



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/021/17, ALTADIS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 18 de mayo de 2017

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/021/17, ALTADIS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A. (de ahora en adelante, ALTADIS) contra la Orden de Investigación expedida el 15 de febrero de 2017 por el Director de Competencia de la CNMC y las actuaciones de inspección desarrolladas al amparo de la misma los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 en la sede de IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A., en el marco de la información reservada DP/058/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 15 de febrero de 2017 se autorizó la inspección en la sede de las empresas de ALTADIS, por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado,

- directamente o a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado, al menos desde 1998.
2. Los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 se llevó a cabo tal inspección en la sede de IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A.
 3. Con fecha 14 de marzo de 2017 la representación de ALTADIS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y las posteriores actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia (DC) desarrolladas los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 en sus sedes en ejecución de la misma, alegando que dicha Orden de Investigación, así como las actuaciones inspectoras realizadas en su sede en ejecución de la misma infringían tanto el derecho de defensa de las empresas inspeccionadas, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones de sus empleados. Al escrito de recurso se adjuntaba la Orden de Investigación, el escrito de manifestaciones aportado por las inspeccionadas al término de la inspección, anexo al Acta, el Acta de Inspección, copia de cuentas de TABACALERA, S.L., depositadas en el Registro Mercantil de Madrid y copia de la relación de copias digitales inicial y finalmente recabadas durante la inspección.
 4. Con fecha 16 de marzo de 2017, 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 ALTADIS.
 5. Con fecha 24 de marzo de 2017, 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 15 de febrero de 2017 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. Al Informe se adjunta Acta de Inspección, Orden de Investigación, organigrama de la estructura de la empresa y su grupo, aportado por la empresa y anexo al Acta, relación de copias digitales inicial y finalmente recabadas durante la inspección y foto del directorio situado a la entrada del edificio donde se ubica la sede de las inspeccionadas.
 6. Con fecha 30 de marzo de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de ALTADIS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. Ello sin perjuicio de que la admisión a trámite respecto a Altadis Canarias S.A. quedara condicionada a que el firmante del recurso acreditase que ostenta la representación suficiente para actuar ante la CNMC en nombre de dicha entidad.
 7. El día 7 de abril de 2017 la recurrente aportó copia de la escritura pública de apoderamiento de fecha 14 de abril de 2010 que confiere al firmante del recurso poderes generales suficientes para representar a Altadis Canarias S.A. ante la CNMC. Asimismo, ese mismo día, la representación de ALTADIS tuvo acceso al expediente.

8. El día 26 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones complementaria de ALTADIS de la misma fecha.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 18 de mayo de 2017.
10. Son interesadas en este expediente de recurso IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A. (en adelante, ALTADIS).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del 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 15 de febrero de 2017 por la que se autorizaba la inspección realizada en la sede de ALTADIS los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 y que 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 CNMC, 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"*.

ALTADIS solicita del Consejo de la CNMC la anulación de la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017, así como de las actuaciones inspectoras realizadas en su sede en ejecución de la misma, por cuanto considera que las mismas vulneran de forma grave el derecho de defensa de las empresas inspeccionadas, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones de sus empleados.

ALTADIS basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

(1) El objeto y la finalidad de la inspección recogida en la Orden de Investigación es excesivamente amplio y genérico:

ALTADIS sostiene, con base en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (recurso 24/01/2011, UNESA) y de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/12, Transmediterránea) que la CNMC ha infringido su derecho a la inviolabilidad de domicilio, puesto que el objeto de la inspección en la Orden de investigación es excesivamente amplio y genérico, por lo que no cumple el requisito de concreción establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Según la recurrente, el objeto de la Orden de Investigación es tan amplio que permite abarcar la totalidad de prácticas restrictivas de la competencia y tan genérico que se limita a hacer referencia al negocio principal de las empresas inspeccionadas (fabricación y comercialización de cigarrillos). Además, señala la recurrente que la Orden de Investigación no especifica ni el ámbito geográfico ni, *de facto*, el periodo temporal en que tuvieron lugar las conductas investigadas, puesto que la referencia a "desde 1998" coincide con la fecha en la que se liberalizó el mercado en cuestión.

(2) La inclusión de Tabacalera S.L. en la Orden de Investigación es improcedente:

La recurrente alega que la sociedad Tabacalera, S.L. no fabrica, distribuye ni comercializa *cigarrillos*, ni lo ha hecho nunca. Señala que la sociedad inicia su actividad el 1 de mayo de 2013, cuando adquiere el negocio de comercialización de *cigarros Premium*, esto es, de *puros*.

Por este motivo, considera que la Orden de Investigación, cuyo objeto era “verificar la existencia de actuaciones de las citadas entidades en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos”, ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de esta sociedad, puesto que, en la medida en que la sede en la que se realizó la inspección es común a las cuatro empresas inspeccionadas, todos y cada uno de los documentos copiados y llevados a la sede de la CNMC fueron, en consecuencia, copiados en la sede de Tabacalera, S.L.

(3) La metodología seguida por el equipo inspector para la copia de documentación, sin aplicar criterios de búsqueda predeterminados, vulnera su derecho de defensa, su derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones de sus empleados:

La recurrente mantiene que se copiaron, sin ningún tipo de filtro previo, cantidades ingentes de documentación electrónica de los ordenadores y dispositivos móviles de los directivos y empleados investigados, de forma que las empresas inspeccionadas no tuvieron la oportunidad material de saber qué informaciones se estaban copiando. Según la recurrente, esta metodología vulnera los derechos de defensa de las empresas inspeccionadas y el secreto de las comunicaciones de sus empleados, puesto que no se ha garantizado que el equipo inspector no haya podido tener acceso a informaciones y documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado externo/cliente, ni tampoco que no haya accedido a documentos que no estén relacionados con la inspección o a documentos que pertenezcan a la esfera estrictamente personal de los directivos y empleados investigados.

(4) La metodología seguida por el equipo inspector para la revisión y el filtrado de la documentación copiada vulnera los derechos anteriormente citados.

La recurrente alega que las empresas inspeccionadas no pueden tener certeza de que el equipo inspector no haya accedido y haya podido copiar documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado externo–cliente, documentos no relacionados con la inspección o documentos de naturaleza estrictamente personal de los directivos y empleados investigados. El equipo inspector no accedió a las solicitudes de los abogados externos de las inspeccionadas de facilitar la lista de términos de búsqueda a utilizar por el equipo inspector con antelación al fin de la inspección, ni a hacer una revisión de la documentación copiada junto con los representantes de las empresas, ni en la sede de las mismas, ni posteriormente en la sede de la CNMC.

En su **informe de 24 de marzo de 2017**, 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 han

dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de ALTADIS.

Por lo que se refiere a la alegada **amplitud y generalidad del objeto de la inspección** recogida en la Orden de Investigación, la DC considera que sí se ha delimitado suficientemente el objeto y la finalidad de la inspección, y por lo tanto la Orden de Investigación cumple, con los requisitos del artículo 13.3 del RDC. La DC sostiene que la Orden de investigación se limita a una conducta concreta, los acuerdos e intercambios de información en materia de precios y/o condiciones comerciales y/o al cierre de mercado, y no a una genérica vulneración de la LDC, tal y como alega la recurrente. Asimismo continua argumentando la DC que la Orden de investigación se limita a una actividad mercantil concreta, fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, dejando al margen el resto de labores del tabaco (tabaco de liar, tabaco para pipa) y otros artículos relacionados (papel de fumar y accesorios), que también forman parte del negocio de ALTADIS.

Con respecto al ámbito territorial, considera la DC que las actividades se desarrollan a nivel, al menos, nacional, no habiendo mencionado la Orden de Investigación un ámbito más estrecho, ni habiéndose planteado dudas por parte de la empresa inspeccionada sobre este extremo en el momento de la inspección. En relación con el ámbito temporal, la DC defiende que debe llevarse a cabo un análisis de los hechos desde el año 1998, precisamente por su coincidencia con la liberalización del mercado.

La DC indica asimismo las razones por las que considera que las remisiones realizadas por la recurrente a determinadas sentencias (las precitadas *Transmediterránea* y *Unesa*), se hacen sin contextualización alguna y no son aplicables al caso discutido en el presente recurso. Por un lado, en el caso *Unesa* medió una resolución previa a la que se remitía la Orden de Investigación para dar más información, y por otro lado, en el caso *Transmediterránea* hubo una denuncia que contenía más información que la que se le trasladó a dicha empresa.

