



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/056/17, PHILIP MORRIS)**

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

#### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

#### **Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de octubre 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/056/17, PHILIP MORRIS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., contra la Orden de Investigación expedida el 15 de febrero de 2017 por el Director de Competencia de la CNMC, para llevar a cabo una inspección en la sede de PHILIP MORRIS, S.L., 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 la empresa PHILIP MORRIS, S.L (PHILIP MORRIS), 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 (en adelante, LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, 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 PHILIP MORRIS, S.L.

3. Con fecha 14 de marzo de 2017 la representación de PHILIP MORRIS, 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 alegando que dicha Orden de Investigación infringía el derecho de defensa de las empresas inspeccionadas y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Al escrito de recurso se adjuntaba copia de la relación de palabras significativas empleadas por el equipo inspector en el filtrado de la información recabada en la inspección.
4. Con fecha 11 de septiembre 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 PHILIP MORRIS.
5. Con fecha 13 de septiembre de 2017, la Dirección de Competencia (en adelante, 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 y Orden de Investigación.
6. Con fecha 21 de septiembre de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de PHILIP MORRIS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 28 de septiembre de 2017 la representación de PHILIP MORRIS tuvo acceso al expediente.
8. El día 16 de octubre de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementaria de PHILIP MORRIS.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de octubre de 2017.
10. Es interesada en este expediente de recurso PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (en adelante, PHILIP MORRIS).

## **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 PHILIP MORRIS los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017, y que también es 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 "[l]as 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".*

En virtud de este artículo 47 de la LDC, PHILIP MORRIS solicita al Consejo de la CNMC la anulación de la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y de la propia actuación inspectora, por cuanto considera que vulneran el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho de defensa de la empresa inspeccionada.

PHILIP MORRIS basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

**(1) Carácter recurrible de la Orden de Investigación y de la actuación inspectora en virtud del apartado 1 del artículo 47 de la LDC:**

PHILIP MORRIS considera que tanto la Orden de Investigación como la propia actividad inspectora de la DC son actos de trámite cualificados que reúnen los requisitos del artículo 47 de la LDC (indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos) para ser susceptibles de recurso.

En particular, PHILIP MORRIS sostiene, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1</sup>, que la DC ha infringido su derecho a la inviolabilidad del domicilio y su derecho de defensa, dado que la definición del objeto de la inspección en la Orden de Investigación era excesivamente amplia y genérica, incumpléndose, por lo tanto, el requisito de concreción establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta falta de concreción de la Orden de Investigación, según PHILIP MORRIS, sería consecuencia de la ausencia de suficientes indicios para ordenar y practicar la inspección, lo que habría conducido a que ésta se convirtiera en una “*fishing expedition*”.

En consecuencia, PHILIP MORRIS estima que procede la declaración de nulidad de la Orden de Investigación, y con ello, la nulidad de todo lo actuado por la DC al amparo de la misma.

**(2) Nulidad de la inspección domiciliaria debido a la ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección en la Orden de Investigación – violación de los principios fundamentales de inviolabilidad del domicilio y derecho de defensa de PHILIP MORRIS:**

Apoyándose, de nuevo, en el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso *UNESA*, y haciendo lo propio con la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2016 en el recurso *Transmediterránea*, la recurrente considera que la inspección llevada a cabo en su sede no ha respetado los límites que se derivan de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y de defensa. En particular, PHILIP MORRIS considera que la Orden de Investigación no determinaba con precisión cuál era el objeto y alcance de la inspección, sino que contenía descripciones genéricas o abiertas, tanto de las prácticas anticompetitivas como del mercado relevante. PHILIP MORRIS basa este argumento en los artículos 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

---

<sup>1</sup> Citando, en particular, las sentencias de 10 de diciembre de 2014 (recurso 4201/2011, *UNESA*) y de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/12, *Transmediterránea*).

(en adelante, LCNMC), 49.2 de la LDC y 13.3 del RDC, interpretados en consonancia con el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2003.

