

LOS LÍMITES A LOS PODERES DE INSPECCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Francisco CANTOS BAQUEDANO
Salomé SANTOS LORENZO¹

Abogados en Freshfields Bruckhaus
Deringer

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor el pasado 1 de septiembre de 2007 de la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ha supuesto, durante su primer año de andadura, un incremento exponencial de la actividad inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Según las estadísticas manejadas por la propia CNC, en los primeros doce meses de aplicación de la nueva LDC, la CNC ha inspeccionado a más de 40 empresas. Este dato contrasta significativamente con la media de aproximadamente una o dos inspecciones por año, que se venían produciendo con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LDC.

El incremento del número de inspecciones es fruto, en gran medida, de la nueva política de la CNC de dar prioridad, de entre todas las políticas aplicables, a la persecución de cárteles. A ello habría que añadir la

¹ Los autores asesoran a una de las empresas afectadas por el expediente sancionador abierto contra varias compañías del sector de la peluquería profesional en España (Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*).

introducción de un nuevo régimen de clemencia en España, que parece estar funcionando como un eficaz instrumento de detección de cárteles².

En este contexto, resulta fundamental que, abriéndose una nueva era en el Derecho de la Competencia en España, en la que las inspecciones a las empresas han pasado de ser una hipótesis más o menos remota a constituir una posibilidad cierta, las facultades de inspección, pero también los límites de dichas facultades, estén perfectamente definidos.

Si bien es cierto que la LDC enumera de forma precisa cuáles son los poderes de inspección de la CNC³, no es menos cierto que, en lo que respecta a los límites de dichos poderes, la LDC es mucho más vaga, refiriéndose únicamente a la necesidad de que los inspectores de la CNC cuenten con una Orden de Investigación (para el caso de que la inspección sea voluntaria) o de un Mandamiento Judicial (para el caso de que la empresa inspeccionada no quiera someterse voluntariamente a la inspección).

¿Quiere esto decir que la CNC no está constreñida en su labor inspectora por ningún límite? La respuesta a esta pregunta es, decididamente, no. Aunque la LDC no enumera de forma explícita los límites que la CNC debe respetar durante las inspecciones en las empresas, es claro que ésta debe respetar en todo caso los límites que se derivan del principio de proporcionalidad y del respeto a derechos fundamentales básicos de la empresa y de sus empleados —reconocidos constitucionalmente—, como el derecho a una legítima defensa⁴, el derecho a la

² El nuevo régimen de clemencia ha entrado en vigor en España tras la publicación del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, el *Reglamento que desarrolla la LDC*).

³ El art. 40 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) establece en su apartado 1 que «el personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley».

En el apartado 2 del art. 40 LDC se enumeran las siguientes facultades de inspección:

- Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.
- Verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.
- Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.
- Retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b).
- Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.
- Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

⁴ Art. 24 de la Constitución española.

intimidad personal y familiar⁵ o el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁶.

El objeto del presente artículo es analizar, basándonos en la jurisprudencia nacional y comunitaria relevante, cuáles son los concretos límites de la actividad inspectora de la CNC. Detallaremos también cuáles son, a nuestro juicio, los protocolos que se debieran seguir durante una inspección para garantizar la necesaria eficacia de la labor inspectora de la CNC y al mismo tiempo respetar los derechos fundamentales de la empresa y de sus empleados.

Para ello, primero analizaremos los límites que se derivan del propio objeto de la investigación, tal y como debe quedar definido en la Orden de Investigación y, en su caso, en el Mandamiento Judicial.

En segundo lugar, nos centraremos en analizar los específicos límites derivados de la necesidad de respetar el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente.

Finamente, en tercer lugar y a modo de conclusión, defenderemos la necesidad de adoptar en España unas directrices o código de buenas prácticas en el que se establezcan los protocolos que los inspectores de la CNC deben seguir y respetar durante una inspección para garantizar su eficacia al mismo tiempo que se respetan los derechos fundamentales de la compañía inspeccionada y sus empleados. Haremos también una serie de recomendaciones que, a nuestro juicio, debieran en todo caso figurar en dicho código de buenas prácticas.

Pasemos, sin más dilaciones, a desarrollar estos tres puntos.