Por lo que se refiere a la **improcedente inclusión de Tabacalera S.L.**, entiende la DC que, el objeto social de Tabacalera S.L. resulta plenamente compatible con el ámbito de la Orden de Investigación, puesto que tal objeto social incluye *“la fabricación y comercio, incluso la importación y exportación, de labores de tabaco”*. Además, señala la DC que, si realmente la actividad de Tabacalera S.L. hubiera sido completamente ajena al objeto de la inspección, la propia empresa lo habría advertido al inicio de la inspección.

Asimismo, añade la DC que, el hecho de que la propia recurrente haya reconocido que la sede es compartida y que la documentación pertenece a unas y otras sociedades de forma indistinta, viene a confirmar que no existe una diferenciación de asuntos y personal por sociedades dentro de la sede inspeccionada, lo cual justifica que todas las sociedades fueran incluidas en la misma Orden de Investigación.

Por último, la DC destaca que de acuerdo con el directorio situado en la entrada del edificio, la actividad correspondiente a Tabacalera se ubicaría en la cuarta planta del edificio, a la que en ningún momento accedió el equipo inspector.

Por lo que se refiere a la **copia de documentación**, en contra de lo que señala la recurrente, la DC afirma que sí fueron aplicados criterios de búsqueda previos. A juicio de la DC, no puede admitirse ni que se produjera una descarga masiva de información, puesto que ésta fue previamente seleccionada por el equipo inspector con ayuda de los inspeccionados, ni que la empresa fuera desconocedora de la documentación copiada, puesto que se encontraba presente en el proceso y tuvo acceso en todo momento a la documentación que obraba en los dispositivos de los inspeccionados.

La DC precisa que los inspectores solo copiaron aquellos documentos considerados directamente relacionados con el objeto de la inspección, prueba de ello es que el volumen de la información contenida en los dispositivos de los inspeccionados era muy superior al inicialmente recabado. La propuesta de los abogados externos de la empresa de aplicar criterios de búsqueda adicionales en los propios ordenadores de los inspeccionados tuvo que ser rechazada, por cuanto la indexación de los documentos para la aplicación de términos de búsqueda técnicamente debe realizarse sobre los equipos de la CNMC. Además, con respecto a la alegada desproporción en la copia de documentación por parte del equipo inspector, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones rechazando de plano dichos argumentos, tal como se recoge, por ejemplo, en la Sentencia de 27 de febrero de 2015 a la que la propia recurrente alude en su recurso.

Con respecto a la alegada vulneración de los derechos de defensa de las empresas inspeccionadas, de inviolabilidad del domicilio y de secreto de las comunicaciones de sus empleados, considera la DC que la recurrente cita de forma conjunta y confusa varios derechos diferentes, lo cual resulta inexacto e inadecuado para el examen de los posibles derechos afectados, y de por sí motivaría que no resultara procedente hacer mayor análisis de la cuestión.

Por lo que se refiere a la posible vulneración al derecho de defensa, considera la DC que no se puede sostener, ni siquiera indiciariamente, puesto que la recurrente está utilizando desde el primer momento los medios de defensa que considera más adecuados.

Por lo que se refiere a las comunicaciones entre abogados y clientes, señala la DC que reiterada jurisprudencia impone sobre la inspeccionada la carga de señalar de una forma mínimamente diligente los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, debidamente individualizados e identificados. Sin embargo, ni la empresa ni sus representantes externos identificaron un solo documento de estas características ni durante los tres días en los que se desarrollaron las actuaciones inspectoras, ni con posterioridad a la inspección al presentar el presente recurso. Además, la DC recuerda que no toda comunicación con un abogado afecta necesariamente al derecho de defensa y, por otra parte, que tampoco un potencial acceso a la misma, por parte del equipo inspector, vulneraría dicho derecho.

Por lo que se refiere a las comunicaciones de carácter personal, sostiene la DC que el equipo inspector en todo momento insistió igualmente en la identificación de documentos de estas características por parte de las personas inspeccionadas. En contra de lo alegado por la recurrente, considera la DC que difícilmente podría verse afectado el derecho de defensa de la empresa por el mero acceso a esta información

puesto que si, efectivamente, no guardan relación con los hechos investigados, su contenido no tendría ninguna finalidad en el marco de los mismos. Adicionalmente, subraya la DC que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el acceso o lectura preliminar de documentos que puedan contener datos que afecten a la vida privada no constituye en sí misma una infracción del derecho, sino una posible vulneración futura y eventual, en la medida en que estos datos se revelen o se utilicen fraudulentamente violando la intimidad del inspeccionado, cosa que en el presente caso no ha sucedido, puesto que no puede olvidarse el deber de secreto y de sigilo al que están obligados los funcionarios públicos.

Finalmente, recuerda la DC que, el derecho a la intimidad de las comunicaciones de carácter personal, únicamente puede ser invocado por las personas implicadas en las correspondientes comunicaciones y no por las empresas en las que estas personas desarrollan su actividad profesional.

Por lo que se refiere a la **revisión y filtrado de la documentación copiada**, la recurrente alega que el equipo inspector no facilitó la lista de los términos de búsqueda hasta finalizar la inspección. La DC sostiene que el equipo inspector actuó correctamente, ya que tanto el Consejo de la extinta CNC como la Audiencia Nacional han confirmado en varias ocasiones la inexistente indefensión causada a la empresa inspeccionada por no permitir a los abogados externos el tener acceso a las herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector.

Señala también la DC que tanto la empresa como sus representantes tuvieron en todo momento acceso a los documentos originales que obraban en los dispositivos de los inspeccionados y, hasta la fecha, no han podido identificar que se haya accedido o copiado un solo documento potencialmente protegido, por lo que no puede admitirse el fundamento de su alegación.

En su escrito de **alegaciones complementarias** de 26 de abril de 2017, formulado tras el correspondiente acceso al expediente de recurso, ALTADIS completa los argumentos expuestos en su recurso. En primer lugar realiza una **alegación preliminar**, en la que indica que los antecedentes remitidos por la DC al Consejo en el marco del recurso no son completos y solicita al Consejo que vuelva a requerir a la DC la totalidad de los antecedentes relacionados con la Orden de Investigación y la labor inspectora objeto del recurso, así como, una vez remitida la totalidad de los antecedentes, se conceda a las empresas inspeccionadas un nuevo plazo de 15 días para poder presentar un nuevo escrito de alegaciones. En concreto, ALTADIS señala que la DC no ha aportado como anexo a su Informe el documento de manifestaciones efectuadas por las empresas inspeccionadas, que constituye un anexo del Acta de Inspección. Asimismo, la recurrente alega que no se le ha facilitado un documento gráfico recabado por la DC durante la Inspección (fotografía del directorio de recepción del edificio donde se ubica la sede de las empresas inspeccionadas). Por otro lado, ALTADIS alega que la DC tampoco ha aportado la solicitud de mandamiento judicial que, en su caso, haya efectuado para llevar a cabo la inspección, y la respuesta obtenida por el correspondiente órgano judicial. La falta de conocimiento de ALTADIS sobre la posible existencia de tal mandamiento judicial, pese a haber inquirido expresamente sobre ello durante la inspección, provoca a su vez, en opinión de ALTADIS, el desconocimiento a su vez sobre si el sometimiento de las empresas

inspeccionadas a la inspección fue prestado de un modo pleno y debidamente informado.

No obstante lo anterior, con carácter subsidiario y *ad cautelam*, ALTADIS añade una serie de alegaciones, completando algunos aspectos de sus argumentos expuestos en su recurso de 2 de mayo de 2016 y dando respuesta a ciertas consideraciones que realiza la DC en su informe.

En primer lugar, con respecto a la **amplitud del objeto y la finalidad de la inspección**, ALTADIS señala que las sentencias citadas por la DC en el Informe (sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011 y del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015) no resultan aplicables al caso, puesto que el objeto de la inspección en dichos supuestos era comparativamente más restringido y concreto que el indicado en la presente Orden de Investigación, además de que, según la recurrente, el pretendido ámbito nacional del mercado geográfico no descansa sobre ningún elemento recogido en la Orden de Investigación. Por otro lado, la recurrente vuelve a reiterar que las sentencias *Unesa* y *Transmediterránea* resultan aplicables al presente caso por tratarse de inspecciones que fueron anuladas por no haber definido la Autoridad de Competencia de manera suficientemente precisa y concreta qué se buscaba o sobre qué versaba la verificación pretendida.