### **(3) Ausencia de indicios de la CNMC para ordenar la inspección:**

Complementando las alegaciones anteriores, PHILIP MORRIS apunta que la DC habría llevado a cabo una “*fishing expedition*”, al haber ordenado la inspección sin suficientes indicios, en vulneración de lo previsto tanto por la normativa relevante como por la jurisprudencia. La parte recurrente cita jurisprudencia del Tribunal General<sup>2</sup>, así como del Tribunal Supremo<sup>3</sup>, que así lo establecen. En opinión de PHILIP MORRIS, la Orden de Investigación “*es omnicomprendiva*” y se “*había extendido (...) a un conjunto más amplio de productos respecto de los que carecía de indicios de infracción*”, esto es, a la totalidad de las actividades de la empresa durante los últimos diecinueve años en el mercado de los cigarrillos.

En su escrito, PHILIP MORRIS aporta (como Anexo 2) la lista de palabras significativas empleadas por el equipo inspector de la DC para el filtrado de la documentación recabada, entendiéndose que cabe invalidar el 87% de las mismas por su supuesto carácter genérico, dado que las mismas podrían hacer referencia a una pluralidad de infracciones recogidas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera, en su **informe de 13 de septiembre de 2017**, que el recurso debe ser desestimado, al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que la Orden de Investigación en ningún caso ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de PHILIP MORRIS.

Por lo que se refiere a la alegada amplitud y generalidad del objeto de la inspección recogido en la Orden de Investigación, la DC considera que sí se ha delimitado suficientemente el objeto y la finalidad de la inspección, tanto en lo relativo a las supuestas conductas anticompetitivas como al mercado, 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, continúa argumentando la DC, que la Orden de Investigación se limita a una actividad mercantil delimitada, la relacionada con los cigarrillos en sus diferentes fases de la cadena de valor (de fabricación, distribución y comercialización), dejando al margen el resto de labores del tabaco (tabaco de liar, tabaco para pipa) y otros artículos relacionados (cigarrillos electrónicos y otros productos del tabaco) que también forman parte del negocio de PHILIP MORRIS.

Con respecto al ámbito territorial, considera la DC que el alcance no resulta cuestionable, pues las actividades se desarrollan a nivel, al menos, nacional, y ello es consistente con el ámbito de actuación de la CNMC, no habiendo mencionado la Orden

---

<sup>2</sup> Sentencias del Tribunal General, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto *T-135/09, Nexans contra Comisión* y *T-140/09, Prysmian contra Comisión*.

<sup>3</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (*recurso Campezo*) y de 16 de junio de 2015 (*recurso Colgate*).

de Investigación un ámbito más estrecho, ni habiéndose planteado dudas por parte de la empresa ni al inicio ni durante el desarrollo de la inspección sobre este extremo, como consta en el Acta.

La DC indica asimismo las razones por las que considera que las remisiones realizadas por la recurrente a determinadas sentencias (las precitadas sentencias del Tribunal Supremo en los asuntos *Transmediterránea* y *UNESA*), se hacen sin contextualización alguna y no son aplicables al caso, pues en la Orden de Investigación de la sede de PHILIPS MORRIS, como ya se ha indicado, se delimitaba suficientemente el objeto, finalidad y ámbito territorial de la investigación, de conformidad con la información existente. En este sentido, la DC recuerda que el reproche del Tribunal Supremo en el caso *UNESA* se produjo porque el objeto y la finalidad de la inspección se concretaba por referencia a una resolución previa del Consejo, sin reproducir los elementos que configuraban dicho objeto y finalidad en la propia orden de investigación; mientras que en el caso *Transmediterránea* la orden de investigación sólo detallaba la existencia de una denuncia, pero sin especificar a qué aspecto de la actividad mercantil de las empresas inspeccionadas se refería. Ninguna de las dos circunstancias concurre en este caso.

