

RESOLUCIÓN

JOHN DEERE

R/AJ/090/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 20 de diciembre de 2023.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/090/23 JOHN DEERE, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por John Deere Ibérica, S.A (en adelante JOHN DEERE), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de inspección de 12 de septiembre de 2023 y la actuación inspectora llevada a cabo en ejecución de la misma los días 26 a 29 de septiembre de 2023.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 12 de septiembre de 2023, la DC adoptó una Orden de Investigación en la que se autorizaba la realización de una inspección en la sede de JOHN DEERE.
2. Mediante Auto nº 194/2023, de 13 de septiembre de 2023, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid, autorizó la entrada en la sede de JOHN DEERE.
3. Los días 26 a 29 de septiembre de 2023, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por JOHN DEERE IBÉRICA, S.A (en adelante JOHN DEERE), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra la orden de inspección de 12 de septiembre de 2023, y la actuación inspectora realizada en ejecución de ésta entre los días 26 a 29 de septiembre de 2023.
4. Con fecha 17 de octubre de 2023, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (DC) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por JOHN DEERE.
5. Con fecha 24 de octubre de 2023, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del recurso al considerar que no concurren los requisitos del artículo 47 de la LDC.
6. Con fecha 25 de octubre de 2023, el Secretario del Consejo de la CNMC, por delegación del Consejo de la CNMC (Resolución de 13 de junio de 2023, BOE nº 150 de 24.06.2023) admitió a trámite el recurso de JOHN DEERE, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 26 de octubre de 2023, la recurrente tuvo acceso al expediente.
8. El día 20 de noviembre de 2023, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de JOHN DEERE.
9. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 20 de diciembre de 2023.
10. Es interesado en este expediente de recurso:

- JOHN DEERE IBÉRICA, S.A., en adelante (JOHN DEERE)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra la Orden de Inspección de 12 de septiembre de 2023, y la actuación inspectora llevada a cabo por la DC en la sede de la recurrente entre los días 26 a 29 de septiembre de 2023.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.

2. Pretensiones de la recurrente.

En su recurso JOHN DEERE solicita que la Sala de Competencia acuerde anular la Orden de Inspección, así como las actuaciones inspectoras desarrolladas por la DC en su sede, ordenando a la DC la íntegra devolución de los documentos recabados durante la inspección, absteniéndose de utilizarlos en las Diligencias Previas tramitadas bajo referencia DP 0002/20, o en cualquier otro procedimiento que la CNMC pudiera eventualmente incoar.

Asimismo, solicita acceso a la denuncia presentada por ASAJA que dio lugar al comienzo de la investigación o subsidiariamente a todos los elementos objetivos contenidos en dicho documento y relacionados con los supuestos indicios de la DC para iniciar la información reservada.

3. Motivos del recurso.

La recurrente considera que la orden de inspección de 12 de septiembre de 2023 y la actuación inspectora realizada los días 26 a 29 de septiembre de 2023 en su sede, vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

consagrado en el artículo 18.2 de la CE, el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

JOHN DEERE alega que la orden de inspección le genera indefensión y un perjuicio irreparable al no cumplir con los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección.

En este sentido, incide en que la orden no incluye precisión alguna sobre el ámbito geográfico, y adolece de vaguedad y falta de concreción del ámbito temporal, al limitarse a indicar que las conductas a investigar datarían “al menos desde 2019”, no definiendo el mercado concreto al que se refiere la investigación, sino que se refiere a “maquinaria agrícola” definido de manera genérica y excesivamente amplia al no especificar el tipo o modalidad de maquinaria agrícola.

En segundo lugar, en cuanto al desarrollo de la actuación inspectora, la sociedad sostiene que la actuación inspectora le causó indefensión y un perjuicio irreparable al imposibilitar que los abogados externos visualizaran las pantallas de los inspectores impidiendo verificar que la actuación inspectora respetaba el objeto y el alcance de la orden y el deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas entre abogado externo y cliente, vulnerando el derecho de defensa establecido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Asimismo, argumenta que los documentos recabados por los inspectores de la CNMC ponen de relieve que la actuación inspectora no respetó las mínimas exigencias legales, generando indefensión a la sociedad, dado que se recabaron: documentos protegidos por el privilegio legal que protege las comunicaciones abogado-cliente; documentos que quedan fuera de la inspección por referirse a Portugal; documentos ajenos al objeto de la inspección y/o anteriores a 2019, fecha a partir de la cual, la CNMC presuntamente disponía de indicios de prácticas anticompetitivas.

