



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/168/16, PERSUADE)**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

#### **CONSEJEROS**

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. 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/168/16, PERSUADE por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante, PERSUADE) 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 PERSUADE, 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 PERSUADE, 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 20 de mayo de 2016, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid.

2. Los días 24 y 25 de mayo de 2016 se llevó a cabo tal inspección en la sede de PERSUADE. Las inspecciones se produjeron de forma simultánea en las sedes de otros competidores de PERSUADE, dos de los cuales habían sido notificados por los juzgados correspondientes del Auto que autorizaba la entrada, con anterioridad a la inspección en sus sedes, pese a que tales Autos preveían la no notificación a las mercantiles hasta el momento de la entrada en el domicilio.
3. Con fecha 3 de junio de 2016 la representación de PERSUADE, 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 en ejecución de la misma. La recurrente alega que la Orden de Investigación y la actuación inspectora subsiguiente infringían su derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, así como falta de motivación de la Orden de Investigación y vulneración del carácter confidencial de la investigación.
4. 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 PERSUADE.
5. Con fecha 10 de junio de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. 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.
6. Con fecha 21 de junio de 2016 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de PERSUADE, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 27 de junio de 2016 la representación de PERSUADE tuvo acceso al expediente.
8. El 8 de julio de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de PERSUADE, de fecha 7 de julio.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de julio de 2016.

10. Es interesada en este expediente de recurso PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.  
(en adelante, PERSUADE)

## 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 en la sede de PERSUADE finalmente realizada 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"*.

PERSUADE 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.

Concretamente, PERSUADE alega vulneración del derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio, por haber utilizado los inspectores de la DC sus competencias de inspección, según criterio de la recurrente, de manera discrecional y arbitraria.

Argumenta la recurrente que los representantes de la empresa no pudieron supervisar y verificar el trabajo de los inspectores, ni en la fase inicial de recopilación de documentación, ni en la fase de filtrado y que, incluso, se intervinieron dos teléfonos móviles de los dos representantes legales de la empresa y sus correos personales, sin que esta intromisión estuviera autorizada por el Auto judicial de 20 de mayo de 2016.

Adicionalmente, PERSUADE considera que se produjo una vulneración del derecho de defensa y privacidad de las comunicaciones y conversaciones abogado-cliente, ya que los inspectores solicitaron que toda llamada se efectuara en presencia de los miembros del equipo inspector.

PERSUADE considera que no pudo oponerse a la actuación que en el momento de la inspección estaban realizando los inspectores de la CNMC, porque existía riesgo de que tal oposición pudiera ser interpretada como una obstrucción a la labor inspectora, con las correspondientes consecuencias sancionadoras para la mercantil.

Adicionalmente, la recurrente argumenta que la Orden de Investigación carece de la debida motivación, en tanto que prácticamente se limita a transcribir el artículo 1 de la LDC sin circunscribir la investigación a determinadas prácticas y no las concreta en un sector o ámbito específico dentro del objeto social de la empresa, no delimitando el ámbito material de la inspección y ni siquiera hace referencia a los indicios razonables que sustentan la sospecha de que pudiera existir un comportamiento constitutivo de infracción.

Por otro lado, PERSUADE alega que, pese a que los inspectores informaron a la mercantil de que la inspección sería tratada de forma confidencial, diversas noticias aparecidas en prensa han dado información pormenorizada de las inspecciones realizadas por la CNMC los días 24 y 25 de mayo de 2016 y esta información, señala PERSUADE, sólo ha podido ser difundida por la CNMC.

En su informe de 10 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 PERSUADE.

La DC argumenta, en detalle, respecto de la alegada vulneración de la privacidad de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio que, tal como se refleja en el Acta de la inspección, los inspectores de la CNMC preservaron los derechos de defensa de la parte y desarrollaron la actuación inspectora dentro de los límites establecidos por el Auto judicial de 20 de mayo de 2016 y de la Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016.

Aclara la DC que la indicación realizada por los inspectores de que toda llamada telefónica que se realice se lleve a cabo en presencia del personal inspector y se limite a informar a su abogado en relación con el objeto de la inspección a efectos de asesoramiento, se realizó cuando la empresa todavía no había manifestado su voluntad de someterse o negarse al ejercicio de la actuación inspectora. El objetivo evidente de tal instrucción es evitar que la persona que en esos momentos es la única que conoce la presencia de los inspectores en la sede de PERSUADE, revele datos a terceros que pudieran derivar en el fracaso de la inspección autorizada judicialmente. Además, de hecho no se produjo ninguna conversación telefónica con los abogados de PERSUADE en presencia del equipo inspector, con lo que no ha podido producirse una vulneración del secreto de las comunicaciones abogado-cliente, en contra de lo alegado por la ahora recurrente.

El Acta de la inspección refleja que en aquellos casos en los que el representante de la empresa identificó documentos que pudieran estar afectados por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente o que fueran de carácter personal, el equipo inspector se limitó a verificarlo y, tras esta comprobación, no fueron recabados.

