

RESOLUCIÓN

**Expte. R/AJ/057/18, ASOCIACION NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE
-ANET-**

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de agosto de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/057/17 ANET por la que se resuelve el recurso presentado por la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte (en adelante ANET) contra la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 de la Dirección de Competencia (en adelante DC) de Navarra y contra el registro posterior desarrollado al amparo de la misma los días 29 y 30 de mayo de 2018 en la sede de la empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de mayo de 2018 fue emitida orden de investigación por la DC de Navarra por la cual se notificaba el inicio de una información reservada para verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación de conductas contrarias al artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) y autorizaba a una serie de funcionarios el registro del domicilio de la asociación.
2. Mediante Auto 51/2018, de 21 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Pamplona, se autorizó judicialmente la inspección en la sede de ANET.
3. Con fecha 29 y 30 de mayo de 2018, fue llevado a efecto el registro en la sede de ANET, levantándose la correspondiente acta, conforme con la dispuesto en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC).

4. Con fecha 13 de junio de 2018 tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC dos escritos del representante de ANET, de fecha 11 de junio de 2017, mediante los que interponía sendos recursos administrativos contra la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 de la DC de Navarra y contra el registro posterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante (LDC), dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el citado precepto.
5. Con fecha 15 de junio de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó al Servicio de Consumo y Arbitraje, Sección de Control de Mercado, Promoción y Defensa de la Competencia, del Gobierno de Navarra antecedentes e informe sobre los recursos interpuestos por ANET.
6. El 21 de junio de 2018 la DC de Navarra emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por ANET. En dicho informe, el órgano de instrucción proponía la desestimación del recurso, en la medida en que la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
7. Con fecha 26 de junio de 2018 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite los recursos de ANET, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El día 29 de junio de 2018 la representación de ANET tuvo acceso al expediente.
9. El día 6 de julio de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de ANET.
10. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 30 de agosto de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El Servicio de Consumo y Arbitraje del Gobierno de Navarra, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Decreto Foral 1/2017, de 11 de enero, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Desarrollo Económico, tiene asumida la Dirección de Competencia en Navarra y la investigación de la existencia de posibles conductas contrarias a la libre competencia en dicho territorio. En el marco de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la resolución de los

expedientes sancionadores instruidos por la Dirección de Competencia en Navarra corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la LDC, las resoluciones y actos del órgano de instrucción (en este caso la Dirección de Competencia de Navarra conforme a la disposición adicional octava de la LDC) que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos *“serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

Por tanto, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC es el órgano competente para resolver este recurso interpuesto por ANET contra la orden de investigación del Director de Competencia de Navarra de 17 de mayo de 2018, por la que autorizaba la inspección posteriormente ejecutada los días 29 y 30 de mayo de 2018 en la sede de la asociación.

En virtud del artículo 47 de la LDC, ANET solicita al Consejo de la CNMC la nulidad de la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 así como las actuaciones de registro de la sede de ANET realizadas en ejecución de la misma, por considerar que vulneran su derecho de defensa, así como su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

ANET fundamenta su recurso en la jurisprudencia europea¹ y constitucional² y, especialmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 (recurso nº 1292/2012), referida al expediente R/0046/10 Trasmediterránea. Sobre dicha base, ANET sostiene que el objeto de la inspección recogida en la orden de investigación no respetó las exigencias legales debido a su falta de concreción, lo que vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio, causándole además indefensión. En este sentido la recurrente argumenta que, dada la falta de motivación de la orden, la posibilidad de control de las actuaciones de las personas intervinientes en la inspección devino imposible, al desconocer las infracciones concretas que la administración actuante trataba de confirmar y cuáles eran los límites que afectaban al registro. ANET subraya que tal imposibilidad de control derivó en una actuación inspectora ilegal que excedió de lo razonable, con intervención en la misma de personas no autorizadas en la orden emitida por la Dirección de Competencia. Adicionalmente ANET considera también vulnerado el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de sus trabajadores.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC de Navarra considera, en su informe de 21 de junio de 2018, 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 ANET.