Con respecto a la **improcedente inclusión de Tabacalera S.L. entre las empresas objeto de inspección**, la recurrente añade que la DC disponía de medios públicos a su alcance para verificar de manera sencilla y rápida que Tabacalera no fabrica, distribuye, ni comercializa *cigarrillos*. En concreto, las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil de Madrid acreditan que dicha sociedad únicamente fabrica y comercializa *cigarros* (puros). Asimismo, la recurrente aduce que no procede tomar en consideración las circunstancias relativas al desarrollo de la inspección alegadas por la DC, al tratarse de circunstancias posteriores a adopción de la Orden de Investigación, y en este punto lo que la recurrente está impugnando es la Orden de Investigación. No obstante lo anterior, la recurrente aprovecha para apuntar que la sede social de Tabacalera, conforme se precisa en las cuentas anuales que aporta como anexo, se ubica en las plantas 3º y 4º. Adicionalmente, señala que el equipo inspector sí que tuvo acceso a documentación de la citada empresa, como se acredita por un documento que acompaña a sus alegaciones que se corresponde con una solicitud de modificación de precios de *cigarros Premium* presentada por Tabacalera, S.L. al Comisionado para el Mercado de Tabacos.

En relación a la pretendida **vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la metodología empleada por el equipo inspector en la copia de la documentación realizada durante la inspección**, ALTADIS señala que, al contrario de lo sostenido por la DC, las empresas inspeccionadas adoptaron una actitud activa, proponiendo al equipo inspector que se tomaran medidas que redujeran las probabilidades de que se accediese y se terminaran copiando documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente, documentos que no estaban relacionados con la investigación o documentos de carácter personal. En relación con la ausencia de vulneración del derecho de defensa, la recurrente entiende que en el asunto *Alquibalat* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2014), la Audiencia Nacional consideró que el simple acceso indebido a documentos

protegidos supone una violación de dicho derecho. Asimismo, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la recurrente señala que en el caso *Colgate Palmolive* (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2015), el Tribunal afirmó que únicamente se autoriza la incautación de aquellos documentos que sean relevantes para la consecución de los objetivos de la investigación, quedando proscritas las pesquisas masivas o indiscriminadas.

Por último, ALTADIS, sostiene que si el equipo inspector hubiese accedido, como se les solicitó, a revisar los documentos con los abogados de las empresas inspeccionadas, no se hubiesen copiado documentos que se refieren a productos (cigarros) que se encuentran fuera del ámbito de la investigación (cigarrillos).

Como consecuencia, ALTADIS solicita del Consejo de la CNMC que declare la nulidad de la inspección, se interrumpa la revisión de los documentos recabados y se devuelvan los mismos a las empresas inspeccionadas.

SEGUNDO.- Sobre la alegación preliminar de ALTADIS

ALTADIS solicita en su escrito de alegaciones de 26 de abril de 2017 que el Consejo vuelva a requerir a la DC la totalidad de los antecedentes relacionados con la Orden de Investigación y la labor inspectora objeto del recurso, y se conceda a las empresas inspeccionadas un plazo adicional de 15 días para poder presentar un nuevo escrito de alegaciones.

Esta Sala, sin embargo, considera que no resulta admisible dicha petición, por los motivos que se detallan a continuación.

Respecto del carácter incompleto de los antecedentes remitidos por la DC, en primer lugar, si bien la DC no ha acompañado como anexo a su Informe el escrito de manifestaciones efectuadas por las empresas inspeccionadas, que en el propio Acta de la inspección se señala que se adjunta a la misma (punto 145), tal escrito de manifestaciones fue aportado por las propias recurrentes como Anexo a su recurso de 14 de marzo de 2007, constituye parte del expediente de recurso, correspondiendo a los folios 181 a 183 del mismo y por lo tanto, el Consejo ha tenido oportunidad de conocer y valorar tales manifestaciones.

No resulta atendible la consideración de la recurrente en relación a que en el expediente de recurso debe figurar no sólo la copia del escrito de manifestaciones aportado por la recurrente, sino también “la copia de la misma de que dispone la Dirección de Competencia al objeto de que quede plenamente acreditado en el presente recurso que esas fueron, efectivamente, las manifestaciones efectuadas por las Empresas Inspeccionadas tras la finalización de la Inspección”. Esta alegación resulta evidentemente formalista y no se compadece con el hecho de que ningún perjuicio puede generar a la recurrente el que el escrito de manifestaciones que se incorpore al expediente de recurso sea precisamente el aportado por ALTADIS como anexo a su recurso, más allá de las comprobaciones que, sobre su identidad con el anexo a la copia del Acta de que dispone la DC, haya llevado a cabo el órgano de instrucción en el marco de la elaboración de su preceptivo informe sobre el recurso. Solicitar la incorporación al expediente del escrito de manifestaciones en la versión que

constaba a la DC y la subsiguiente concesión de nuevo plazo de alegaciones a ALTADIS resulta una pretensión carente de justificación y, en apariencia, de carácter estrictamente dilatorio.

En lo que se refiere al documento gráfico que, según la recurrente, fue recabado por la DC durante la Inspección y no fue facilitado a las empresas al terminar la Inspección (fotografía del directorio de recepción del edificio donde se ubica la sede de las empresas inspeccionadas), la argumentación de ALTADIS resulta confusa, puesto que lo menciona en el contexto de la alegación relativa a que los antecedentes remitidos por la DC al Consejo junto al Informe no son completos, cuando en realidad lo que reprocha la recurrente es que ese documento gráfico no le fuera facilitado al terminar la inspección.

En todo caso, corresponde señalar a la recurrente que se trata de una fotografía realizada desde el exterior del edificio donde se ubican las sedes de las empresas inspeccionadas, realizada con el fin de contrastar, con carácter previo a la inspección, la concreta localización de tales sedes y que por tanto no se facilitó a las empresas inspeccionadas al terminar la inspección, puesto que no se trataba de copia de documentación en papel o digital recabada durante la inspección. La DC la ha aportado en fase de recurso para ilustrar dos afirmaciones realizadas en su Informe al recurso, concretamente que (i) “[...] las actuaciones inspectoras se limitaron a despachos y trabajadores ubicados en la tercera planta, en la que, según reza el directorio situado en la entrada del edificio, se ubican las instalaciones de ALTADIS (véase fotografía adjunta)” y que (ii) “[...] se hace notar que, de acuerdo con el directorio situado en la entrada del edificio, la actividad correspondiente a Tabacalera, S.L. se ubicaría en la cuarta planta del edificio, a la que en ningún momento accedió el equipo inspector, tal como se desprende de la lectura del acta.”

Nuevamente no comparte esta Sala la pretensión de ALTADIS relativa a que “para poder alegar en pleno respeto de sus derechos de defensa”, debe poder acceder a este documento gráfico correspondiente a una foto del directorio existente en el exterior del edificio donde se ubica su sede. El carácter formalista y dilatorio de la pretensión se pone particularmente de manifiesto si se tiene en cuenta que con fecha de 7 de abril de 2017 ALTADIS accedió al expediente y recibió un fichero electrónico con todos los documentos que figuran en el presente expediente, incluida la foto del directorio, que dispuso de los mismos para elaborar su escrito de alegaciones de fecha 26 de abril de 2017 y que de hecho argumenta sobre tal foto en el mismo, si bien limitándose a indicar erróneamente que tal foto fue recabada durante la inspección, pese a resultar manifiesto que está tomada desde el exterior del edificio.

Finalmente, como último elemento de la alegación preliminar formulada por ALTADIS, la recurrente demanda que se aporte como antecedente la solicitud de mandamiento judicial que, en su caso, haya efectuado la DC para la entrada en la sede de ALTADIS, junto con la respuesta obtenida por el juez.