Con respecto a la alegada ausencia de indicios suficientes para ordenar la inspección, que según la recurrente se aprecia en la escasez de palabras directamente relacionadas con la infracción investigada y en la larga duración de las diligencias previas, la DC justifica su proceder en el artículo 49.2 de la LDC que permite, “*ante la noticia de la posible existencia de una infracción, (...) realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria [como ha sido el caso] de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador*”, esto es, la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas. En este sentido, la DC recuerda que la inspección fue objeto de control judicial previo, habiéndose recabado Auto autorizatorio de entrada, y que las palabras significativas no son el único criterio de selección de documentos. Asimismo, la DC vincula la duración de las diligencias previas a la periodicidad con la que los fabricantes de tabaco efectúan los movimientos de precios, y recuerda además que, según jurisprudencia consolidada, las diligencias previas no están sujetas a caducidad.

En sus **alegaciones al referido informe de la DC**, PHILIP MORRIS insiste en la incorrecta delimitación del objeto de la inspección en la que habría incurrido la Orden de Investigación, así como en la ausencia de indicios para ordenar la inspección.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por PHILIP MORRIS 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.

Con carácter previo a la valoración de las alegaciones hechas por PHILIP MORRIS para sostener que la actividad de la DC en torno a la inspección practicada en su sede, le ha producido indefensión, conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa<sup>4</sup>:

*“En suma, estamos en presencia de una transgresión de las normas formales configuradas como garantía, factor necesario e inexcusable pero no suficiente para diagnosticar la indefensión. Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión «material».”*

Por lo tanto, debe comprobarse si la indefensión alegada por PHILIP MORRIS se ha producido y, de haberse producido, habría que comprobar si ha dado lugar a una indefensión material, en el sentido que acabamos de exponer.

Pues bien, respecto a la posible existencia de indefensión, alegada por PHILIP MORRIS, esta Sala considera que ni la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017, ni la posterior actuación inspectora de la DC, han conculcado el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni el derecho de defensa invocados por la recurrente; y todo ello por los motivos que se exponen a continuación:

- (i) *Sobre la alegada nulidad de la inspección en la sede de PHILIP MORRIS debido a la ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección, que afectaría a sus derechos a la inviolabilidad del domicilio y de defensa.*

PHILIP MORRIS afirma que la definición del objeto de la inspección en la Orden de Investigación recurrida es omnicompreensiva, 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 de defensa de PHILIP MORRIS, lo que determina la nulidad de las actuaciones desarrolladas.

En concreto, tal y como hemos visto al exponer las argumentaciones de la recurrente, PHILIP MORRIS consideraba que la Orden de Investigación vulneraba sus derechos a la inviolabilidad del domicilio y de defensa dado que considera que dicha Orden contiene descripciones genéricas o abiertas, tanto de las prácticas anticompetitivas como del mercado relevante, que no cumplirían con el requisito de concreción

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>5</sup> y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>6</sup> (en adelante, "TJUE").

En particular, PHILIP MORRIS considera que la descripción de las prácticas anticompetitivas contenida en la Orden de Investigación engloba la totalidad de las prácticas horizontales y verticales prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Considera asimismo que la descripción del mercado relevante engloba todos los niveles de la cadena de valor y que no se determina el ámbito geográfico.

Recordemos, en este sentido, que 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. La jurisprudencia de la Unión Europea se ha ocupado de precisar cuál debe ser el contenido de la orden de inspección. Así, la sentencia del TJUE de 25 de junio de 2014 (*asunto C-37/13 P*), citada por la recurrente, señala que:

*"36. 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 [...]".*  
[Énfasis añadido]

Centrándonos en el caso objeto de análisis, coincide esta Sala con la DC en la consideración de que la delimitación del **objeto** de la inspección contenido en la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017, es adecuado 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 inspección se centraba en "*verificar la existencia de actuaciones de [PHILIP MORRIS] en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y 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*".

---

<sup>5</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (recurso 4201/2011, *UNESA*) y de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/12, *Transmediterránea*).

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014, en el asunto C-37/13 P, *Nexans SA y Nexans France SAS contra Comisión*.