En dicho informe el órgano de instrucción niega la generalidad de la orden de investigación y de la descripción de las conductas a investigar alegadas por la recurrente y razona extensamente que la orden impugnada recoge los elementos esenciales para

¹ Sentencia del Tribunal General T-402/13 Orange/Comisión

² Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, de 17 de octubre

definir de modo suficiente el objeto, finalidad y alcance de la investigación llevada a cabo, cumpliendo con los requisitos del artículo 13.3 del RDC. Asimismo, afirma que el auto judicial que autorizaba la inspección también garantizó el respeto al derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente. Por último, la DC de Navarra niega igualmente la supuesta vulneración de derechos fundamentales de los empleados de ANET por la revisión sus ordenadores y correos personales, dado que la actuación inspectora fue razonable, equilibrada y proporcionada.

En sus alegaciones al referido informe de la DC, ANET se ratifica en la posición expresada en sus escritos iniciales, respecto a la falta de motivación de la orden de investigación, la consiguiente vulneración de derechos fundamentales de defensa y de inviolabilidad de domicilio y subraya de nuevo que ANET no es una empresa prestadora de servicios de transporte de viajeros.

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 ANET 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.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, la Sala debe evaluar si el acto recurrido por ANET –es decir, la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 y la inspección desarrollada en su sede por la DC de Navarra los días 29 y 30 del mismo mes- es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

I.- Ausencia de perjuicio irreparable.

De acuerdo con la definición de perjuicio irreparable dada por el Tribunal Constitucional debe entenderse por tal "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (entre otros muchos, autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

En sus escritos de recurso ANET menciona como derechos constitucionales vulnerados por la orden de investigación impugnada y la subsiguiente investigación domiciliaria el derecho a la inviolabilidad del domicilio de ANET (art. 18. 2 CE), el derecho de defensa de la asociación (art. 24 CE) y los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de sus empleados (art. 18.1 y 18.3 CE, respectivamente).

Dado que la posible vulneración del derecho de defensa se examinará en el posterior apartado referido a la indefensión, en el presente apartado se analizará la posible existencia de perjuicio irreparable para ANET por la alegada vulneración de los derechos a la inviolabilidad de domicilio de la asociación y a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de sus trabajadores.

(i) Inviolabilidad del domicilio.

Como se ha expuesto anteriormente, ANET sostiene que el objeto de la inspección recogida en la orden de investigación no respetó las exigencias legales debido a su falta de concreción, lo que supone una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la asociación (causándole además indefensión). Apoyándose en la jurisprudencia de la UE y del Tribunal Constitucional y, especialmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 en el expediente 1292/12 *Trasmediterránea*, la recurrente considera que la inspección llevada a cabo en su sede no respetó los límites establecidos por la jurisprudencia citada.

En particular, ANET considera que el objeto de la orden de investigación está plagado de generalidades y expresiones abiertas que en absoluto concretan el objeto de la investigación. A este respecto ANET remarca que la orden hace referencia a actuaciones en el mercado del transporte escolar, cuando la asociación investigada no opera en el citado mercado, carece autobuses propios, no ostenta ánimo de lucro y jamás se ha presentado a un concurso público de transporte escolar ni en nombre propio ni en representación de otras entidades.

Asimismo, ANET señala que su actividad en tanto asociación sin ánimo de lucro que aglutina diferentes empresas del sector de transporte es mucho más amplia que el transporte escolar de viajeros, pues incluye también empresas socios de transporte de mercancías y logística. No obstante, según ANET, el alcance de la investigación no se limitó a la actividad de transporte escolar, sino que se hizo una investigación generalizada de la documentación y los archivos o comunicaciones de la asociación y sus empleados.

Finalmente, en su escrito ANET menciona que durante el proceso de registro en su sede se incorporaron personas no autorizadas por la orden de investigación, ninguna de las cuales era funcionario del Gobierno de Navarra ni había sido autorizado para llevar a cabo las actuaciones inspectoras. Ello implicaría, a juicio de ANET que la inspección se llevó a cabo por personas no autorizadas, que no pertenecían a la administración actuante y cuya presencia en el centro, a pesar de ser autorizada por parte del Secretario General de ANET, no presenta justificación alguna, con la consiguiente vulneración del derecho de defensa.