Sin embargo, resulta necesario señalar a estos efectos que la DC accedió a la sede de las empresas inspeccionadas con consentimiento de su representante, prestado tras comunicarse telefónicamente con su abogado externo que fue identificado al Equipo Inspector como del “despacho de referencia que tiene la empresa en materia de

competencia, habiendo recibido cursos sobre inspecciones de competencia por el mismo” (párrafos 8 a 15 del Acta de la Inspección). A requerimiento del abogado externo de las empresas inspeccionadas, personado en la sede de las mismas, los inspectores de la DC informaron a la empresa de que no existía auto denegatorio de entrada (párrafo 37 del Acta de Inspección).

Conforme al artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la autorización judicial únicamente es necesaria en defecto de consentimiento expreso del afectado. En este sentido, es práctica habitual que los jueces establezcan en sus autorizaciones judiciales que las mismas tienen carácter subsidiario, para el supuesto de mediar oposición a la inspección por parte de la empresa investigada, lo que evidencia la independencia entre la prestación del consentimiento por la empresa afectada y la existencia de autorización judicial para la realización de la inspección. Por tanto, habiéndose prestado dicho consentimiento voluntariamente por parte del representante de la empresa inspeccionada, que en este caso ostentaba el cargo de Director de la Asesoría Jurídica de ALTADIS, una vez informado del objeto y contenido de la Orden de Investigación, y tras comunicarse telefónicamente con su abogado externo de referencia en materia de normativa de competencia, en nada afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio el hecho de que, conforme prevé el artículo 27 de la Ley 3/2013, no se haya comunicado a la investigada la existencia o no de autorización judicial de entrada, cuya virtualidad se activa en defecto de consentimiento expreso del inspeccionado.

La jurisprudencia contenciosa ha confirmado que no compartir con la inspeccionada el conocimiento sobre la existencia o no de orden judicial que amparase la inspección no vicia el consentimiento prestado por la empresa, cuando ésta conoce el contenido de la Orden de Investigación, se le ha informado de los derechos que le asisten y ha estado debidamente asesorada. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 julio de 2016 señala: *“La actora hace constar en las manifestaciones al acta que la Jefa de la Inspección se negó a especificar si la CNC había obtenido, o no, una orden judicial que amparase la inspección, argumentando no estar autorizada para facilitar dicha información. Señala que el conocimiento de la existencia, o no, de tal orden judicial un elemento determinante del consentimiento de [la empresa]. No podemos compartir tal afirmación pues si bien la actuación inspectora, que consideramos irregular, desde el momento en que no facilitó a la actora una información que le incumbía y que tenía derecho a conocer, no implica un engaño que viciase la referida actuación, desde el momento en que [la empresa], que contaba con un amplio equipo asesor, aun desconociendo dicho dato, pudo haberse negado a permitir la entrada al equipo inspector, por lo que en ningún caso dicho dato fue determinante del consentimiento prestado. Efectivamente la recurrente conoció el contenido de la Orden de Investigación, se le informó de los derechos que le asistían, estuvo debidamente asesorada, y presentes los afectados por la inspección y de haber existido una irregularidad en el desarrollo de la inspección, ya sea constitucional o de legalidad ordinaria, la antijuridicidad de la misma, posterior al consentimiento, afectaría a su validez jurídica, pero no al consentimiento anteriormente prestado.”*

Cabe precisar además que en el caso objeto de este recurso, el consentimiento prestado por el representante de ALTADIS fue prestado a la vista de la Orden de

Investigación y una vez informado del objeto y contenido de la misma por el Equipo Inspector, y tras consultar con su abogado externo, sin formular cuestión alguna sobre la posible existencia o no de autorización judicial para la entrada (párrafos 10 a 15 del Acta de inspección).

Más allá de lo expuesto, esta Sala de Competencia discrepa de la afirmación realizada por ALTADIS en sus alegaciones complementarias en relación al contenido debido de los antecedentes que la DC debe remitir al Consejo junto a su informe sobre el recurso interpuesto en virtud del art. 47 LDC. El artículo 24.1 del RDC prevé que la Dirección “remita copia del expediente junto con su informe en cinco días”. ALTADIS afirma que estos antecedentes deben englobar, al menos, “todos y cada uno de los documentos que relacionados de un modo u otro, con la Orden de Investigación y la Inspección se han producido desde el momento en que se dicta la Orden de Investigación (15 de febrero de 2017) hasta el momento en que finaliza la inspección [...]”.

Conviene recordar que las facultades inspectoras se desarrollan de conformidad con lo establecido en el citado artículo 27 de la Ley 3/2013, así como del artículo 13.3 del RDC. Tales potestades se recogen con gran detalle, al objeto de acotar el ámbito legítimo de actuación de la autoridad administrativa y descansan en la condición de autoridad pública de quien inspecciona, la concreta delimitación del objeto de la investigación que justifica la inspección y la presunción de veracidad de los hechos que se recogen en el Acta, como documento público que adquiere el valor de prueba. En el ejercicio debido de las funciones que le asigna la Ley 3/2013 y la Ley 15/2007, la Dirección de Competencia desarrolla múltiples actividades preparatorias de las inspecciones facultadas conforme al artículo 27 de la LDC. Para poder alegar en pleno respeto de sus derechos de defensa frente a una actuación inspectora, las empresas inspeccionadas deben poder acceder a todos los documentos relevantes respecto de la concreta inspección desarrollada en su sede social, que se inicia exclusivamente tras el acceso a la misma mediante el correspondiente consentimiento de la empresa a la vista de la Orden de Inspección o bien mediante autorización judicial, en su caso.

A la vista de lo anterior, no resulta atendible la alegación preliminar de ALTADIS, y por lo tanto, no procede requerir a la DC la totalidad de los antecedentes relativos a la Orden de Investigación y a la labor inspectora objeto del recurso, en el sentido solicitado por la recurrente, ni conceder a ALTADIS un nuevo plazo de 15 días para poder presentar nuevo escrito de alegaciones.

TERCERO.- 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 ALTADIS supone verificar si la Orden de Investigación y la subsiguiente actuación inspectora recurridas han 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 alegada por ALTADIS, esta Sala considera que ni la Orden de investigación de 15 de febrero de 2017 ni la inspección

desarrollada a su amparo el día 28 de febrero y los días 1 y 2 de marzo, pueden ser susceptibles de vulnerar los derechos alegados por la recurrente, por los motivos que se exponen a continuación.

- (i) *Sobre la alegada nulidad de la inspección en la sede de ALTADIS debido a la ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección.*

ALTADIS afirma que la definición del objeto de la inspección en la Orden de Investigación recurrida es extremadamente amplia y genérica, por lo que no cumple el requisito de concreción establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vulnerando con ello el derecho a la inviolabilidad del domicilio y determinando la nulidad de las actuaciones desarrolladas.

En concreto, tal y como hemos visto al exponer las pretensiones del recurrente, ALTADIS atribuía el carácter excesivamente amplio y genérico a la Orden de Investigación, puesto que le impedía conocer qué se buscaba y sobre qué elementos versaba la verificación, al no citarse la duración de la conducta investigada más allá de una mención al año 1998, coincidir el mercado con el negocio principal de las interesadas y no precisarse expresamente el ámbito geográfico. Cita en apoyo de su argumentación la recurrente las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (recurso 24/01/2011, UNESA) y de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/12, Transmediterránea)

Recordemos, en este sentido, que el artículo 13.3 del RDC establece que la Orden de Investigación debe indicar *"el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma"*.

Asimismo, el Reglamento 1/2003 en su artículo 20.4 se refiere, aunque de forma muy sucinta, a que la decisión que ordena la inspección indicará el objeto y la finalidad de la misma, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas para la conducta de que se trate. No obstante, la jurisprudencia comunitaria se ha ocupado de precisar cuál debe ser el contenido de la Orden de inspección y de realizar alguna que otra puntualización con respecto a dicha cuestión.

Así, la sentencia del STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P) señala:

"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".

Centrándonos en el caso de análisis, resulta claro que la delimitación del **objeto** de la inspección redactado en la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017, es adecuada y conforme a Derecho, pues precisa de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 de la norma reglamentaria, de forma consistente con la jurisprudencia recaída en la materia.