Asimismo, la Orden de Investigación anticipaba desde su primer párrafo que “[e]sta 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 estipulado en dicha Orden, circunscribe la conducta a investigar a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresa 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 la 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 dada 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 los detalles de la conducta infractora, como las prácticas anticompetitivas concretas 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, se ha producido en un momento en el que todavía no se ha procedido a la imputación formal de ninguna infracción. Este hecho es relevante a la hora de determinar el nivel de detalle exigible a la Orden de Investigación en lo que a la descripción de los hechos investigados se refiere, en el entendido de que, antes incluso de la incoación del expediente sancionador, el objetivo de la DC es recabar datos que le permitan determinar si “*la noticia de la posible existencia de una infracción*”, a la que se refiere el artículo 49.2 de la LDC, se concreta en indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas.

Así lo recoge el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de enero de 2015, en la que pone de manifiesto la importancia del contexto en el que se desarrolla la inspección, a la hora de valorar la concreción de la Orden de Investigación:

*“En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento “de la posible existencia de una infracción”. Es decir, la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas -en cuyo caso el artículo 49.1 LCD (RCL 1991, 71)- ordena incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada.”*

Más aun, no es hasta la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH), cuando queda definida la acusación y las personas contra las que se dirige el procedimiento y, por tanto, será entonces cuando se defina con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se circunscriben las conductas investigadas, así como la duración de las mismas. De este modo, será únicamente tras la notificación del PCH cuando las empresas afectadas tengan los elementos de juicio necesarios para hacer valer plenamente su derecho de defensa en relación a la exacta determinación de tales parámetros. Aseverar esto no significa que no se imponga un control de legalidad efectivo de las inspecciones ya antes del PCH, ni que el derecho de defensa de las empresas afectadas no despliegue ningún efecto; significa que el control de legalidad de las inspecciones debe tener en cuenta el contexto en el que se insertan ponderando, además, el derecho de defensa de las empresas afectadas y el interés general en preservar el efecto útil de la propia inspección.

En relación con estas circunstancias, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, por remisión a la jurisprudencia de la Unión Europea, 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)".*

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, antes citada, afirmaba que:

*"Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 apartado 40 "el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989 (TJCE 1989, 30), Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)."*

Pues bien, teniendo en cuenta el momento en que tuvo lugar la inspección (en el periodo de información reservada), la Orden de Investigación recurrida cumplía ampliamente con los estándares de concreción exigibles, pues 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 PHILIP MORRIS, como son el resto de labores del tabaco (tabaco de liar, tabaco para pipa) y otros artículos relacionados (cigarrillos electrónicos y otros productos del tabaco).

Por lo tanto, en contra de lo alegado por la recurrente en su recurso, la investigación no ha versado sobre "la totalidad de sus actividades", toda vez que dicha totalidad de actividades incluye productos excluidos de la investigación y sobre los que, sin embargo, PHILIP MORRIS viene fortaleciendo su presencia en los últimos años, según recoge en su sitio web: "[e]n los últimos años, hemos fortalecido nuestra presencia en la categoría de picadura para liar y otros productos del tabaco." En conclusión, no cabe afirmar que la definición del objeto de la inspección haya sido omnicompreensiva e

incluyera la totalidad de actividades de PHILIP MORRIS, en lo que a los productos investigados se refiere.

En todo caso, cabe precisar que 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 indebidamente 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 la infracción. Así lo ha validado también la jurisprudencia contenciosa, entre otras, en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 2016 (rec. 136/2014), que considera correctamente delimitado por la Orden de Investigación el mercado de producto en ese caso investigado, respecto de empresas que fabrican y comercializan esencialmente turrónes.