2. LOS LÍMITES QUE SE DERIVAN DEL OBJETO DE LA INSPECCIÓN

A) **La práctica observada en las inspecciones realizadas desde la entrada en vigor de la nueva LDC**

En las inspecciones realizadas desde la entrada en vigor de la nueva LDC, la CNC ha venido defendiendo su derecho a copiar durante la inspección todos aquellos documentos que estime conveniente, sin entrar a discutir con la compañía inspeccionada si tiene o no derecho a llevárselos⁷. A juicio de la CNC, si existiese alguna discrepancia sobre su

⁵ Art. 18.1 de la Constitución Española.

⁶ Art. 18.2 de la Constitución Española.

⁷ La CNC ha tenido ocasión de defender su posición en las resoluciones adoptadas recientemente como consecuencia de los recursos interpuestos por algunas empresas o asociaciones de

derecho a llevarse un determinado documento, dicha discrepancia debiera dirimirse en todo caso en los tribunales, pero nunca durante la inspección, ya que de lo contrario se estaría entorpeciendo la eficacia y el normal desarrollo de la misma. Por esta razón, la CNC defiende que no es necesario permitir a la compañía inspeccionada revisar en detalle los documentos identificados antes de que la CNC pueda acceder definitivamente al contenido de los mismos⁸.

Además, la CNC ha defendido su derecho a no facilitar los términos de búsqueda empleados para identificar documentos en los ordenadores inspeccionados, negando a las empresas la posibilidad de comprobar que dichos motores de búsqueda efectivamente tienen relación con el objeto de la inspección. La CNC considera que el acceso a dichos motores de búsqueda podría poner en peligro el objeto de la investigación, en la medida en que de los mismos podría deducirse el contenido de pruebas claves que forman parte de la información reservada del expediente sancionador⁹. En algunas inspecciones, la CNC se ha llevado prácticamente el contenido completo de los ordenadores de algunos empleados de la compañía inspeccionada, sin introducir ningún motor de búsqueda que filtre la información y ajuste la búsqueda al objeto de la inspección. Nuevamente, la CNC aduce la necesidad de hacer eficaz la inspección y evitar que determinados documentos claves para la investigación puedan quedar ocultos en

empresas inspeccionadas en el contexto de la investigación iniciada en el sector de la cosmética. Así, *vid.* las resoluciones de 3 de octubre de 2008 en el Expte. R0004/08, *CP España*; Expte. R0006/08, *Stanpa*; y en el Expte. R0005/08, *L'Oreal*).

⁸ Así, en la Resolución de 3 de octubre de 2008, Expte. R0004/08, *CP España*, la CNC ha señalado que:

«Dado el carácter perentorio de la inspección y la imposibilidad de examinar uno por uno todos y cada uno de los documentos copiados y delimitar qué es lo que afecta o no a la investigación, la *revisión posterior* de los documentos previamente seleccionados por el equipo de inspección en base a criterios específicos de búsqueda, en modo alguno atenta contra el derecho de defensa ni produce un perjuicio irreparable a la empresa».

De modo similar, en la Resolución de 3 de octubre de 2008, Expte. R0005/08, *L'Oreal*, se señala:

«La pretensión de la parte recurrente de que la verificación de los documentos se supedita a que la empresa y/o sus representantes legales identifiquen aquellos ficheros que deben ser suprimidos de la documentación a examinar *hace inútil la inspección*, pues podría ocultarse la documentación comprometedor, por lo que podría convertirse, incluso, en una obstrucción de la labor inspectora, en la medida en que se utilizara este mecanismo para extraer del expediente aquellos datos que puedan probar la presunta comisión de infracciones».

Y más adelante, vuelve a insistir señalando que «el inspeccionado cuenta con copia de todos los documentos que ha recabado la inspección de modo que siempre *podrá* controlar el uso que de ellos se haga en su contra, alegando, si procediere, su origen ilícito».

⁹ Según argumenta la CNC, «no procede facilitar a la empresa inspeccionada los criterios específicos que empleó en su sistema de búsqueda de información, puesto que éstos derivan de la información reservada realizada por la DI, y que, obviamente, no puede ser facilitada a la empresa inspeccionada, puesto que de lo contrario, podría ponerse en peligro la investigación». *Vid.*, en este sentido, la Resolución de 3 de octubre de 2008 (Expte. R0005/08 *L'Oréal*).

ficheros que aparentemente nada tienen que ver con el objeto de la investigación¹⁰.

La CNC considera que este modo de proceder no supone actuación irregular alguna, en la medida en que devolverá toda aquella información recabada durante el desarrollo de la inspección que, «una vez analizada», no estuviera relacionada con el objeto de la investigación, o estuviera protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente o tuviera carácter privado¹¹.