En la Orden de Investigación controvertida se señalaba que el objeto de la investigación se centraba en *"verificar la existencia de actuaciones de las empresas en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC o por el artículo 101 del TFUE, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directamente o a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado, al menos desde 1998"*. Asimismo, la Orden de Investigación anticipaba desde su primer párrafo que "Esta Dirección ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directamente o a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado". La indicación sobre el artículo 1 de la LDC se precisaba adicionalmente en la Orden de Investigación: "De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), está prohibido todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular y entre otros, los que consistan en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, o el reparto de mercado".

Esta Sala coincide con el informe elaborado por la DC en que en este caso la Orden de Investigación no incurre en déficit alguno en cuanto a la información debida sobre el alcance y objeto de la investigación. Al contrario, la DC, conforme a lo fijado en dicha Orden, circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas y, por ello, limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia, infiriéndose de la lectura de la citada Orden que ni siquiera ésta se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita a los acuerdos e intercambios de información en materia de precios y/o condiciones comerciales y/o cierre de mercado.

Esta Sala entiende que a la vista de la Orden de Investigación cuestionada debe concluirse que contenía de forma suficiente y adecuada el objeto, la finalidad y alcance de la inspección. Aunque la Orden de Investigación no alcance el grado de precisión y el detalle que reclama el recurrente en sus alegaciones, cumple plenamente con los parámetros señalados en el artículo 13.3 del RDC. Pretender, por el contrario, que la orden de investigación aporte una información exhaustiva y con amplio grado de detalle no es, por un lado, estrictamente necesario por la fase preliminar de la investigación en que se produce la inspección (diligencias previas), y por otro, resulta ciertamente dificultoso y en ocasiones imposible, pues justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es determinar con precisión muchos de los detalles de la conducta presuntamente infractora, como la concreta duración o el exacto ámbito geográfico.

De este modo, y por lo que se refiere a la fase en que la actuación inspectora tiene lugar, esto es, en el ámbito de una información reservada sin que haya expediente incoado, conviene recordar la Resolución de 9 de abril de 2015 de la Sala de

Competencia del Consejo de la CNMC en el Expediente R/AJ/004/15 Prosegur, donde se señalaba:

"Lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las diligencias previas DP/0044/14 y condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho. Tal y como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la Administración no está obligada en esta fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección"

Asimismo, al haberse realizado la inspección controvertida en el marco de una información reservada, sin expediente incoado, en todo caso, la imputación formal a efectuar por la DC tendrá lugar, en su caso, tras la incoación del correspondiente expediente sancionador, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, en concreto, en la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que es el único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, en el que se define con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se enmarca el expediente y la duración de las conductas prohibidas. Será únicamente tras la notificación de dicho PCH cuando la empresa afectada pueda hacer valer plenamente su derecho de defensa en relación a la exacta determinación de tales parámetros. Aseverar esto no significa que no se imponga antes del PCH un control de legalidad efectivo de las inspecciones.

En relación con estas circunstancias, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, por remisión a la jurisprudencia comunitaria, precisaba lo siguiente:

"(...) En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".

La Orden de Investigación recurrida indicaba con claridad que el mercado objeto de la inspección era el de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, dejando claramente al margen otros productos que también forman parte del negocio de ALTADIS, como son el resto de labores del tabaco (tabaco de liar, tabaco para pipa) y

otros artículos relacionados (papel de fumar y accesorios). En todo caso, el que el objeto de la inspección coincida con el negocio principal de las empresas investigadas no puede ser por sí solo un argumento válido para sostener el carácter amplio y genérico de la Orden de Investigación. La experiencia de esta Autoridad de Competencia permite afirmar la existencia de una multiplicidad de casos en los que la conducta infractora finalmente acreditada coincidía precisamente con el negocio principal de las empresas partícipes.

En cuanto a la delimitación de la **duración** de la conducta investigada, esta Sala considera razonable que con anterioridad a la inspección no sea posible determinar con detalle absoluto desde cuándo podían haberse venido produciendo las prácticas investigadas y que, en la medida en que la información a la que ha tenido acceso la DC sitúa las conductas objeto de investigación, al menos en el año 1998, tal como indica en su Informe, resulte perfectamente adecuado que la Orden de Inspección delimite el ámbito temporal de forma acorde, precisamente por su coincidencia con la liberalización del mercado. En análogo sentido, la sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2013 (asunto Deutsche Bahn AG, párrafo 76) aclara: “[...] la Comisión no está obligada ni a efectuar una calificación jurídica precisa de las presuntas infracciones, ni a dar a conocer a la empresa todas las informaciones de que dispone, ni a indicar el período en el que tuvo lugar, a su juicio, la presunta infracción (sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 *supra*, apartado 58).”

A similar conclusión debe llegar esta Sala en relación a la delimitación del **ámbito geográfico** de la conducta investigada en la Orden de Investigación. Tal como señala la DC en su Informe, en la medida en que manifiestamente las actividades objeto de investigación, es decir, la fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos se desarrolla a nivel, al menos, nacional, ámbito de actuación de la CNMC, y además en la Orden de Investigación no se recogía mención alguna en relación a un posible ámbito más estrecho, resulta incuestionable su alcance territorial. La ausencia de precisión adicional en la Orden de Investigación respecto del territorio 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 ALTADIS conocer con suficiente exactitud, como mejor posicionada respecto de sus propias actividades comerciales, la concreta dimensión geográfica 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.

(ii) Sobre la alegada improcedencia de incluir a Tabacalera, S.L. entre las empresas investigadas

Una vez establecida la corrección de la Orden de Investigación y su adecuación al contenido mínimo previsto por la normativa aplicable para su validez, a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional que detalla e interpreta tales extremos, corresponde analizar la alegación de ALTADIS relativa a la improcedente inclusión de TABACALERA, S.L. en la Orden de Investigación.

ALTADIS alega que inadecuadamente se incluyó en el ámbito subjetivo de la Orden de Investigación, cuyo objeto era el mercado de fabricación, distribución y

comercialización de *cigarrillos*, a Tabacalera, S.L. la cual desde su creación se limita a comercializar *cigarros* Premium (esto es, puros, no cigarrillos). El cuestionamiento sobre la validez de la delimitación subjetiva de la Orden de Investigación arrastra la consecuencia, en opinión de ALTADIS, de invalidar la actuación inspectora, conforme al argumento de la recurrente de que “[...] *en la medida en que la sede en que se realizó la inspección es común a las cuatro Empresas Inspeccionadas, todos y cada uno de los elementos copiados y llevados a la sede de la CNMC fueron, en consecuencia, copiados en la sede de Tabacalera*”.

Respecto de la inclusión de Tabacalera, S.L. en la Orden de Investigación, esta Sala de Competencia coincide con la DC en que la delimitación que realiza la Orden de Investigación es plenamente coherente con el objeto social de Tabacalera, S.L. que incluye “*la fabricación y comercio, incluso la importación y exportación, de labores de tabaco*”, sin restricción alguna de la actividad de la mercantil a un determinado tipo de labores de tabaco.

La consideración formulada por ALTADIS en sus alegaciones complementarias respecto de que la DC podía haber comprobado, a los efectos de elaborar la Orden de Investigación, que las cuentas anuales, auditadas y depositadas en el Registro Mercantil de Madrid acreditan que de facto esta sociedad únicamente fabrica y comercializa cigarros y no cigarrillos, no puede ser compartida por esta Sala de Competencia.

Resulta desproporcionado alegar que la DC disponía de medios “para verificar de manera sencilla y rápida” que Tabacalera, S.L. –frente a lo que se puede deducir de la consulta de sus Estatutos– de hecho no fabrica, distribuye ni comercializa cigarrillos, cuando la propia empresa o sus representantes externos no advirtieron ni mencionaron (ni durante el inicio de la inspección, ni durante el desarrollo de la misma en tres días sucesivos, ni en el escrito de manifestaciones que se anexa al Acta) que la actividad real de Tabacalera fuera manifiestamente ajena al objeto de la inspección, pese a que la Orden de Investigación especificaba de forma clara que el objeto de la investigación era el mercado de cigarrillos.