En relación con estas alegaciones de ANET sobre la inspección autorizada por la orden de investigación recurrida, la DC de Navarra señala en el informe elevado a esta Sala que dicha inspección se llevó a cabo de acuerdo con las facultades que la LCNMC le otorga, siguiendo la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 y el auto judicial autorizador de entrada de 21 de mayo de 2018, tras informar al Secretario General de ANET como representante de la asociación, del objeto y contenido de la orden y del auto

judicial. Tras dichas explicaciones el Secretario General de ANET firmó el correspondiente recibí, accediendo a la práctica de la inspección.

Asimismo, considera que dicha Orden sí delimita suficientemente el objeto y la finalidad de la inspección, tanto en lo relativo a las supuestas conductas anticompetitivas como al mercado, cumpliendo con los requisitos del artículo 13.3 del RDC.

Por último, en relación a la intervención de dos funcionarios procedentes de otras administraciones (en concreto de la Autoridad Vasca de la Competencia y de la CNMC), la DC de Navarra entiende que estas dos personas estaban autorizadas por la correspondiente orden de investigación, habiendo sido en cualquier caso autorizadas por el Secretario General de ANET para que procedieran a la inspección según consta en el párrafo 42 del acta.

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 17 de mayo de 2018, es adecuado y conforme a Derecho por los motivos que se exponen a continuación. Debe señalarse que el auto 50/2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Pamplona, que autorizó la entrada en el domicilio de ANET consideró que la información proporcionada en la misma resultaba suficiente. Un análisis de la citada orden obliga a esta Sala a coincidir con la decisión razonada por el órgano jurisdiccional.

Si bien, como señala la propia recurrente, las personas jurídicas son también titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio no es menos cierto que no existen derechos ilimitados y que la restricción de un derecho fundamental tiene su fundamento bien en la Constitución o bien en el respeto de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos (Sentencia TSJ de Madrid de 25 de mayo de 2017 y de 29 de junio de 2017, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, 2/1982 y 10/1984). En este sentido, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), en su artículo 27 otorga facultades idóneas para la investigación de conductas restrictivas de la competencia. Estas facultades de inspección fueron utilizadas en los registros efectuados los días 20 y 30 de mayo de 2018 bajo el amparo tanto de la orden de investigación como del auto 50/2018, de 21 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Pamplona.

La entrada para la inspección fue autorizada por el Secretario General de ANET, el cual fue debidamente informado del objeto y contenido de la orden y del auto judicial. A juicio de esta Sala, su contenido se ajustaría de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC, de forma consistente con la jurisprudencia recaída en la materia. Ello en razón de que la mencionada orden define el sujeto investigado (ANET), los datos, documentos, operaciones informaciones y demás elementos que pueden ser objeto de inspección (véanse páginas 2 y 3 de la orden), la fecha de inicio de la inspección (29 de mayo de 2018), así como la posibilidad de su impugnación, y particularmente el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

Conviene señalar que el carácter de asociación de la recurrente no impide que pueda incurrir en prácticas anticompetitivas. Tanto la autoridad de competencia nacional³, como la jurisprudencia española y europea⁴, han mantenido un concepto amplio de empresa en el marco de la LDC manteniendo que se trata de cualquier entidad, con independencia de su forma jurídica, ánimo de lucro o no, forma de financiación, naturaleza societaria e incluso su carácter público o privado. Las prácticas investigadas y sancionadas en los últimos años demuestran que, con frecuencia, las conductas colusorias se orquestan, instrumentan o facilitan por medio de asociaciones.