Recuerda la DC que el equipo inspector estaba habilitado para revisar los teléfonos móviles de los directivos de PERSUADE, al amparo de lo previsto en el artículo 27.2.b)

LCNMC, pues éstos eran uno de los soportes materiales a través de los que se podía acceder a los documentos relacionados con la actividad de la empresa objeto de investigación. El Acta refleja que los representantes de la empresa señalaron que a través de sus teléfonos móviles personales acceden al correo de la empresa. En tal contexto, se detecta un *whatsapp* que sí está relacionado con el objeto de la investigación y que, por tanto, es recabado por el equipo inspector. También se analizó (si bien no pudo recabarse información por estar vacío) un chat de *whatsapp* que el Consejero delegado de la empresa tenía constituido con un miembro de una empresa competidora, lo que resulta indiciario de su uso para actividades objeto de investigación, como son los acuerdos entre competidores. Tras la verificación de esta cuestión por los inspectores, se detectó que en una de esas direcciones de correo electrónico calificadas como personales se encontraba documentación relacionada con el objeto de la investigación, siendo imprimidos los correspondientes correos y documentos adjuntos.

El Consejero Delegado y el Presidente de PERSUADE fueron las únicas personas investigadas por los inspectores de la DC en la inspección domiciliaria y estuvieron presentes durante las inspecciones realizadas en sus despachos y equipos informáticos. Nada dijeron acerca de la posibilidad de acceder posteriormente a la sala donde el equipo de inspección procedió a filtrar la información recabada, tal como refleja el Acta, firmada por el Consejero Delegado de PERSUADE.

La DC señala que, pese a disponer PERSUADE de una copia exacta de toda la documentación recabada por los inspectores de la DC en su sede, la recurrente no ha aportado ningún ejemplo de extralimitación por parte de los inspectores con respecto a lo establecido en la Orden de Investigación o el Auto judicial autorizador de la entrada.

Respecto de la alegada falta de motivación de la Orden de Investigación, la DC indica que ésta delimita el objeto de la investigación y lo ciñe a un mercado de producto y geográfico concreto, sobre el que debe desarrollarse la inspección en la sede social de PERSUADE: 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, como se ha explicado anteriormente, 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 precisamente a determinar si existen indicios suficientes de infracción que justifiquen la apertura de un expediente sancionador.

La DC precisa que no tiene obligación de poner a disposición de la inspeccionada aquellos argumentos o indicios que pone de manifiesto ante el juez contencioso-administrativo de cara a obtener una autorización de entrada en domicilio, ni existe obligación de reflejar tales indicios de forma pormenorizada en su autorización judicial.

Respecto de la alegada vulneración del carácter confidencial de la investigación, por las reseñas aparecidas en prensa que la recurrente señala, el órgano instructor aclara en su informe que en ningún momento desde la DC se ha roto el deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC, ya que el comunicado de prensa emitido por la CNMC, en cumplimiento de su deber de publicidad de las actuaciones [art. 37.1n) de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC], preserva la identidad de las empresas inspeccionadas.

En sus alegaciones complementarias de 7 de julio de 2016, PERSUADE reitera los argumentos ya expuestos en su recurso de 3 junio de 2016. Asimismo, alega que la inspección efectuada sería en realidad una inspección genérica a la búsqueda de pruebas o documentos inculpatorios (“fishing expedition”).

Por otro lado, la ahora recurrente realiza una serie de afirmaciones más relativas al eventual expediente sancionador que al objeto de este recurso, al señalar que las empresas de publicidad no han alterado la libre competencia, sino que ésta está limitada por la propia Administración con motivo de la existencia del *Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado*.

## **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 PERSUADE supone verificar si la actuación recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, en caso contrario, su desestimación.

### **I.- Ausencia de indefensión**

Respecto a la posible existencia de indefensión, si bien no es desarrollada expresamente por PERSUADE ni en su recurso ni en las alegaciones complementarias, 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 inmotivadamente y sin indicios que justificasen el desproporcionado ámbito –siempre según criterio de la recurrente– de la investigación, que llega a calificar como “fishing expedition”.

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 los días 24 y 25 del mismo mes, no han generado vulneración alguna del derecho a la inviolabilidad del domicilio de PERSUADE, y que la Orden y la inspección tampoco son susceptibles de vulnerar el



derecho de defensa de la recurrente, por los motivos que se irán exponiendo a continuación.

Tal como señala la DC en su informe de 10 de junio de 2016, la Orden de Investigación recurrida permitía a PERSUADE identificar suficientemente los elementos esenciales previstos 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 contenía 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 debida sobre cuáles son las conductas concretas investigadas, hay que señalar que el objeto de la inspección recogido 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 definir 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 permitan a PERSUADE conocer con suficiente exactitud, como mejor posicionada respecto de sus propias actividades comerciales, la concreta dimensión, también 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 PERSUADE 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 normativa y jurisprudencial de que se concrete el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