Finalmente, señala que la orden y la actuación inspectora resultaron en una *fishing expedition*, con la consiguiente vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa.

4. Informe de la DC.

La DC en su informe de 24 de octubre de 2023, rechaza las pretensiones de JOHN DEERE y propone la desestimación del recurso.

En primer lugar, señala que la orden de investigación cumplía con los requisitos establecidos tanto en el artículo 13.3 del RDC como en la doctrina jurisprudencial nacional y de la UE, circunscribiendo su actuación a una eventual vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 el TFUE, excluyendo otras conductas también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia.

La DC recuerda que en el presente caso, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid, mediante Auto de 13 de septiembre de 2023, concedió la autorización de entrada, tras valorar que la información aportada por la DC y el contenido de la Orden, cumplía los requisitos legales, tanto formales en cuanto al contenido de la orden de inspección, como materiales, siendo la entrada en el domicilio un medio adecuado y proporcionado para la finalidad perseguida (la de obtener información relevante sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia).

En cuanto al desarrollo de la actuación inspectora, la DC señala que los inspectores desarrollaron su labor inspectora con pleno respeto a lo establecido en la orden de investigación recurrida y en el auto judicial.

Tal y como se refleja en el acta de inspección en los párrafos 17 y 47, el equipo inspector solicitó una sala de trabajo para ser usada por los inspectores de la CNMC durante la inspección, indicándose que en dicha sala podrían estar presentes personal de la empresa y/o sus abogados, si bien éstos no podrían interferir en los trabajos de los inspectores ni tener acceso a las herramientas de trabajo utilizadas, ya que su conocimiento podría interferir en el desarrollo y la eficacia de la inspección. En dicha sala han estado presentes (párrafo 89 del acta) durante todo el transcurso de la inspección abogados externos de JOHN DEERE, salvo momentos puntuales a requerimiento del equipo inspector, realizando también consultas y preguntas.

Con respecto a la documentación incautada, sostiene la DC que tal y como queda acreditado en los párrafos 90 a 93 del acta de inspección, el equipo de inspección informó a la empresa en varias ocasiones que identificara aquella información que pudiera estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones de la empresa con abogados externos, o que pudiera ser de carácter personal (párrafo 37).

La recurrente en ningún momento identificó los correos electrónicos que ahora menciona en el recurso, además durante la inspección únicamente se obtuvieron copias de archivos digitales de cuatro personas de la empresa investigada. Por tanto, rechaza la DC que el escrito de recurso suponga la primera oportunidad de la empresa para identificar los documentos afectados por la confidencialidad abogado-cliente.

La DC recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo impone al inspeccionado la carga de señalar los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, debidamente individualizados e identificados.

En cualquier caso, una vez valorados éstos, la DC coincide con JOHN DEERE en la existencia de 18 documentos relativos a comunicaciones con el despacho de abogados Bleuca los cuales quedarían protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente. No así el correo electrónico remitido por (dato personal) a (dato personal) el 10 de mayo de 2023, en el que no se observa que figure entre los destinatarios un abogado del anterior despacho.

Finalmente, respecto a la petición de acceso a la denuncia presentada por ASAJA que dio lugar al comienzo de la inspección, o subsidiariamente a todos los elementos objetivos contenidos en dicho documento o relacionados con los supuestos indicios que contaba la DC para la apertura de una información reservada, argumenta la DC que tal y como establece el artículo 28.2 RDC, dicha documentación es confidencial, por lo que la inspeccionada no puede tener acceso a ésta, tal y como ha confirmado el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de junio de 2023, dado que ello frustraría el buen fin de la investigación, sin perjuicio de la que misma sea lógicamente puesta de manifiesto a la empresa en el marco del procedimiento sancionador que, en su caso, se incoe.

5. Alegaciones de las recurrentes al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones de 20 de noviembre de 2023, la recurrente se ratifica en lo expuesto en su escrito de recurso, y defiende que nada de lo expuesto por la DC en su informe desvirtúa sus alegaciones.

