un fichero electrónico, por el cual los funcionarios de la CNMC pasaron supuestamente una lista de palabras clave en la sala de reuniones de MSS de la cual cerraron la puerta, sin invitar en ningún momento a los abogados externos a estar presentes y sin explicar en ningún momento (a pesar de las peticiones de los abogados externos) qué labor estaban desarrollando para que los abogados externos pudieran mínimamente fiscalizar la inspección.*"

MEDIA SAPIENS se queja de que, *durante* la inspección, los inspectores no entregaron copia de la lista de palabras clave a los abogados externos para que comprobasen que los funcionarios procedían efectivamente a filtrar los ficheros electrónicos en base a las mismas. También señala que los abogados externos no fueron avisados cuando se entrevistó a cada uno de los empleados cuyos ordenadores fueron investigados y que les fueron denegadas copias de las actas de tales entrevistas hasta que se elaborase el Acta final. Asimismo, cuando los abogados de MEDIA SAPIENS manifestaron querer cotejar las copias de los documentos recabados antes del Acta final, se les denegó esta posibilidad.

En su informe de 13 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 MEDIA SAPIENS.

La DC argumenta, con detalle, respecto de la delimitación de la Orden de Investigación, que ésta permite a los recurrentes identificar perfectamente los elementos esenciales de la misma ex artículo 13.3 del RDC: delimita el objeto de la investigación y lo ciñe a un mercado de producto concreto, sobre el que debe desarrollarse la inspección. Además, esta delimitación del mercado de producto 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.

La Orden de Investigación delimitaba claramente las conductas sobre las que la DC iba a realizar la investigación en la sede social de MEDIA SAPIENS y que son la búsqueda de evidencias de 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 de investigación, en la que no se ha acreditado todavía 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 inspección para determinar si existen indicios suficientes de infracción que justifiquen la apertura de un expediente sancionador.

Señala la DC que no tiene obligación de poner a disposición de la inspeccionada aquellos argumentos o indicios que pone de manifiesto ante el juez contencioso-administrativo para obtener una autorización de entrada en domicilio, ni el juez tiene la obligación de reflejarlos de forma pormenorizada en su autorización judicial, tal como ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al analizar la obligación de motivación de las órdenes de inspección.

En lo que respecta 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.

No se puede interpretar lo establecido en el Auto judicial de 18 de mayo de 2016 como reductor respecto al ámbito de inspección indicado en la Orden de Investigación: 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. Otra cuestión es que el Auto judicial concreta en sus Antecedentes de Hecho cuáles son algunos de los indicios de infracción concreta de los que disponía la CNMC en el momento de la solicitud de entrada al domicilio social de MEDIA SAPIENS, pero sin restringir con ello el ámbito material de la inspección.

Respecto de alegada la denegación de autorización judicial para la inspección simultánea de la sede de otra empresa distinta, por parte del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Madrid, la DC aclara que este juzgado no es el competente para conocer la autorización de entrada en MEDIA SAPIENS, habiendo concedido dicha autorización el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 11 de Madrid, que sí era competente para ello en aplicación de los mecanismos de reparto de los asuntos. Tal denegación, por otro lado, ha sido recurrida por la Abogacía del Estado y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronunciará sobre ese aspecto. En todo caso, los motivos de denegación de la autorización judicial de la sede de esa segunda empresa no se corresponden con los alegados por MEDIA SAPIENS en su recurso.

Por otro lado, y respondiendo a las alegaciones de la recurrente, la DC matiza que la firma del recibí de la Orden de investigación no es una autorización de MEDIA SAPIENS para realizar la inspección, sino un consentimiento de los directivos de la mercantil para que ésta se inicie materialmente al amparo del Auto judicial de entrada. Además MEDIA SAPIENS autorizó expresamente la incorporación de inspectores adicionales al equipo el 25 de mayo de 2016, al otorgar su autorización expresa a la Orden de Investigación complementaria de 24 de mayo de 2016.