Por otra parte, Tabacalera, sociedad unipersonal cuyo socio único es otra de las inspeccionadas, Imperial Tobacco España, comparte no sólo su sede social sino también personal con su matriz (Imperial Tobacco España, S.L.) y otras sociedades del grupo, dedicadas a idéntica actividad (Altadis, S.A. y su filial Altadis Canarias, S.A.), todas ellas destinatarias de la Orden de Investigación. Tal como se recoge en el acta de inspección (párrafo 33), el equipo inspector solicitó al representante de la empresa que aportara un organigrama de la estructura de la empresa y su grupo y que detallara las funciones y responsabilidades de sus directivos y en ningún momento se hizo referencia a la distribución de funciones o personal en base a las distintas sociedades, sino que se aportó un único organigrama, con el distintivo IMPERIAL TOBACCO, en el que el personal se distribuía funcionalmente. Asimismo, se puede comprobar la existencia de personal que presta servicios en unas y otras sociedades indistintamente, como por ejemplo el Presidente, cuyo despacho es inspeccionado, y el representante de la empresa y Director de la Asesoría Jurídica, que firma el escrito de manifestaciones, elaborado por las inspeccionadas, en nombre y representación de

Imperial Tocacco España, S.L., Altadis, S.A., Tabacalera, S.L. y Altadis Canarias, S.A. De la misma forma, los empleados inspeccionados identifican una única dirección de correo corporativo, lo que refuerza la constatación de que no existe una diferenciación de asuntos y personal por sociedades.

La propia recurrente al insistir en que la sede es compartida, que “todos y cada uno de los elementos copiados y llevados a la sede de la CNMC fueron, en consecuencia, copiados en la sede de Tabacalera” y que la documentación pertenece a unas y otras sociedades de forma indistinta, viene a confirmar que no existe una diferenciación de asuntos y personal por sociedades, dentro de la sede inspeccionada y, por tanto, justifica el hecho de que todas las sociedades fueran incluidas en la Orden de Investigación.

La consideración que realiza ALTADIS en relación a que ya no se trata, como apunta la DC en su Informe, de que los documentos relativos al mercado de puros no formen parte de esta investigación, sino que la consecuencia debe ser “la nulidad de todas las actuaciones inspectoras de la CNMC”, pone de manifiesto que la alegación sobre el ámbito subjetivo de la Orden de Inspección y la inclusión de Tabacalera, S.L., excede de la lícita protección de su derecho a la inviolabilidad de la sede social de las empresas investigadas y tiene carácter claramente instrumental al objetivo de anular la inspección y que se devuelvan todos los documentos recabados, ya no sólo los correspondientes, en su caso, al mercado de puros.

Se da además la circunstancia de que, de acuerdo con el directorio situado en la entrada del edificio, la actividad correspondiente a Tabacalera, S.L. (cuya sede social recogida en las cuentas anuales de la misma se declara ser Vía de los Poblados 3, edificio 7, plantas 3ª y 4ª) se ubicaría en la 4ª planta del edificio (compartida con Imperial Tobacco), a la que en ningún momento accedió el equipo inspector, tal como se desprende de la lectura del Acta (párrafos 2, 4 y 94).

En consecuencia, esta Sala entiende que la Orden de Investigación realizó una delimitación subjetiva de las empresas destinatarias de la inspección perfectamente acorde a los datos disponibles tanto sobre el objeto social de Tabacalera como del mercado objeto de investigación. El posterior desarrollo de la actuación administrativa no ha hecho sino corroborar la corrección de la determinación de los destinatarios de la inspección.

- (iii) *Sobre la alegada vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones como resultado del método seguido por el Equipo Inspector para la copia inicial de documentación electrónica y posteriormente durante la revisión y filtrado de la documentación electrónica copiada*

ALTADIS alega en su recurso y reitera en sus alegaciones complementarias que la metodología utilizada por los inspectores de la DC en el proceso de recabar documentación en formato electrónico vulnera sus derechos de defensa, su derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de sus empleados. El que califican como “volcado masivo” de documentación electrónica en los ordenadores

de la CNMC, sin aplicar criterios de búsqueda predeterminados y el método seguido posteriormente durante la revisión y filtrado de a documentación electrónica copiada provoca que “no ha se ha garantizado que el Equipo Inspector no haya podido tener acceso a informaciones y documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado externo/cliente (en terminología inglesa, *Legal Privilege*), ni tampoco que no hayan accedido a documentos que no estén relacionados con la Inspección o a documentos que pertenezcan a la esfera estrictamente personal de los directivos y empleados investigados”.

Esta Sala quiere precisar, con carácter previo, que el tratamiento conjunto e indiferenciado de los tres tipos de documentos referidos por ALTADIS (documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente, ajenos a la inspección y personales) no resulta adecuado, ya que no permite distinguir los derechos y bienes jurídicos afectados en cada uno de los casos y el régimen jurídico aplicable a los mismos. Los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente son documentos que se encuentran dentro del objeto de la investigación domiciliaria pero que quedan fuera del alcance del equipo inspector por su relación con el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el simple acceso a estos documentos “de defensa” podría tener las repercusiones previstas en la jurisprudencia comunitaria que ALTADIS cita en su escrito de alegaciones. En contrapartida a esta especial protección, tanto la jurisprudencia nacional como comunitaria exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, no resultando aceptables las meras alegaciones genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados (STS de 27 de abril de 2012).

Por el contrario, los documentos profesionales ajenos al objeto de la inspección y los documentos personales de los empleados de la empresa inspeccionada se encuentran desde el principio fuera del objeto de la investigación. Por tanto su exclusión de los documentos que pueden ser objeto de copia no se deriva de su relación con el derecho de defensa protegido por el artículo 24 de la Constitución sino por otros derechos constitucionales, igualmente susceptibles de protección, pero de contenido manifiestamente diferente al anterior como son el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) o el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la CE) o al secreto de las comunicaciones (art. 18.3).

En suma, la argumentación indiferenciada y conjunta de ALTADIS sobre los tres tipos de documentos presuntamente afectados por la metodología empleada por el equipo inspector, resulta inexacta e inadecuada para el examen de los posibles derechos afectados.

Es importante resaltar que la metodología empleada por el Equipo Inspector consistente en realizar una mera copia de la documentación, en virtud de las previsiones del artículo 27. 2 c) de la Ley 3/2013 permaneciendo todo documento original –ya sea físico o electrónico– en poder y bajo el completo control de la empresa, no sólo es la apropiada para no poner en riesgo los resultados de la inspección sino que permite a la empresa efectuar su propio ejercicio de análisis e identificación de

documentos, en aras de garantizar su derecho de defensa. Tal como señala la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014:

"Este control permanente sobre el documento original permite que la sociedad investigada pueda ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la investigación domiciliaria y durante todo el curso de la misma con absoluta independencia de la actuación del equipo inspector, pudiendo analizar exhaustivamente la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de documentos privados, ajenos al objeto de la misma y protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y comunicarlo de inmediato durante la inspección a los funcionarios encargados de la investigación".

De hecho, tal como se recoge en el apartado 102 del Acta, el Equipo Inspector señaló a los inspeccionados, que, dado que son quienes mejor conoce la información obrante en sus ordenadores, y los originales de las copias inicialmente recabadas permanecen en tales dispositivos, "en caso de que detecten documentos personales o relacionados con la confidencialidad abogado-cliente no señalados por éstos de manera inicial al equipo inspector, procedan a hacerlo. En el caso de tener dudas sobre si este documento había sido inicialmente recabado, el equipo inspector lo comprobará de manera inmediata."

En relación a la fase en la que se deben utilizar los criterios de búsqueda, que afecta a los equipos respecto de los que se realizan, esta Sala quiere resaltar que el interés público implícito a que se preserve la eficacia de las herramientas informáticas y método de trabajo empleados en las inspecciones, así como la integridad de los documentos y archivos originales, obliga técnicamente a que la indexación de los documentos para la aplicación de términos de búsqueda debe realizarse, de forma necesaria, sobre los propios equipos de la CNMC, al efecto de poder realizar la actuación inspectora de forma eficaz y en un tiempo viable.