En este sentido, en la orden de investigación controvertida se señalaba que el objeto de la inspección se centraba en *"verificar la existencia de actuaciones de [ANET] en el mercado del transporte escolar de centros públicos con vehículos de más de 9 placas en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra, al menos, en la adjudicación por la Comunidad Foral de Navarra del transporte escolar para el curso 2013/2014, prorrogada en la actualidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del (...) TFUE, consistentes en acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de transporte escolar. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica"*

Asimismo, la orden de investigación anticipaba desde su primer párrafo que *"la Dirección de Competencia de Navarra ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado del transporte escolar para centros públicos con vehículos de más de 9 plazas al menos para el curso escolar 2013/2014, consistentes en un posible acuerdo entre diversas empresas de transporte por carretera cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra"*.

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."*

Por consiguiente, a diferencia de lo señalado por ANET al hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/2012), la orden ciñe perfectamente el mercado investigado al transporte escolar en centros educativos de

³ Por todas, RCNC de 7 de febrero de 2011, Exp S/0155/09, RCNC de 26 de septiembre de 2013, Expte: 314/10 y la RCNC de 29 de septiembre de 2011, Asociación de ganaderos, Expte: S/0290/10 y en el caso de la peluquería profesional, RCNC, de 2 de marzo de 2011, Expte: S/0086/08.

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012

titularidad pública objeto de contratación periódica mediante la correspondiente licitación en la Comunidad Foral. Dicho transporte es gestionado, organizado y financiado por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra que aprueba anualmente las correspondientes instrucciones de organización y funcionamiento del transporte escolar (por ejemplo, la resolución 533/2013, de 7 de junio, del Director General de Recursos Educativos para el curso escolar 2013/2014). Este servicio es objeto de contratación periódica mediante la correspondiente licitación pública, delimitándose temporalmente la investigación al concurso público para el curso escolar 2013/2014 pero sin excluir otras licitaciones públicas del transporte escolar en Navarra en las que pueden haberse acordado prácticas restrictivas de la competencia en forma de acuerdo de reparto de mercado, fijación de precios y acuerdos comerciales.

De esta manera, a juicio de esta Sala, desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el transporte escolar en centros educativos de titularidad pública. Asimismo, se define el mercado geográfico, señalando a tal la Comunidad Foral de Navarra, por lo que, en ambos casos, las definiciones serían precisas y suficientes

En este sentido, cabe citar la doctrina expuesta en la sentencia de la Audiencia Nacional 298/2016 de 18 de julio de 2016⁵, reiterada en las sentencias 73/2015 de 20 de septiembre de 2017⁶ y 88/2015 de 15 de diciembre de 2017⁷ también de la Audiencia Nacional, donde se establece que

“... la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero (RCL 2008, 502) por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: 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.

La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio (RCL 2007, 1302), para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material, y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional 298/2016 de 18 de julio de 2016 (REC.136/2014)

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional 73/2015 de 20 de septiembre de 2017 (REC.12/2015)

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional 88/2015 de 15 de diciembre de 2017 (REC. 88/2015)

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.”

Pues bien, esta Sala concluye que la delimitación del objeto de la inspección redactado en la orden de investigación recurrida es adecuado y conforme a Derecho. La citada orden precisa de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 RDC de acuerdo con la jurisprudencia recaída en la materia y no incurre en déficit alguno en cuanto a la información debida sobre el alcance y objeto de la investigación, circunscribiendo su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 LDC por parte de la asociación investigada. Por ello, limita su actuación a este tipo específico 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 al reparto de mercado en el transporte escolar de centros públicos en Navarra incluyendo la fijación de precios y acuerdos comerciales.

De otra parte, en relación con la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de 25 de noviembre de 2014 dictada en el asunto T-402/13 y, en contraposición a lo alegado por la recurrente, no sería necesario que consten en la fase de investigación preliminar los indicios de infracción existentes. En esta línea, la práctica de la CNMC ha establecido que en el marco de una información reservada como en el presente caso, 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 inspección⁸. Ello en razón de que resulta ciertamente dificultosa y en ocasiones imposible la aportación de una información exhaustiva y con amplio grado de detalle, al ser justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora el determinar con precisión muchos de los detalles de la conducta infractora⁹. Como señala la jurisprudencia de la Audiencia Nacional¹⁰, no debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