Durante las inspecciones no se individualizó por parte de los inspeccionados ningún documento que pudiera no estar relacionado con el objeto de la investigación (esto es, sin contar con aquellos documentos personales y otros vinculados al privilegio legal abogado externo-cliente). Con posterioridad a la finalización de la inspección, MEDIA SAPIENS ha identificado expresamente ante la DC una serie de documentos que considera que están fuera del objeto de la investigación, son de carácter personal o podrían estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, respecto de los que solicita la devolución. La DC está analizando esta documentación expresamente identificada por la ahora recurrente y procederá a dar una respuesta motivada a su solicitud antes de tomar una decisión sobre la incorporación de dicha documentación al expediente S/DC/0584/16.

Como refleja el Acta de inspección (párrafo 24), se explicitó a los representantes de MEDIA SAPIENS que en la sala de trabajo cedida al equipo inspector podía estar presente la empresa y/o sus representantes, si bien éstos no podrían interferir en el trabajo de los inspectores ni tener acceso a las distintas herramientas de trabajo utilizadas, a fin de no entorpecer el desarrollo de la inspección. Asimismo, al inicio de la inspección se explicó a los representantes de MEDIA SAPIENS que las palabras clave de filtrado son entregadas sólo al final de la misma, por razones evidentes vinculadas a preservar la eficacia de la inspección. Dado que MEDIA SAPIENS tiene copia de todos los documentos recabados por los inspectores y la lista de palabras claves, está en posición de conocer perfectamente el alcance de la inspección, sin que exista indefensión alguna. El cotejo de los documentos copiados solicitado por MEDIA SAPIENS no fue aceptado por ser desproporcionado, pues hubiera provocado una prolongación injustificada de la duración de la inspección. Por último, la DC señala que el contenido relevante de las conversaciones producidas en el desarrollo de la

inspección con empleados de MEDIA SAPIENS queda fielmente consignado en el Acta de inspección.

En sus alegaciones complementarias de 5 de julio de 2016, MEDIA SAPIENS reitera los argumentos ya expuestos en su recurso de 3 junio de 2016 y contradice las consideraciones expuestas por la DC en su informe de 13 de junio de 2016.

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 MEDIA SAPIENS 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, MEDIA SAPIENS la vincula a la discrepancia que entiende se produce entre la Orden de Inspección y el Auto Judicial autorizador de entrada. Asimismo, considera que el protocolo de inspección utilizado por la DC le generó igualmente indefensión.

Esta Sala de Competencia, sin embargo, considera que la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 y la inspección desarrollada a su amparo los días 24 y 25 del mismo mes, no han generado vulneración alguna del derecho a la inviolabilidad del domicilio de MEDIA SAPIENS y tampoco son susceptibles de vulnerar el derecho de defensa de la recurrente, por los motivos que se exponen a continuación.

Tal como señala la DC en su informe de 13 de junio de 2016, la Orden de Investigación recurrida permitía identificar a MEDIA SAPIENS los elementos esenciales recogidos 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: *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.*

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, hay que señalar que el objeto de la inspección establecido en la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016, más arriba transcrito, establece expresamente que la investigación sobre acuerdos o prácticas concertadas se circunscribe a España [“(...) *para la difusión de campañas de publicidad en España*”].

Respecto a la delimitación del ámbito temporal de la conducta que se investigaba, la imposibilidad de determinar desde cuándo podían haberse venido produciendo las prácticas objeto de investigación 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 MEDIA SAPIENS conocer con suficiente exactitud, como mejor posicionada respecto de sus propias actividades comerciales, la concreta dimensión, también temporal, de las 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 MEDIA SAPIENS relativa a la ausencia de acreditación suficiente de los indicios que justificasen 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 normativa y jurisprudencial de que se concrete el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

Efectivamente, corresponde a la DC presentar, con anterioridad a la inspección, la existencia de indicios a su disposición 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. 11 de Madrid, de 18 de mayo de 2016, que autoriza la inspección en la sede social de MEDIA SAPIENS. El Auto hace mención a tales indicios: “[...] *Esgrime la Abogacía del Estado, en síntesis, que 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 para la difusión de campañas de publicidad. 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 MEDIA SAPIENS SPAIN S.L 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. Se adjunta Orden de investigación del Director de Competencia de fecha 11 de mayo de 2016.*”

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 supuesto 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 11 de Madrid el 18 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 tal 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, como se refleja en el Acta.