Se trata de una metodología de examen de la documentación en formato electrónico perfectamente proporcionada y justificada. A título ilustrativo, cabe citar el contenido de las notas explicativas notificadas por la Comisión Europea a las empresas junto con las decisiones de inspección¹. En lo relativo a los métodos de consulta, búsqueda y copia de ciertos documentos informáticos (párrafos 10 y 11 de la Nota Explicativa) la Comisión Europea utiliza métodos análogos a los empleados por la DC, incidiendo precisamente en explicaciones sobre la posibilidad de los inspectores de hacer uso de su propio específico software y/o hardware (Herramientas Forenses de IT) que

¹ "(Revised) Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003 (11 de septiembre de 2015), disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf . "En estas notas explicativas se especifica la metodología que la Comisión se ha comprometido a seguir al llevar a cabo una inspección. Por lo tanto, son útiles para precisar el contenido del principio de respeto del derecho de defensa y del principio de buena administración, tal como los concibe la Comisión" (sentencia del Tribunal General, de 6 de septiembre de 2013, asunto Deutsche Bahn AG, párrafo 83).

permiten a la Comisión copiar, buscar y recuperar datos respetando al mismo tiempo la integridad de los sistemas y datos de las empresas².

El precitado interés público implícito a que se preserve la eficacia de las herramientas informáticas y método de trabajo empleados en las inspecciones puede perfectamente conjugarse con el interés de las inspeccionadas a realizar un seguimiento razonable del desarrollo de la inspección que se realiza en su sede.

Efectivamente, la recurrente durante la inspección tuvo en todo momento la oportunidad de identificar los documentos que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente, y el equipo inspector atendió la solicitud de que, tras el filtrado de la documentación inicialmente copiada, se utilizase un listado de términos relacionados con despachos de abogados de las empresas inspeccionadas. No obstante, ni el recurso interpuesto el 14 de marzo de 2017 ni las alegaciones posteriores de 26 de abril de 2017 contienen indicación alguna sobre qué concretos documentos pudieran estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente. Conviene precisar que la inspección se concretó, sucesivamente, respecto de las áreas de trabajo y dispositivos de cinco directivos o personal de las empresas investigadas, siendo recabada documentación digital de cuatro distintos inspeccionados.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la forma de hacer valer la protección que el ordenamiento jurídico reconoce a la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y sus clientes y ha señalado que *“en el curso de esa actuación inspectora realizada en [...], en presencia y con el asentimiento de su Responsable de Asesoría Legal, no se invocó, respecto de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados, no se invocó (se repite) específicamente la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente que ampara el derecho de defensa y no se citó el artículo 24 CE a esos específicos efectos. Y, por último, tampoco se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitían reconocer en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa. Por lo cual, STANPA no cumplió con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando. Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre*

² (10) Los inspectores pueden buscar en el entorno informático (por ejemplo, servidores, ordenadores de mesa, portátiles, tablets y otros dispositivos móviles) y todos los medios de almacenamiento (por ejemplo, CD-ROM, DVD, USBs, discos duros externos, copias de seguridad, servicios en la nube) de la empresa. Esto se aplica también a dispositivos y medios privados que se utilizan por razones profesionales (Bring Your Own Device -BYOD) cuando se encuentran en las instalaciones. A tal objeto, los Inspectores pueden utilizar no sólo cualquier herramienta de búsqueda incorporada (palabra clave), sino que también pueden hacer uso de su propio software y / o hardware ("Herramientas Forenses de IT"). Estas herramientas informáticas forenses permiten a la Comisión copiar, buscar y recuperar datos respetando al mismo tiempo la integridad de los sistemas y datos de las empresas. [traducción propia]

juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia. Como igualmente debe señalarse que el desarrollo argumental del segundo motivo de casación realiza extensas exposiciones sobre las razones por las que la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente forma parte del derecho de defensa y sobre sus apoyos normativos y jurisprudenciales, pero no hace referencia a que esa protección fuera reclamada bien en el acto de la inspección, bien posteriormente, respecto de concretas comunicaciones abogado-cliente” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 27 de abril de 2012).

También la Audiencia Nacional, en sentencia de 7 de febrero de 2012 ha señalado que *“Y en relación con la también pretendida extralimitación y/o desproporción con la referencia a la incautación masiva de las comunicaciones electrónicas la Sala comparte las apreciaciones de la [CNC] cuando manifiesta que la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que un determinado documento se encuentre protegido. Lo contrario llevaría a la absurda conclusión de que el silencio de la entidad inspeccionada, sin advertir del carácter confidencial de ciertos documentos, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección. Pues bien, durante su actuación la Dirección de Investigación, como ya decíamos, se procedió de forma selectiva y se procedió también a la declaración de confidencialidad de la documentación recabada, sin que la recurrente haya solicitado en ningún momento la devolución de documentación que dice amparada en el secreto invocado. Consta, en efecto, en las Actas de Inspección el filtrado y selección previa de los documentos incautados, sin que la parte actora, se insiste, haya alegado en algún momento que determinado documento concreto guardaba relación con la pretendida vulneración del derecho a la intimidad lo que, de por sí, impide que prospere también este último motivo de recurso.”*

Asimismo, la Audiencia Nacional, en relación a la determinación de si se ha producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente (como integrante del derecho fundamental de defensa), razona que *“Para que se entienda producida la violación de este precepto es necesario por tanto, con base tanto en la jurisprudencia constitucional como en la comunitaria, que haya tenido lugar alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión [...]. La Sala considera que recae sobre el inspeccionado en este caso recurrente la carga de acreditar la alegada circunstancia de que la documentación incautada está protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente, sin que la sola mención del nombre de un despacho de abogados en un documento o una referencia a asesoría sea suficiente para tener por probada dicha circunstancia. Si se ha respetado, como es el caso, la facultad de identificar dichos documentos, y además se ha tratado de forma*

confidencial parte de la documentación, no puede entenderse infringido el derecho a la confidencialidad de las relaciones del cliente con su abogado con fundamento en una mera alegación genérica no puede concluirse, en ausencia de pruebas, que la Administración se ha extralimitado al copiar documentos que reflejan la comunicación del abogado externo con su cliente” (Sentencia de 26 de septiembre de 2011).

El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 2015 (Expte. R/0157/13 BALAT 2-ABOGADO) precisa que *“Sostener que el simple acceso a un documento supuestamente confidencial constituye por sí mismo una violación del derecho de defensa llevaría al absurdo de hacer más favorable el silencio que la diligencia. Invocar meramente el privilegio de la comunicación abogado externo-cliente no se puede convertir en causa de anulación de facultades que la LDC y la Ley 3/2007 atribuyen a los inspectores debidamente autorizados. Si ello fuese así, fácilmente se podría frustrar el régimen jurídico que persigue actuar eficazmente en defensa de la competencia en los mercados a través de las potestades públicas establecidas y en beneficio del interés público protegido por el artículo 38 CE y los intereses generales de consumidores y usuarios”.*

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 resume de forma muy clara la jurisprudencia recaída sobre este concreto aspecto de las inspecciones de competencia: *“[...] de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, recae sobre la empresa inspeccionada la carga de señalar, de una forma mínimamente diligente, los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, documentos clara y debidamente individualizados e identificados. Es a la inspeccionada a la que le corresponde la responsabilidad de actuar con diligencia a la hora de seleccionar, detectar y advertir al equipo inspector sobre la existencia y localización de ese tipo de información durante la inspección.”*

Tal carga y actuación diligente debida para la empresa inspeccionada está claramente establecida por la jurisprudencia en la materia y no se compadece con la afirmación de ALTADIS, en sus alegaciones complementarias, cuestionando la necesidad de realizar “una auditoria “a ciegas” de la totalidad de los equipos informáticos de los empleados y directivos investigados”.

Pese a resultar relativamente prolijo, corresponde hacer una breve referencia a cómo se desarrolló, durante la inspección objeto de recurso, la indicación de los inspeccionados sobre la posible existencia de documentos protegidos o personales.

En el caso de la primera persona cuyo despacho y dispositivos fueron inspeccionados, a solicitud del equipo inspector (párrafos 50 y 52 del Acta), ésta señaló que podía tener documentos que pudieran estar protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, sin bien no los podía identificar de forma individualizada. Sí identificó una serie de carpetas de carácter personal, que se comprobó que de hecho no resultaron recabadas tras la exportación de archivos de su ordenador.

En el caso de la segunda y tercera personas cuyo despachos y dispositivos fueron inspeccionados, una vez requeridas para que identificaran la existencia de documentación de carácter personal o relacionada con su derecho de defensa, identificaron carpetas de contenido personal (apartados 57 y 58 del Acta) o bien documentos en formato papel de carácter personal (apartados 64 y 65 del Acta).