⁸Resolución de 9 de abril de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, Expte. R/AJ/004/15 Prosegur

⁹ Resolución de 4 de febrero de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional 298/2016 de 18 de julio de 2016 (REC.136/2014)

En definitiva, a juicio de esta Sala la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 recoge los elementos esenciales para definir de modo suficiente el objeto, finalidad y alcance de la investigación llevada a cabo; sin incurrir en generalidades o ambigüedades. No obstante, no se debe olvidar que en casos como los de las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (recurso 5447/2011) y 21 de octubre de 2015 (recurso 1306/2013), aun cuando se censuró el carácter general de la redacción de las órdenes de investigación, el propio Tribunal Supremo señaló que ello no implicaba su invalidez, declarando su ajuste a derecho. Por último, no puede olvidarse que la orden dio lugar a una autorización judicial en virtud del auto 50/2018 de 21 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Pamplona, conforme al cual se realizó la inspección el 29 y 30 de mayo de 2018. Por ello, no cabría vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, quedaría también garantizada por el citado auto 50/2018 que autorizó la inspección en la sede de ANET.

Por otro lado, respecto de la intervención en las labores de inspección de dos funcionarios de la Autoridad Vasca de la Competencia y de la CNMC, esta Sala entiende que ambos se encuentran autorizados para efectuar dicha inspección de acuerdo con lo dispuesto en la LDC, en el RDC y lo establecido en la orden de investigación de 17 de mayo de 2018. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.1 del RDC a los efectos del artículo 40 de la LDC (que regula las inspecciones de competencia) el personal de la Administración que realiza la inspección (en este caso la Dirección de Competencia del Gobierno de Navarra) *“podrá ir acompañado de expertos o peritos en las materias sobre las que verse la inspección, así como de expertos en tecnologías de la información, todos ellos debidamente autorizados por el Director de Investigación”*.

El personal cuestionado en el recurso de ANET se refiere a funcionarios de la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la CNMC, especialistas en las materias en que versa la inspección. Su actuación en la inspección se encontraba prevista en la orden de investigación de la otra inspección realizada en la misma fecha, conforme lo dispuesto en el mencionado artículo 13.1 del RDC.

En efecto, y como ha señalado la DC en su informe, el Director de Competencia consideró adecuado destinar a la inspección de ANET parte de los recursos personales y materiales de otro de los equipos de investigación que ya había terminado su trabajo a fin de abreviar los trabajos del equipo de investigación y el tiempo de inspección. Ello en ningún caso generó a la recurrente ningún tipo de indefensión en la medida en la que la intervención de dichos funcionarios supuso para ANET la disminución de la carga que la inspección implicaba en términos de tiempo.

Consta en acta, además, como el Secretario General autorizó la intervención de los mencionados funcionarios, por lo que no se puede concluir que incurriera en indefensión al generarse una mayor agilidad y por ende menor carga para la empresa como resultado de la inspección.

- (ii) Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

ANET alude a una supuesta vulneración de derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de sus empleados cuando el equipo inspector revisó los ordenadores y los correos personales de sus trabajadores sin que para ello se les pidiera un consentimiento informado. Según ANET, ello iría en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tanto que los trabajadores gozan de una legítima expectativa de privacidad en sus equipos y comunicaciones a pesar de que los medios sean propiedad de la empresa.

En relación a esta supuesta vulneración de los derechos fundamentales de los empleados, la DC de Navarra argumenta que las actuaciones de investigación llevadas a cabo fueron tan amplias como resultaran necesarias al objeto de la investigación, el cual contemplaba el acceso a ordenadores personales, móviles y archivos digitales. Se llama en este punto la atención sobre el hecho de que ANET no hiciera referencia a un solo dato entre la documentación finalmente recabada relativo a la intimidad de las personas (ni tampoco a la confidencialidad de la relación abogado-cliente). En cualquier caso, ANET fue perfectamente conocedora de las fuentes de donde se extrajo la información, tal y como consta en el acta, disponiendo de una copia completa y segura de la información finalmente extraída, así como de las palabras significativas utilizadas para llevar a cabo el filtrado de la información recabada; por lo que la actuación inspectora fue razonable, equilibrada y proporcionada.