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.”

En relación a la alegación de MEDIA SAPIENS de que en la Orden “*incumple los artículos 27 LCNMC (antiguo artículo 40 LDC) y 13 RDC, dada la ausencia de acreditación de indicios de una posible infracción, la falta de justificación de la necesidad de investigación [...]*”, hay que señalar, tal como indica la DC en su informe, que 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.

Tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de enero de 2015, no se puede pretender por los investigados conocer los pormenores de una información reservada, especialmente justo antes de iniciarse una inspección domiciliaria, pues lo contrario pondría en grave riesgo la eficacia de la actuación inspectora, ya que si se pusiese en conocimiento de la empresa investigada, en ese momento de tramitación del expediente, los datos y documentos concretos que dispone la Dirección de Competencia, se facilitaría a dicha empresa la identificación y consiguiente ocultación durante el desarrollo de la inspección de la documentación que se encuentra en la sede de la empresa y que puede conducir a completar y ratificar los indicios de los que dispone la DC.

La pretensión de MEDIA SAPIENS de que la DC debiera haber limitado la Orden de Investigación domiciliaria estrictamente a la conducta relativa al *Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado*, no puede ser acogida. Tampoco la afirmación de que “*el juez*

especifica claramente que la inspección que el Juzgado autoriza debe ceñirse al Acuerdo Marco con la Administración General del Estado”.

Esta Sala considera que es incuestionable 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.

La interpretación que defiende la recurrente, esto es, limitar la Orden de inspección exclusivamente a los contratos basados en precitado *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).

Respecto de la alegación de MEDIA SAPIENS que no se habría justificado una adecuada valoración de la necesidad de realizar una inspección domiciliaria 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 tradicionalmente la LDC como actualmente la LCCNMC ponen al servicio del órgano de instrucción para el ejercicio de las funciones propias de la CNMC.

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, MEDIA SAPIENS

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 éste 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 Constitución. 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 de 27 de febrero de 2015, recurso nº1292/2012).

La documentación recabada en su sede identificada y reseñada por MEDIA SAPIENS en su recurso como ajena al objeto de la investigación o privada, 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 documentos ajenos al objeto de la investigación no acredita, al contrario de lo defendido por MEDIA SAPIENS, que el protocolo utilizado por el equipo inspector de la CNMC produzca indefensión y un consiguiente perjuicio a la recurrente.

Tal como refleja el Acta de inspección, durante los días 24 y 25 en los que se desarrolló la inspección, no se individualizó por parte de los inspeccionados ningún documento que pudiera no estar relacionado con el objeto de la investigación (más allá de aquellos documentos personales y otros vinculados al privilegio legal abogado externo-cliente).

MEDIA SAPIENS, con posterioridad a la finalización de la inspección, ha identificado expresamente ante la DC una serie de documentos que considera que están fuera del objeto de la investigación, son de carácter personal o podrían estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente. Como es preceptivo, la DC está analizando esa documentación expresamente identificada por MEDIA SAPIENS y procederá a dar una respuesta motivada a tal solicitud antes de tomar una decisión sobre la incorporación de dicha documentación al expediente S/DC/0584/16.

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 (108 correos de cinco distintos empleados), por comparación con los inicialmente valorados (127.055 correos, folio 117), ni la posible copia de algunos 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– permiten 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, o que el protocolo utilizado por el equipo inspector pueda generar la indefensión alegada por MEDIA SAPIENS.