Efectivamente, corresponde a la DC, con anterioridad a la inspección, presentar la existencia de indicios a su disposición que permitan el indispensable control judicial respecto de la idoneidad de tales inspecciones. Y la DC así lo ha hecho, como demuestra la propia existencia del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid que autoriza la inspección en la sede social de PERSUADE. El Auto hace mención a tales indicios de forma detallada y literalmente establece: “ [...] *La Orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC, de fecha 11 de mayo de 2016, cumple con las exigencias relatadas para la concesión de la autorización, por cuanto se aporta copia de la misma, acto administrativo para el que se solicita la entrada, consta el órgano administrativo que la dicta, así como el obligado por el referido acto, sin que quepa apreciar vicio procedimental o de competencia alguno. Señala la Orden el motivo de la misma, cual es la posible existencia de un acuerdo sobre precios, mercados y otras condiciones que podría constituir una infracción muy grave del art. 1.1 LDC. Justificándose la petición de autorización de entrada a los efectos de acceder a documentación que pudiera tener la condición de potenciales pruebas de conducta anticompetitiva. En definitiva, se indica el objeto y finalidad de la misma. Se describen también las características esenciales de la infracción.*”



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 6 de Madrid el 20 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 de la que trae causa, 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, como acredita 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 PERSUADE de que en la Orden “*ni siquiera se hace referencia a los indicios razonables para justificar la sospecha de que pudiera existir un comportamiento constitutivo de un determinado y específico ilícito de competencia*”, hay que señalar que, dado que el expediente se encuentra en el momento de la inspección domiciliaria todavía en una fase de investigación 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 al objeto de obtener la

correspondiente 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 de que dispone la Dirección de Competencia, se facilitaría a dicha empresa investigada la identificación y 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.

## **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, PERSUADE no lleva a cabo una argumentación específica con respecto al mismo, más allá de señalar que los representantes legales de la empresa no pudieron supervisar el trabajo de selección de los inspectores mientras éste se estaba efectuando, lo que supondría la imposibilidad de ejercer sus derechos de defensa en términos legales y el perjuicio irreparable que conlleva al no ser posible la subsanación a posteriori de tal situación.

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que perjuicio irreparable 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 sentencia de 27 de febrero de 2015, recurso nº1292/2012).

En su recurso, PERSUADE se limita a señalar que “la información fue recopilada de forma prácticamente masiva cuyo volumen no permitió a los representantes de PERSUADE COMUNICACIÓN, S.L. identificar en ese preciso momento si en la selección se encontraban documentos privilegiados, personales o ajenos a la inspección”. La no identificación por la recurrente de documentación alguna que exceda del ámbito de la Orden de inspección confirma la valoración de esta Sala respecto de la inexistencia de perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente.

Tal como refleja el Acta de inspección (párrafos 33 y 34), una vez solicitada la colaboración de la empresa 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, en aquellos casos en los que se identificaron documentos de tales categorías, el equipo inspector lo verificó someramente y, tras esta comprobación no fueron recabados. Asimismo, los inspectores señalan a los representantes de PERSUDA E 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 (párrafo 25 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 [...]”*

Si bien PERSUADE dispone, desde el mismo día en el que la inspección finaliza, de copia de toda la documentación recabada en la inspección, no ha identificado ningún archivo ajeno al objeto de la inspección.

Es más, PERSUADE 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 PERSUADE obtiene la identificación de los documentos cuya copia finalmente se recaba por la DC, pero nada impide hasta ese momento al Presidente de la empresa y el Consejero Delegado, que conocen en mucha mayor medida el

contenido de la documentación, actuar e identificar los documentos que consideren se encuentran al margen del objeto de la inspección.

En relación a la alegación de la recurrente de que se intervinieron dos teléfonos móviles y los correos personales de los representantes de PERSUADE, sin que esta intromisión estuviera autorizada por el Auto judicial de 20 de mayo de 2016, esta Sala debe recordar que los funcionarios de la CNMC encargados de la inspección están legalmente habilitados para verificar los documentos relativos a la actividad de la empresa objeto de inspección, cualquiera que sea su soporte material (artículo 27.2.b) LCNMC). El Acta de inspección (párrafos 41 a 43) refleja que los representantes de PERSUADE señalaron que a través de sus teléfonos móviles personales acceden al correo de la empresa. En tal contexto, se detecta un *whatsapp* que sí está relacionado con el objeto de la investigación y que, por tanto, es recabado por el equipo inspector. También se analizó un chat de *whatsapp* que el Consejero Delegado de la empresa tenía constituido con un miembro de una empresa competidora, lo que resulta indiciario de su uso para actividades objeto de investigación, como son los acuerdos entre competidores. Asimismo, se detectó que en una de esas direcciones de correo electrónico calificadas como personales se encontraba documentación relacionada con el objeto de la investigación, siendo imprimidos los correspondientes correos y documentos adjuntos. La Autoridad de la competencia tiene amplia experiencia sobre la utilización de correos personales o no corporativos, así como de aplicaciones móviles tales como *whatsapp*, precisamente como instrumentos de articulación y a la vez ocultación de los contactos entre empresas competidoras, y la ley refleja la necesidad de que la actividad inspectora se extienda a los documentos relativos a la conducta que se investiga con independencia de su soporte material.

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 PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. 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.