Tal y como pone de manifiesto la DC de Navarra, el acceso a correos "personales" ubicados en los equipos informáticos del personal de la empresa fue objeto de previsión en la orden de investigación que contempla el acceso a ordenadores personales, dispositivos móviles y archivos digitales, y autorizado por el juez en el Auto 50/2018, de 21 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Pamplona. Igualmente, tal y como indica el párrafo 28 del acta de inspección se solicitó la colaboración de la asociación para la localización e identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas (así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la asociación), para que, tras un análisis somero por el equipo inspector, y si éste así lo considerara procedente, dichos documentos claramente individualizados e identificados por la asociación fueran eliminados de la información inicialmente recabada.

En cualquier caso, esta Sala llama la atención sobre el hecho de que la titularidad de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones alegados corresponden a los propios trabajadores de ANET presuntamente afectados y no a la asociación, sin que conste que esta actúe en representación autorizada por los titulares de los derechos. Por consiguiente, al no haberse distinguido de forma explícita datos cuyo carácter confidencial o personal podría verse conculcado por su puesta a disposición de los inspectores, no se apreciaría una vulneración de derechos fundamentales ni de legítimas expectativas de privacidad.

II.- Ausencia de indefensión.

Respecto a la posible existencia de indefensión, como ya se ha indicado en el apartado anterior, ANET alega en su recurso que el objeto de la inspección recogida en la orden de investigación no respetó las exigencias legales debido a su falta de concreción lo que, además de vulnerar su derecho a la inviolabilidad del domicilio, le causó una evidente indefensión, perjudicando el ejercicio de su derecho de defensa frente a las actuaciones inspectoras de la DC de Navarra.

Complementando las alegaciones anteriores, ANET apunta que su ausencia de control sobre la inspección derivó en una actuación que excedió de lo razonable en tanto que aun en la actualidad sigue desconociendo las conductas que en teoría podrían haberse llevado a cabo en ANET, así como las infracciones que podría haber cometido habida cuenta de que no concurre a las licitaciones de transporte escolar o, cómo sin ser un operador del mercado podría haber cerrado el mismo.

Con carácter previo a la valoración de las alegaciones hechas por ANET para sostener que la actividad de la DC de Navarra 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 defensa¹¹:

“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 ANET 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 ANET, esta Sala considera que ni la orden de investigación de 17 de mayo de 2018, ni la posterior actuación inspectora de la DC de Navarra, 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.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero

En cuanto a la ausencia de debida motivación y concreción de la orden de investigación que conculcaría tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio como la posterior indefensión de la recurrente por desconocer los límites de la inspección autorizada, esta Sala ya ha rechazado en el apartado anterior la posible ilegalidad de la orden por ausencia de debida motivación, concluyendo que la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 recoge los elementos esenciales para definir de modo suficiente el objeto, finalidad y alcance de la investigación llevada a cabo, sin incurrir en generalidades o ambigüedades, conforme lo dispuesto en el RDC y en la jurisprudencia aplicable al efecto. Del mismo modo debe considerarse que la orden recurrida proporciona la suficiente información y elementos de juicio para permitir a ANET y a sus asesores legales la adecuada defensa de sus derechos e intereses legítimos.

En nuestro caso, la Sala reitera que la orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas, lo cual puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12¹². Esta sentencia precisa en su apartado 75 la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración, en concreto:

“En particular, la decisión de inspección contiene los datos exigidos en el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003. La Comisión tuvo buen cuidado de especificar el nombre de los destinatarios, las razones que la llevaban a sospechar la existencia de una práctica infractora, el tipo de prácticas de las que se sospechaba que podían resultar contrarias a la competencia, el mercado de bienes y de servicios afectado, el mercado geográfico en el que se suponía que se habían ejecutado las prácticas alegadas, la relación entre esas presuntas prácticas y el comportamiento de la empresa destinataria de la decisión, los agentes habilitados para llevar a cabo la inspección, los medios puestos a su disposición y las obligaciones que recaían en el personal competente de la empresa, la fecha de la inspección y los lugares en que se desarrollaría, las sanciones previstas en caso de obstrucción, la posibilidad de interponer recurso y sus requisitos. Así pues, la Comisión respetó íntegramente el derecho de defensa de las demandantes y las demás alegaciones de éstas no pueden desvirtuar esta apreciación.”