De igual modo, aunque PHILIP MORRIS afirma en su recurso que no opera en todos los niveles de la cadena de valor del mercado de los cigarrillos, sino que *“se limita a la compra de cigarrillos a otras filiales del grupo al que pertenece para su venta posterior a Compañía de Distribución Integral Logista, S.A., sin que participe en las fases posteriores de distribución y comercialización”*, lo cierto es que la propia ubicación en la cadena de valor de la actividad a la que ella misma circunscribe su actividad hace que las conductas que pudieran resultarle imputables, sean susceptibles de afectar a los mercados verticalmente relacionados tanto aguas arriba como aguas abajo. En efecto, PHILIP MORRIS pertenece a un grupo fabricante de cigarrillos, desarrolla su actividad, al menos, en el mercado de la distribución mayorista y, desde ese mercado, puede influir en la comercialización de los cigarrillos. Por todo ello, resulta razonable que la DC, en una fase previa en la que todavía está investigando la concurrencia de indicios racionales de la existencia de una infracción que justifique la incoación de un expediente sancionador, recabe datos relativos a las diferentes fases de la cadena de valor del mercado de los cigarrillos, que le permitan conocer si podría haber una infracción y, en su caso, quiénes serían los infractores y la dimensión y alcance de la propia infracción.

En cuanto a la delimitación del **ámbito geográfico** de la conducta investigada esta Sala comparte la apreciación realizada por la DC en su Informe. En este sentido, la DC indica que *“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 esta autoridad de competencia, y además en la Orden de Investigación ninguna mención se recogía en relación a un posible ámbito más estrecho, resulta incuestionable su alcance.”* 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 PHILIP MORRIS 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.

Más aun cuando la fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos no presentan las peculiaridades geográficas que caracterizaban a los sectores analizados en la jurisprudencia citada por PHILIP MORRIS en su recurso y en sus alegaciones al informe de la DC. En este sentido, en el recurso *Transmediterránea* la inspección tuvo lugar en un sector (el del transporte marítimo) caracterizado por su segmentación geográfica, dado que las diferentes rutas o líneas que conectan destinos concretos, no siempre son sustituibles. En ese contexto, en el que la empresa inspeccionada operaba en diversas rutas, repartidas por la geografía española, el Tribunal Supremo consideró que la orden de investigación debería haber sido más precisa en su delimitación del ámbito territorial que estaba siendo investigado, a la vista además de los indicios disponibles. En el caso del recurso de *UNESA* el reproche del Tribunal Supremo no trae causa de la falta de delimitación geográfica del ámbito de la investigación, aunque el sector afectado también se caracterizaría por una segmentación infranacional, dada la existencia de monopolios regionales. En este caso, el reproche del Tribunal Supremo viene del hecho de que los datos específicos sobre el objetivo y finalidad de la orden de investigación no se recogían en la propia orden, sino que tales datos aparecían en una Resolución previa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que la orden de investigación citaba. Por lo tanto, el Tribunal Supremo lo que rechaza era la posibilidad de completar la orden de investigación por remisión a un acto externo, cuestión ésta que tampoco se plantea en el presente caso.

Por otro lado, la referencia que hace la recurrente a las Islas Canarias para sostener que constituyen un mercado geográfico separado del resto de la península y que por ello la Orden de Investigación no era suficientemente clara en cuanto al ámbito territorial investigado, no puede prosperar. El hecho de que las Islas Canarias tengan un régimen fiscal específico no puede significar de manera automática, que constituyan un mercado geográfico diferenciado para todos los productos y servicios en general, ni específicamente para el sector de los cigarrillos. De hecho, en el asunto *COMP/M.4581, Imperial Tobacco/Altadis*, citada por la recurrente en su escrito de alegaciones al informe de la DC, la Comisión Europea deja abierta la definición del mercado geográfico relevante de los productos del tabaco en general, respecto de España, si bien por lo que se refiere a la definición del mercado geográfico relevante de la distribución mayorista de productos del tabaco, dentro de la que se encuentran las actividades desarrolladas por PHILIP MORRIS, según ella misma sostiene, la Comisión acepta la dimensión nacional de este mercado, haciendo referencia expresa a que tal definición nacional está en consonancia con sus decisiones previas y con sus investigaciones de mercado. Por lo tanto, no puede acogerse que la recurrente pudiera tener duda alguna sobre la delimitación territorial de las prácticas investigadas y, menos aún que, de la pretendida duda, pudiera derivarse indefensión material para la recurrente, dadas las características del sector en el que opera PHILIP MORRIS.