JOHN DEERE añade un nuevo petitum, solicitando se le dé traslado de las comunicaciones internas y externas de la DC previas a la inspección para organizar la misma y, en particular, las comunicaciones destinadas a disponer de las herramientas informáticas para realizar dicha 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 JOHN DEERE supone verificar si la orden de investigación de 12 de septiembre de 2023, y la subsiguiente actuación inspectora recurrida han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

2.1. Ausencia de Indefensión.

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, nunca potencial o abstracta. Esto es, una indefensión material¹. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por JOHN DEERE se ha producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material el sentido que acabamos de exponer.

2.1.1 Sobre la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho de defensa.

La recurrente sostiene que la orden de inspección de 12 de septiembre de 2023 y la actuación inspectora realizada los días 26 a 29 de septiembre de 2023 en su sede vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la CE, el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pues bien, comenzando por la alegación de JOHN DEERE de que la orden de inspección no cumple con los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección, cabe señalar que la inspección llevada a cabo los días 26 a 29 de septiembre de 2023, se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 40 de la LDC, en cumplimiento con la Orden de Inspección de 12 de septiembre de 2023 y el correspondiente Auto nº194/23 emitido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid de 13 de noviembre de 2023.

Desde el comienzo de la inspección, las empresas recurrentes tuvieron cumplida información y conocimiento del objeto de la Orden de Inspección, tal y como consta en el acta de la inspección, que fue firmada por los representantes legales de las empresas.

Por lo que respecta a la determinación de los indicios que motivaron la actuación investigadora fueron expuestos en la orden de investigación que aquí se cuestiona. En efecto, la orden de inspección no dejaba lugar a dudas de que la

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

investigación por la DC se inicia tras la presentación de una denuncia por la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores.

Sobre la ausencia de referencia al ámbito geográfico, la orden de investigación señalaba que las conductas investigadas se referían a la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el reparto de mercado, a través de la restricción de las ventas pasivas de sus productos a clientes situados fuera del área especificada en los contratos de distribución siendo estas áreas determinadas en los contratos entre JOHN DEERE y sus distribuidores, al margen de la referencia expresa a la aplicación de los artículo 1.1 de la LDC y 101 del TFUE, dada su posible afectación al mercado intracomunitario. Y precisamente al incluirse en la orden de inspección esa posible afectación al mercado intracomunitario entrarían, como señala la DC, dentro del objeto de la inspección los 9 correos electrónicos referidos a Portugal.

Por otro lado, en relación al ámbito temporal, cabe señalar que esa delimitación temporal de los hechos objeto de investigación no se establece en el artículo 3.3 del RDC, ni tampoco así se ha determinado por la jurisprudencia, por lo que no existe exigencia legal alguna de determinar en la orden el ámbito temporal de los hechos investigados, únicamente el periodo temporal en el que se realizará la inspección.

En cualquier caso, en la orden objeto de recurso sí se indica que las prácticas se habrían producido desde al menos 2019, de acuerdo con la información disponible por la DC al ordenar esta inspección, lo que no supone, como ha confirmado la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de abril de 2023, que ello suponga una limitación temporal a recabar elementos probatorios anteriores a dicho año, por lo que no existiría extralimitación alguna por el hecho de recabar documentos anteriores a dicho año. En consecuencia, en relación con los dos correos electrónicos anteriores a 2019 recabados por el equipo inspector que JOHN DEERE identifica en su recurso, debe señalarse que tampoco procede su eliminación o devolución a la empresa, dado que entran dentro del objeto de la inspección, sin que esa delimitación temporal “al menos desde 2019” suponga su exclusión de la información recabada por ser anterior a dicho año.

Respecto, a la solicitud de acceso a la denuncia presentada por ASAJA que dio lugar al comienzo de la investigación o subsidiariamente a todos los elementos objetivos contenidos en dicho documento y relacionados con los supuestos indicios que tenía la DC para iniciar la información reservada, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de junio de 2023, ello frustraría el buen fin de la investigación, sin perjuicio de que, lógicamente, la misma sea puesta de manifiesto a la referida empresa en el marco del procedimiento sancionador que, en su caso, se incoe.