Por su parte, las compañías inspeccionadas difícilmente han podido oponerse a la actuación de los inspectores de la CNC anteriormente descrita, ni han podido reflejar sus discrepancias en el Acta, ante la posibilidad de que su oposición a llevarse algún documento pudiera ser interpretada como una obstrucción a la labor inspectora de la CNC, que tendría las oportunas consecuencias legales¹². Esta circunstancia pone de manifiesto la dificultad que tienen las empresas inspeccionadas en conseguir reflejar en el Acta de Inspección su visión de cómo se ha desarrollado la inspección en sus oficinas, pues el desequilibrio de poder entre el administrado y la Administración —que es la redactora del Acta y tiene la potestad de calificar el comportamiento del administrado de obstrucción a su labor y sancionarle por ello—, es notorio.

El resultado práctico de este proceder de la CNC, al no introducir filtros adecuados para limitar la búsqueda de información al objeto de la investigación, y al no permitir a la compañía inspeccionada revisar la documentación identificada, es el acceso por parte de la CNC a ingentes cantidades de documentos de la empresa investigada que nada tienen que ver con el objeto de la inspección o, lo que es todavía más grave, que están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente o tienen carácter privado.

Como se verá a continuación, a nuestro juicio este proceder constituye una grave irregularidad que tiene por efecto menoscabar derechos fundamentales constitucionalmente protegidos de la compañía inspec-

¹⁰ Así, la CNC argumenta que «en el caso de las inspecciones de la CNC prácticamente la totalidad de la información útil para el expediente sancionador en cuestión, consiste en comunicaciones y datos de carácter secreto y clandestino, que no deben constar y cuyo descubrimiento permite la imputación de las empresas inspeccionadas» (Resolución de 3 de octubre de 2008, Expte. R0005/08, *L'Oreal*).

¹¹ Según consta en la Resolución de 3 de octubre de 2008, Expte. R0004/08, *CP España*, «respecto a la devolución de los documentos obtenidos durante la inspección, la DI señaló que tan pronto se procediera al análisis de la información recabada, se procedería a la devolución de toda aquella documentación que no estuviera relacionada con el objeto de la investigación».

¹² La obstrucción de la labor inspectora de la CNC puede ser sancionada con multas que ascienden hasta el 1 por 100 del volumen de facturación de la empresa sancionada. *Vid.*, en este sentido, la Resolución de 24 de Julio de 2008, Expte. ANC/02/08 *Caser-2*.

cionada y sus empleados. ¿De qué sirve que el objeto de la inspección esté bien delimitado en la Orden de Investigación?

B) La actuación de la Dirección de Investigación debe limitarse a la búsqueda de documentos que tengan relación con el objeto de la inspección

El art. 40.2 LDC, cuando enumera las facultades de inspección de la Dirección de Investigación, señala en su apartado *b*) que puede «verificar los libros y documentos *relativos a la actividad empresarial*, cualquier que sea su soporte material».

La LDC impone, pues, una primera limitación, al circunscribir la búsqueda de información a documentos que se deriven únicamente de la actividad económica de la empresa investigada¹³.

Además, como se ha señalado anteriormente, para poder desarrollar inspecciones por sorpresa, los funcionarios de la Dirección de Investigación deben contar con una Orden de Investigación y, en caso de que la inspección no sea voluntaria, con un Mandamiento Judicial (arts. 40.3 y 40.4 LDC).

En lo que respecta a la Orden de Investigación, el art. 13.3 del Reglamento que desarrolla la LDC señala que «el personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique *el objeto y la finalidad de la inspección*, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y *el alcance de la misma*»¹⁴.

Así pues, en la Orden de Investigación es obligatorio que conste cuál ha de ser el objeto de la investigación, a efectos de que la empresa investigada comprenda el alcance de la misma y pueda ejercer su derecho de defensa. En palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

¹³ La LDC recoge así la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, por ejemplo, en el asunto C-94/00, *Roquette Frères*, Rec. 2002, apdo. 45, se señala:

«Están excluidos del ámbito de investigación de que dispone la Comisión los documentos que no sean de carácter profesional, es decir, los que no estén relacionados con la actividad de la empresa en el mercado» (*vid.*, en el mismo sentido, As. 155/79, *AM&S Europe c. Comisión*, Rec. 1982, apdo. 16).