En el caso de la cuarta persona cuyo despacho y dispositivos fueron inspeccionados, una vez requerida para que identificara la existencia de documentación de carácter personal o relacionada con su derecho de defensa, señaló que disponía de documentación personal y potencialmente protegida, pero que no puede identificarla individualizadamente.

En el caso de la quinta persona cuyo ordenador y webmail fueron inspeccionados, una vez requerida para que identificara la existencia de documentación de carácter personal o relacionada con su derecho de defensa, procedió en consecuencia respecto de su ordenador y no se recabó copia (párrafos 108 a 111 del Acta).

En nuestra jurisprudencia, el derecho fundamental contenido en el artículo 24 CE está configurado como un derecho que no puede alegarse en abstracto, sino que debe considerarse su lesión cuando de manera efectiva y real se ha producido, y no en un supuesto hipotético, abstracto, o simplemente posible. Como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, *“la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho a la defensa de la parte”* y que *“no se da indefensión cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”* (SSTC 71/1984 y 64/1986).

La discusión debería producirse, por tanto, sobre la concreta documentación que la recurrente considera fuera del objeto de la inspección por su vinculación al secreto de las comunicaciones abogado-cliente. Alegación y reclamación de documentos que la empresa tuvo oportunidad de realizar ya durante la inspección y que fue atendida, según consta en Acta, tanto cuando se produjo sobre documentos concretos (en un único caso, párrafos 108 a 111 del Acta) como mediante la vía indirecta de aplicar un listado de términos relacionados con despachos de abogados, aportados por los abogados externos de ALTADIS, sobre la documentación ya filtrada (párrafos 124, 128 y 129 del Acta).

En relación a la identificación y selección de documentos ajenos al objeto de la inspección o de naturaleza personal, no cabe que se vea afectado el derecho de defensa de la empresa por el mero acceso a esta información puesto que si, efectivamente, no guardan relación con los hechos investigados, su contenido no tendría ninguna finalidad en el marco de los mismos.

La Autoridad de Competencia ha venido afirmando, y la jurisprudencia contenciosa ha confirmado (así, Resolución de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT, confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 21 de julio de 2015) que el mero acceso a documentos personales o ajenos al objeto de la misma no constituye una vulneración del derecho de defensa de la empresa: *“En suma, la jurisprudencia examinada muestra que la empresa inspeccionada no tiene derecho a impedir durante la inspección que la autoridad de competencia realice una investigación exhaustiva y pueda acceder a documentos ajenos al objeto de la misma, ya sean personales o profesionales, ni este mero acceso a la documentación vulnera en ningún caso el derecho de defensa de la empresa”*.

Este Consejo estima, por tanto, que no puede entenderse vulnerado el derecho a la defensa de la empresa del artículo 24.2 de la Constitución por cuanto en el curso de la inspección, tal como se desprende del Acta, se prestó una especial atención para evitar

la copia de aquella documentación que pudiera estar amparada por la confidencialidad abogado cliente.

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, ALTADIS 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 Constitución.

Así, el análisis desarrollado en el apartado anterior en relación a la total adecuación de la inspección realizada a la Orden de Investigación que la amparaba, sin que pueda deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio ni en la propia Orden ni en la actuación inspectora, permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente.

Según se desprende de la lectura del Acta de Inspección, mientras duró la búsqueda de documentación y la realización de copias, estuvo siempre presente, junto con los inspectores de la CNMC, el personal de la empresa, el representante de la misma, Director de la Asesoría Jurídica, y sus abogados externos, cuyo número osciló a lo largo de la inspección entre tres y cuatro. Tanto el representante de las empresas inspeccionadas como los ocupantes de los despachos y los titulares de los dispositivos inspeccionados, así como sus abogados externos presentes durante toda la inspección pudieron realizar en todo momento, tal como se constata en el Acta, observaciones en relación con los documentos que podrían estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente o pertenecer a la esfera privada de los empleados y no ser, en consecuencia, adecuada su copia. De hecho el Equipo Inspector solicitó repetidamente su colaboración para evitar recabar en la primera fase del procedimiento de selección información de carácter personal o que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa (puntos 24, 48, 50, 52, 57, 58, 64, 65, 101, 115 y 123 del Acta).

En el último día de los tres que duró la inspección, el Equipo Inspector preguntó, nuevamente, sobre la posible identificación de documentos potencialmente protegidos entre los documentos de los inspeccionados y se les respondió negativamente (párrafos 123 a 126 del Acta de Inspección). Cabe destacar también que, tal como se refleja en el Acta, no se hizo por parte de los inspeccionados y los abogados externos el ejercicio de búsqueda previo de términos vinculados a despachos de abogados sobre los ordenadores de los inspeccionados, lo cual hubiera sido una forma asequible de realizar búsquedas activas de tal información potencialmente protegida, al objeto de su identificación y comunicación al Equipo Inspector (párrafo 125 del Acta).

Asimismo la oportunidad para señalar dicha documentación de carácter personal también existe posteriormente descontando, además, que la DC, de oficio, procederá a la devolución y eliminación de las copias de todo aquello que no tenga relación con el objeto de la investigación.

En este sentido, es preciso subrayar que, tal y como recogen los apartados 130 y siguientes del Acta de Inspección, tanto el representante de las empresas inspeccionadas como los abogados externos de la ahora recurrente, presentes en la inspección, tuvieron conocimiento de los documentos, en formato impreso y electrónico, recabados en el curso de la inspección. Al finalizar las actividades de inspección, quedó en poder de la empresa la relación completa de documentos recabados en el curso de la misma, tanto en formato papel como en formato electrónico. En las alegaciones complementarias al recurso, de 26 de abril de 2017, habiendo transcurrido un tiempo más que prolongado desde el último día de inspección, el 2 de abril de 2017, ALTADIS se limita a indicar (y a adjuntar a su escrito), a título ejemplificativo y sin carácter exhaustivo, dos documentos que podrían ser ajenos al objeto de la inspección, por referirse al mercado de cigarros y no de cigarrillos, y un correo personal de una de las inspeccionadas.

El artículo 42 LDC permite solicitar, en cualquier momento del procedimiento, mantener secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales. Igualmente, y como se expresa el párrafo 46 del Acta de Inspección, el representante de las empresas inspeccionadas y los abogados externos de la recurrente fueron informados de que, una vez finalizada la inspección, le serían notificados por la DC los documentos recabados en la inspección que quedarían incorporados al expediente con el fin de que la empresa, en el plazo de 10 días, pudiera presentar por escrito una relación individualizada y motivada de los documentos sobre los cuales se formula solicitud de confidencialidad.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación de la información recabada durante la inspección y cuya destrucción las recurrentes solicitan, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

Respecto a los documentos de naturaleza privada, las alegaciones de la recurrente no expresan claramente cuál sería el derecho o interés legítimo perjudicado que justificaría el presente recurso. Si se trata de derechos o intereses legítimos de los titulares de los documentos de naturaleza personal, no corresponde a la actual recurrente la representación de los mismos, que debería ser ejercida, en su caso, por los propios perjudicados o sus representantes legales. Tal como indica la Audiencia Nacional (sentencia de 20 de mayo de 2011, rec. 133/2010): “Hemos de partir de la base de que la Administración actuante no dirigió su actuación a la aprehensión de los documentos privados de los empleados o de la empresa ni de sus correos, lo que ocurrió es que, al copiar el contenido de los discos duros de los ordenadores, también copió documentos personales de los empleados y empresa. Pero la actuación de la administración no se encaminaba ni a aprehender esos documentos ni a intervenir las comunicaciones con terceros de los empleados o de la empresa fuera del ámbito de la inspección, como tales documentos personales o transferencia de información personal de los mismos. [...] Por otra parte, de entenderse que han sido violados derechos personales, los interesados habrán de hacerlo valer por las vías legales, porque lo que en esta sentencia examinamos no es la afectación de un interés legítimo personal amparado por la Ley Orgánica 15/1999 sino la legalidad de una actuación administrativa de registro.”

De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y la subsiguiente inspección, en las que se fundamenta el presente recurso, hayan causado perjuicio irreparable a los derechos de ALTADIS.

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 IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A. (ALTADIS) contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo en la sede de dichas empresas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.