El Acta de inspección refleja fehacientemente que se comunicó a MEDIA SAPIENS que en la sala de trabajo cedida al equipo inspector podía estar presente la empresa y/o sus representantes, si bien éstos no podrían interferir en el trabajo de los inspectores ni tener acceso a las distintas herramientas de trabajo utilizadas, a fin de no entorpecer el desarrollo de la inspección (párrafo 24 del Acta).

Asimismo, al inicio de la inspección se explicó a los representantes de MEDIA SAPIENS que las palabras clave o significativas de filtrado son entregadas sólo al final de la misma, por razones evidentes vinculadas a preservar la eficacia de la inspección (párrafo 26 del Acta). Dado que MEDIA SAPIENS tiene copia de todos los documentos recabados por los inspectores y la lista de palabras claves, está en posición de conocer perfectamente el alcance de la inspección, sin que exista indefensión alguna.

Esta Sala coincide plenamente con la DC en la consideración de que el cotejo de la documentación recabada solicitado antes del final de la inspección por la ahora recurrente era desproporcionado, al prolongar sin justificación la duración de la inspección. Tal como refleja el Acta, el equipo inspector elabora una relación resumida de los documentos en soporte electrónico obtenidos durante la inspección y contenidos en dicho archivo contenedor, con indicación de información relativa al tamaño de los archivos digitales existentes en los equipos informáticos inspeccionados y el tamaño de la información finalmente recabada por la CNMC. Igualmente se recoge información sobre el número de correos electrónicos recabados por la CNMC tras una primera selección realizada en los equipos informáticos inspeccionados y el número aproximado de correos electrónicos finalmente recabados. Una copia de esta relación de documentos digitales es entregada a la empresa al fin de la inspección. Asimismo se informa a la empresa de que el equipo inspector ha procedido al borrado de toda la

información intermedia recabada y que los equipos informáticos de la CNMC están equipados con un programa informático de borrado seguro de información que realiza un proceso que hace irrecuperable la información eliminada (párrafos 87 y siguientes del Acta).

Esta Sala de Competencia debe recordar a MEDIA SAPIENS que tanto los procedimientos utilizados por los equipos inspectores de la DC como la mencionada aplicación informática son particularmente escrupulosos y cumplen con los estándares nacionales e internacionales en materia de inspecciones domiciliarias de competencia.

Las cautelas establecidas para que la información recabada sea únicamente la vinculada al objeto de la inspección, y para garantizar la indemnidad del derecho de defensa del inspeccionado se extienden más allá de la inspección domiciliaria. Como es práctica habitual, y como se precisó a la empresa afectada durante la inspección, toda la documentación recabada en el curso de la inspección ha sido declarada cautelarmente confidencial (párrafo 30 del Acta). El equipo inspector además anticipó a la inspeccionada que devolverá toda la información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa, aunque ésta no la hubiera identificado previamente durante la inspección. Dado que MEDIA SAPIENS recibe 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, la inspeccionada está en disposición, en cualquier momento, o bien en los diez días posteriores a recibir la notificación correspondiente de la DC con la indicación de los documentos que quedarían incorporados al expediente, para, en su caso, y conforme lo previsto en el art. 42 LDC, presentar escrito relacionando de forma motivada e individualizada qué documentos considera confidenciales o ajenos a la inspección, como efectivamente señala en su recurso haber realizado.

Por último, como es sabido, la LCCNMC [art. 27.2 f)] faculta a los inspectores a solicitar a cualquier representante o miembro del personal explicaciones sobre hechos y documentos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección, y el contenido relevante de las conversaciones producidas en el desarrollo de la inspección con empleados de MEDIA SAPIENS queda fielmente consignado en el Acta de inspección y puede ser contrastado por la empresa con el personal correspondiente.

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 MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. contra la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 y la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia, los días 24 y 25 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.