Igualmente, procede rechazar la solicitud de la recurrente de acceso a las comunicaciones internas y externas de la DC previas a la Inspección para organizar la misma y, en particular, las comunicaciones destinadas a disponer de las herramientas informáticas para realizar dicha inspección.

Como ya estableció el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, esa investigación realizada con carácter previo por la DC no ha de trasladarse a la inspeccionada, siguiendo el “efecto útil” señalado reiteradamente por la jurisprudencia comunitaria, indicándose en dicha sentencia que²:

“La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNMC. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción”.

En esta línea la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de mayo de 2021, ha señalado que:

“(…) resulta excesivamente desproporcionado exigir en la solicitud de autorización de registro y entrada domiciliaria, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, datos de participación y otros elementos de información –como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que no se conocen o no están suficientemente

² Sentencia del TS de 31 de octubre de 2017, rec. casación núm. 1062/2017, asunto SEMI.

identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia”.

En relación con la alegación de la recurrente relativa a la existencia de precedentes nacionales y comunitarios en los que se ha procedido a segmentar el mercado de la maquinaria agrícola o donde se ha considerado diferenciado el mercado de componentes, tal y como señala la DC, ello no puede suponer que en este momento de la investigación se proceda, en su caso, a dicha delimitación, habiéndose identificado en la orden de inspección de 12 de septiembre de 2023, los elementos esenciales de la investigación, especificando el mercado afectado en el que actúa la recurrente, así como el ámbito material de actuación.

En este sentido, véase, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2021:

“(…) la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas. Con ello la DC, limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia (art. 2 y 3) y ni siquiera se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita exclusivamente a “acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible”, dejando al margen de la inspección numerosas conductas también previstas en el art. 1 como la limitación de la producción o la distribución, el control o limitación del desarrollo técnico o las inversiones, el reparto de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación en las condiciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, etc.”

En el presente caso, la Orden de Inspección circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, limitando la actuación de la DC a este tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia y contenidas en los artículos 2 y 3 de la LDC. Es más, se concreta el objeto de la inspección, remitiéndose a la posible existencia de actuaciones de JOHN DEERE consistentes en el reparto de mercado a través de la restricción de las ventas pasivas de sus productos de maquinaria agrícola a clientes situados fuera del área especificada en los contratados de distribución que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los citados artículos 1.1 de la LDC y 101 del TFUE.

Por tanto, esta Sala considera que la DC ha satisfecho las exigencias requeridas en el artículo 13.3 del RDC y las establecidas por la jurisprudencia, en cuanto a la provisión al órgano judicial de los elementos de juicio necesarios para decidir la procedencia de la entrada en el domicilio de la recurrente, sin que se haya producido menoscabo alguno del derecho de defensa ni vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de JOHN DEERE, pues la Orden de Inspección le permitió conocer el objeto y la finalidad de la inspección, especificando el mercado afectado -distribución de maquinaria agrícola- y el ámbito material de su actuación -restricción de ventas pasivas a clientes situados fuera del área especificada en los contratos de distribución.

Respecto a la posible violación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria por una orden de inspección que cuenta con la preceptiva autorización judicial, la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2021, indicó que *“la Orden de Inspección(...) ahora impugnada no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la Constitución por cuanto la inspección y el registro domiciliario ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico -artículo 8.6 de la LJCA y artículo 91.2 de la LOPJ- le ha atribuido competencia para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez que ha analizado la orden de inspección y comprueba que la entrada domiciliaria cumple los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que están en juego, y entre ellos el derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria.”*

En consecuencia, considera esta Sala que la alegación de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente debe ser rechazada.

2.1.2 Sobre el desarrollo de la actuación inspectora.

La recurrente alega que la actuación inspectora le causó indefensión y un perjuicio irreparable al imposibilitar que los abogados externos visualizaran las pantallas de los inspectores impidiendo verificar que la actuación inspectora respetaba el objeto y el alcance de la orden, así como el deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas entre abogado externo y cliente, vulnerando el derecho de defensa establecido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Pues bien, en relación a esta cuestión, tanto la Sala de Competencia por todas, Resolución de 14 de marzo de 2019, Expte R/AJ/MEGASA; de 28 de marzo de 2019, Expte R/AJ/002/19 FERROSER INFRAESTRUCTURAS; de 14 de septiembre de 2021 Expte R/AJ/ 100/21 COHEMO), como la Audiencia Nacional

(Sentencia de 12 de junio de 2014 y 21 de julio de 2014, entre otras) han validado esta forma de actuación del equipo inspector.