Por consiguiente, tal y como señala la DC de Navarra en su informe, la orden de investigación y las consiguientes actuaciones de inspección de los días 29 y 30 de mayo de 2018 fueron justificadas y proporcionadas en la medida en la que contaban con los elementos necesarios para que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Pamplona adoptara un Auto autorizador.

Frente a lo alegado por la recurrente sobre la realización de un registro ilimitado de elementos físicos e informáticos que incluyeron correos y mensajería privada, de

¹² Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12 Energetický a průmyslový holding a.s. y EP Investment Advisors s.r.o/Comisión

abogados y asesores, esta sala coincide con el criterio de la DC al remitirse al objeto, alcance y finalidad contenidas en la propia orden autorizada por el propio Juez de lo Contencioso Administrativo. Ello implica que las actuaciones de investigación se limitaron proporcionalmente al objeto de la investigación teniendo en cuenta que las conductas o comportamientos investigados podían quedar de manifiesto en documentos y soportes de muy diversa índole (correos, actas, mensajes, carpetas de papel) desconocidos con carácter previo por la DC y que incluso podrían estar alojados u ocultos en carpetas o archivos que no se corresponden con la materia investigada.

En todo caso la información digital que se retiró de los ordenadores de la empresa y dispositivos móviles está relacionada con el objeto de la investigación que es el transporte escolar de centros públicos con vehículos de más de 9 plazas en Navarra por lo que no hubo ningún tipo de indefensión. Asimismo, la recurrente fue informada de las fuentes de donde se extrajo la información tal y como consta en anexo al acta, y dispone de una copia completa y segura de la información finalmente extraída, así como de las palabras significativas utilizadas para llevar a cabo el primer filtrado de la información recabada de los ordenadores y dispositivos móviles

Por tanto, en línea con lo marcado por la DC de Navarra en su informe, esta Sala no aprecia que la actuación inspectora fuera desproporcionada, sino que fue razonable, equilibrada y proporcionada para permitir conjugar los intereses públicos y los derechos privados de las personas inspeccionadas, permitiendo una adecuada defensa de los intereses de la asociación sin que pueda apreciarse indefensión.

Por último, esta Sala advierte que ANET no hizo referencia a un solo dato entre la documentación finalmente recabada que se viera afectado por la confidencialidad de la relación abogado-cliente, pues aun a pesar de que menciona en sus alegaciones que se conculcó el derecho al secreto de comunicaciones con sus abogados nada se menciona en el acta de inspección. Asimismo, se debe de tener en cuenta ANET no especifica en sus alegaciones si dichas apreciaciones sobre el secreto de comunicaciones se hicieron por un abogado interno o externo (pues ambos estuvieron presentes durante la inspección). Tampoco se especifica si dichas comunicaciones se realizaron con un abogado externo o si eran comunicaciones internas de cara a solicitar asesoramiento legal externo (supuestos considerados protegidos por el secreto de comunicaciones abogado-cliente según la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2007, asunto T 253/03 Akzo, y en la sentencia de del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012, recurso de casación nº 6552/2009).

Por consiguiente, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (recurso 2595/2014), en tanto que recae sobre quien alega su confidencialidad la carga de aportar las razones o motivos por la que los documentos señalados se inscriben en las comunicaciones abogado-cliente; esta Sala considera que en este caso no ha quedado demostrado que se haya conculcado la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ANET contra la orden de investigación de 17 de mayo de 2018 y la posterior actuación de inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia del Gobierno de Navarra los días 29 y 30 de mayo de 2018 en la sede de dicha asociación.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia del Gobierno de Navarra 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