Adicionalmente, cabe destacar que la Orden de Investigación precisa que se investiga una infracción no sólo del artículo 1.1 de la LDC sino también del artículo 101 del TFUE. Como regla, son conductas de ámbito *nacional* las susceptibles de tener efectos sobre el comercio intracomunitario y, por tanto, ser aptas para infringir el artículo 101 del TFUE, conforme a la Comunicación de la Comisión Europea *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario (2004/C 101/07)* y en la

jurisprudencia comunitaria sobre la materia, y lo que, de acuerdo con el Reglamento 1/2003, obliga a la aplicación del artículo 101 del TFUE.

(ii) *Sobre la alegada ausencia de indicios de la DC para ordenar la inspección.*

Frente a la alegación de PHILIP MORRIS sobre la supuesta falta de indicios suficientes que motivaran la inspección, la DC justifica su proceder en el artículo 49.2 de la LDC, que prevé que, *“ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación [actual DC] podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria [como ha sido el caso] de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador”*, esto es, la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas. No corresponde, por tanto, tratar –como pretende la recurrente– de trasladar (sin amparo legal ni jurisprudencial) a la Orden de Investigación, exigencias impropias del momento inicial o previo al procedimiento sancionador.

La Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 9 de abril de 2015, en el Expediente R/AJ/004/15, PROSEGUR, señala que *“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”*.

Este planteamiento es el contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 16 de enero de 2015 precisa que:

*“En este sentido debe tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las ordenes de Inspección “depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia” (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 (TJCE 2010, 319) caso Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens). En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento “de la posible existencia de una infracción”. Es decir, la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas -en cuyo caso el artículo 49.1 LCD (RCL 1991, 71)- ordena incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada. Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 apartado 40 “el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de*

*guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989 (TJCE 1989, 30), Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36).”*

Posteriormente, en su escrito de alegaciones complementarias al informe de la DC, PHILIP MORRIS aclara que no reprocha que la Orden de Investigación no recogiera “los indicios con los que contaba la DC en el momento de iniciar la inspección”, sino que lo que cuestiona es la propia existencia de dichos indicios, solicitando a este Consejo que ordene a la DC la comunicación de los mismos, a efectos de verificar su existencia.

Tal petición no puede ser atendida. Tanto la Ley de Defensa de la Competencia como la jurisprudencia distinguen entre la concurrencia de indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, lo cual obliga a incoar expediente, y el marco de una información reservada en la que conste información que aconseja llevar a cabo inspecciones para, precisamente, corroborar tal información todavía incompleta y determinar si concurren las circunstancias que justifican la incoación del expediente sancionador y el concreto alcance de las conductas objeto de inspección. Como ya se ha indicado previamente, en lo que a la información pormenorizada de lo investigado se refiere, el derecho de defensa de la recurrente va desplegando sus efectos a lo largo del procedimiento hasta el momento de la formulación del PCH, en el que se tendrá acceso a todos los elementos que configuren la infracción que se le impute. Pues bien, en el momento actual, en el que ya se ha incoado procedimiento sancionador, entre otras empresas, contra PHILIP MORRIS, el derecho de defensa de la recurrente le garantiza el derecho de acceso al expediente, en los términos recogidos el artículo 31 del RDC.