Igualmente, en la nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia, publicada en la web de la CNMC, en el párrafo 14, expresamente se indica que durante el proceso de selección de la información relevante los inspectores deberán gozar de autonomía para poder realizar su trabajo, evitándose la obstaculización de su labor por parte de la empresa o sus representantes.

En el caso que nos ocupa, tal y como consta en el acta de inspección, párrafos (17) y (47), el equipo inspector solicitó una sala de trabajo para ser usada por los inspectores de la CNMC durante la inspección, indicándose que en dicha sala podrán estar presentar personal de la empresa y/o sus abogados, si bien éstos no podrán interferir en el trabajo de los inspectores, ni tener acceso a las herramientas de trabajo utilizadas, ya que su conocimiento podría interferir el desarrollo y la eficacia de la inspección.

Y en dicha sala, como se refleja en el párrafo (89), han estado presente durante todo el transcurso de la inspección abogados externos de JOHN DEERE, salvo momentos puntuales a requerimiento del equipo inspector, realizando también consultas y preguntas a su criterio.

La Audiencia Nacional, en su sentencia de 14 de abril de 2023, ha sido taxativa al confirmar la inexistencia de indefensión a la inspeccionada por no permitir a sus representantes o abogados externos el acceso a las herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector, indicándose expresamente lo siguiente:

“No ofrece duda que ha de existir un equilibrio en el ejercicio de las amplias facultades de investigación de las que goza la inspección y el respeto de los derechos de la empresa inspeccionada. Debe existir un control para evitar extralimitaciones pero este no exige que para llevarlo a cabo sea imprescindible que los abogados externos visualicen las pantallas en los que los inspectores estaban seleccionando los documentos relacionados con el objeto de la inspección, con el fin de que la empresa pudiera verificar que realmente se atienden al objeto de la inspección.

Ese control debe y puede hacerse y en el presente caso existió. En este sentido, no es cierto que no exista mecanismo de control alguno que permitiera verificar si los inspectores adecuaron su actuación a lo estipulado en la Orden de investigación.”

Lo indicado en dicha sentencia es totalmente predicable respecto de lo actuado durante la inspección de JOHN DEERE, respetando en todo caso los derechos de la empresa inspeccionada. Según queda acreditado en el acta de inspección estuvo presente el personal de la empresa y/o sus abogados externos en la selección de documentación en papel y formato electrónico de los despachos del personal de la empresa inspeccionado -párrafos (61) a (69)-, así como posteriormente durante el análisis y selección de la información inicialmente recabada, donde también estuvo presente en todo momento las inspeccionadas y/o representantes de la empresa y sus abogados externos párrafo (89).

Es más, en el Acta de inspección se detallan los despachos/zona de trabajo y los dispositivos informáticos o electrónicos de personal de JOHN DEERE, seleccionados de acuerdo con el objeto de la inspección, para el análisis de información en soporte papel y electrónico -párrafos (56) a (95)-.

En cuanto al posible acceso a documentación protegida por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente, tal y como se deduce del acta de inspección, párrafos (90) a (93), a lo largo de la actuación inspectora, el equipo inspector solicitó en numerosas ocasiones la activa colaboración de las empresas y personas inspeccionadas a los efectos de localizar las comunicaciones afectadas por el secreto profesional, sin que se indicara por la empresa o sus abogados externos documentos que pudieran ser considerados como tales.

Por lo tanto, la recurrente no cumplió durante la inspección con el comportamiento activo que impone la jurisprudencia, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente.

"La real protección de los intereses en juego está dirigida a conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia".

"(...) exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente,

no resultando aceptables las meras alegaciones genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados”.

El que ahora, en el ámbito del recurso, hayan identificado tales documentos protegidos no implica que la DC haya vulnerado dicha confidencialidad, para lo cual la recurrente debería demostrar que se ha hecho uso de esa información.

En efecto, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 27 de abril de 2012), para que se dé dicha vulneración, es necesaria la realización de alguna actuación de la Administración que, a través de la información abogado-cliente incautada, haya provocado indefensión; y desde estas premisas se concluye que no cabe apreciar vulneración en la actuación administrativa porque al no ser constitutiva de uso de la información obtenida en el registro no se pudo causar indefensión material en la forma en que ésta ha sido definida por el Tribunal Constitucional.

En atención a lo anterior, dado que la información recabada en la inspección se incardina en la fase de información reservada y es cautelarmente confidencial, no habiendo realizado la DC ningún uso de la misma, no se puede alegar violación del derecho de defensa de las recurrentes.

En cualquier caso, una vez valorados los 19 correos electrónicos respecto a los cuales la recurrente manifiesta que se encuentran protegidos por el privilegio legal (abogado externo-cliente) la DC coincide con lo manifestado por JOHN DEERE en que 18 de ellos, se refieren a comunicaciones con abogados del despacho Blecua Legal, por lo que procederá a su eliminación de la documentación recabada, tal y como solicita JOHN DEERE en su recurso.

Respecto, al correo electrónico remitido por (dato personal) a (dato personal) el 10 de mayo de 2023, no se observa entre los destinatarios la presencia de abogado externo del despacho referido, por lo que debe rechazarse su eliminación, tal y como propone la DC en su informe.

Asimismo, en contra de lo manifestado por JOHN DEERE, esta Sala considera que no resulta aplicable al presente caso la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto VINCI CONSTRUCTION ET GTM GÉNIE CIVIL ET SERVICES c. FRANCE (sentencia de 2 de abril de 2015), ya que las características del caso sometido a la evaluación del TEDH fueron radicalmente distintas de las de la inspección desarrollada en la sede de JOHN DEERE, lo que no obsta a que en dicha sentencia se validara el procedimiento de actuación del equipo inspector en relación con la correspondencia abogado-cliente (párrafos 74 a 78).

En el presente supuesto la actuación del equipo inspector de la CNMC ha sido aún más limitada que la desarrollada en la inspección francesa evaluada por el TEDH (por ejemplo, no se recabó la totalidad de los buzones electrónicos de los empleados sino una selección muy específica de los mismos), por lo que no cabe sostener la violación del artículo 8 del CEDH que el propio TEDH rechazó entonces.

Por último relativo a las comunicaciones entre abogado interno y otros empleados de la empresa, en el párrafo (93) del acta de inspección se valora la naturaleza de dichas comunicaciones al trasladarse por un empleado de la empresa la existencia de posibles comunicaciones con la abogada interna de la empresa, indicándose que, conforme a la jurisprudencia existente, dicha protección se encuentra limitada exclusivamente a los abogados externos, aunque a la vista de la información señalada por la empresa, al no tratarse de información relacionada con el objeto de la inspección, se descarta su copia.

Al margen de que dicha valoración es igualmente predicable de cualquier otro correo que pudiera haberse recabado entre abogado interno de la empresa y otros empleados, lo cierto es que el correo identificado por JOHN DEERE en el anexo nº 8 de su recurso, no es una comunicación entre el abogado interno de la empresa y otro empleado de la empresa, sino una comunicación entre varios empleados de JOHN DEERE que arrastra una comunicación anterior con el abogado interno. En todo caso, considera esta Sala que dicho correo no queda protegido por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado externo y empresa, por lo que no se procede a su eliminación dentro de la información recabada en la inspección de la citada empresa.

2.2. Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En anteriores recursos planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos señalados por el Tribunal Constitucional. En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, como es el caso que nos ocupa.

Así, del análisis desarrollado en el apartado anterior en relación con la proporcionalidad de la inspección y su adecuación a la orden de investigación y

al auto judicial que lo amparaba no puede deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de las recurrentes.

Por todo ello, esta Sala considera que la actividad inspectora de la DC fue proporcionada y ajustada a derecho, por lo que ninguno de los mencionados actos de la DC ha causado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

Por todo ello, 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.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

III RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso presentado por JOHN DEERE IBERÍCA, S.A contra la Orden de inspección de 12 de septiembre de 2022 y la actuación inspectora realizada entre los días 26 a 29 de septiembre de 2023.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.