Asimismo, PHILIP MORRIS trata de probar la falta de indicios justificativos de la actuación inspectora de la DC analizando la lista de palabras significativas utilizadas como apoyo para seleccionar los documentos en soporte informático. En este análisis, PHILIP MORRIS concluye que solo un 13% de las palabras utilizadas hacen referencia directa a “una práctica concreta de la que supuestamente la DC habría tenido conocimiento con carácter previo”, mientras que el 87% restante se referirían a cualquier conducta prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Este argumento debe ser rechazado. En primer lugar, porque como se detalla en la Orden de Investigación, el objeto de la inspección es precisamente verificar la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el 101 del TFUE, por lo que es evidente que los términos relacionados con las conductas prohibidas por dichos artículos también tienen relación con la conducta investigada por la DC. Y, en segundo lugar, porque como se ha expuesto previamente, no se puede exigir a la DC en un momento inicial de la investigación, en el que ni siquiera se ha incoado procedimiento sancionador, que describa con detalle los hechos investigados, por lo

que el corolario lógico es que tampoco puede exigirse a la DC en este momento, que conozca la terminología exacta empleada por las empresas investigadas para referirse a las posibles conductas prohibidas.

Esgrime además PHILIP MORRIS que ha tenido acceso, en el expediente principal ya incoado, a las palabras significativas utilizadas por la DC en las inspecciones de otras empresas, concluyendo que las listas utilizadas respecto de otras empresas contienen palabras más específicas, lo que considera prueba inequívoca de la falta de indicios respecto de PHILIP MORRIS. Este argumento tampoco puede ser aceptado. La elección de las palabras significativas corresponde a la DC, sin que “*constituy[a]n en sí mismas el criterio único de selección de documentos electrónicos*”, como la DC indicó explícitamente a la empresa durante el transcurso de la inspección (y así consta en el párrafo 66 del acta de inspección, folio 62). Estas palabras significativas constituyen únicamente un elemento de apoyo en la selección de información en soporte digital por parte de la DC, por lo que son un elemento auxiliar y dinámico de la actividad inspectora que puede verse alterado durante el propio desarrollo de cada una de las inspecciones, y no tiene por qué coincidir exactamente entre todas las empresas inspeccionadas en el marco de las mismas diligencias previas.

Finalmente, PHILIP MORRIS hace referencia a la larga duración de las diligencias previas para reafirmarse en su alegación sobre la falta de indicios suficientes para ordenar la inspección. Sin embargo, la DC explica que ha sido el propio funcionamiento del mercado –que, como se ha comprobado, experimenta movimientos generalizados en los precios aproximadamente una vez al año– el que ha determinado la duración de las diligencias previas (2015–2017). En todo caso, cabe recordar que la jurisprudencia, tanto de la Audiencia Nacional<sup>7</sup> como del Tribunal Supremo<sup>8</sup>, ha confirmado que la información reservada no está sujeta a plazo de caducidad y el periodo de tiempo durante el cual se lleva a cabo no puede computarse a efectos de caducidad si sirve para reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para valorar la pertinencia de incoar dicho expediente.

En definitiva, el análisis de todos los elementos enumerados hace concluir a esta Sala que ni la Orden de Investigación ni la subsiguiente actividad inspectora de la DC han vulnerado los derechos de inviolabilidad del domicilio y de defensa de la recurrente, por lo que ninguno de los mencionados actos de la DC ha causado indefensión material a la recurrente.

Por último, y dado que esta Sala considera que la actividad inspectora desarrollada por la DC no ha producido indefensión a PHILIP MORRIS, de tal actividad inspectora tampoco puede derivarse un perjuicio irreparable para PHILIP MORRIS que, de acuerdo con el artículo 47 de la LDC pudiera hacer prosperar el recurso. De hecho,

---

<sup>7</sup> Sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2010 (recurso 06/144/2009), de 12 de mayo de 2011 (recurso 06/638/2009), de 13 de junio de 2011 (recurso 06/646/2009), de 30 de junio de 2012 (recurso 510/2009) y de 26 de febrero de 2013 (recurso 06/2999/2011).

<sup>8</sup> Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2007 y de 14 de junio de 2013.

PHILIP MORRIS ni siquiera lleva a cabo una argumentación específica con respecto al mismo, por lo que el análisis de la Sala en este punto se considera innecesario.

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 PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PHILIP MORRIS) contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y la posterior actuación de inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 en la sede de dicha empresa.

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 el día siguiente a su notificación.