¹⁴ Esta disposición es similar a la que existe en el ámbito comunitario, en el art. 20.3 y 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

«Esta obligación constituye una exigencia fundamental, no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa» [Asuntos acumulados C-46/87, 227/88, *Hoechst AG c. Comisión* (Rec. 1989), p. 2859, apdo. 29]¹⁵.

De este modo, se pretenden evitar las «*fishing expeditions*» (inspecciones genéricas en busca de «lo que se encuentre»), de manera que las empresas inspeccionadas estarán obligadas a facilitar toda la información que esté relacionada con el objeto de la investigación, pero más allá de esa frontera, no tienen ningún deber de cooperar, ya que de lo contrario se estaría infringiendo su derecho a una legítima defensa.

Por su parte, en lo que al Mandamiento Judicial se refiere, éstos también hacen referencia al hecho de que, en la medida en que están en juego derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como el de la inviolabilidad del domicilio, la intimidad personal y familiar, o el derecho a una legítima defensa, la Administración debe en todo caso actuar respetando el principio de proporcionalidad, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de dichos derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Así, la aplicación del principio de proporcionalidad exige impedir que se realicen inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias, razón por la cual es vital limitar el objeto de la inspección a las prácticas concretas que están siendo investigadas.

Así pues, tanto la Orden de Investigación como, en su caso, el Mandamiento Judicial, establecen claramente cuál ha de ser el objeto de la investigación, que debe circunscribirse a determinadas prácticas potencialmente anticompetitivas en un determinado área de negocio de la empresa inspeccionada, y cuáles son los límites de la actuación de la Dirección de Investigación, que en todo caso debe circunscribir su búsqueda de información al objeto estricto de la investigación, respetando en todo momento el principio de proporcionalidad y evitando el sacrificio innecesario de los derechos fundamentales de la compañía inspeccionada y sus empleados.

Sin embargo, la práctica reciente de la CNC anteriormente descrita parece indicar que, en la medida en que los inspectores de la CNC disponen de una Orden de Investigación y, en su caso, de un Mandamiento Judicial, consideran que tienen cobertura jurídica suficiente para llevarse todo el material que estimen oportuno, esté o no relacionado con el objeto

¹⁵ *Vid.*, en el mismo sentido, asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, *Dow Chemical Ibérica, S. A. y otros c. Comisión*, Rec. 1989, p. 3165, apdo. 45.

definido en la Orden de Investigación y, en su caso, en el Mandamiento Judicial, siempre y cuando, tras haber procedido a su análisis, devuelvan a la compañía lo que les parezca irrelevante a su leal saber y entender.

Veremos a continuación que la tesis de la CNC es incompatible, tanto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁶. En efecto, *el problema en las inspecciones recientes no es que la CNC haya accedido a la sede de la empresa inspeccionada sin la pertinente cobertura jurídica* —que sí la tiene en la medida en que dispone de una Orden de Investigación y, en su caso, de un Mandamiento Judicial, que definen claramente el objeto de la investigación, su alcance y por ende los límites de la misma—, *sino que en la práctica su actuación ha ido más allá de los límites que se marcan en la propia Orden de Investigación y/o Mandamiento Judicial*. Es esa extralimitación *de facto* la que no está ajustada a Derecho, por infringir el principio de proporcionalidad y vulnerar gratuitamente los derechos fundamentales de la empresa investigada y sus empleados.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado de forma meridiana-mente clara que durante una inspección domiciliaria, no es suficiente contar con una orden judicial que autorice el registro, sino que también hay que controlar que la autoridad no actúe de forma arbitraria y/o abusando de la autorización judicial a la hora de practicar el registro o inspección:

«Sin embargo, *que la entrada y reconocimiento del domicilio tenga un sólido fundamento*, desde todas las perspectivas expuestas más arriba, *es requisito necesario pero no suficiente* en el plano constitucional. Aquí juega con el máximo rigor el *principio de proporcionalidad*, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. *Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los pode-*

¹⁶ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es absolutamente relevante por cuanto resulta plenamente aplicable a las inspecciones por sorpresa desarrolladas por la autoridad española de la competencia, y ello, en primer lugar, por aplicación del principio de analogía, dada la identidad existente entre el cuerpo normativo de Derecho de la Competencia comunitario y el cuerpo normativo de Derecho de la Competencia nacional y, en segundo lugar, porque en la mayor parte de los casos, la potencial conducta anticompetitiva que se persigue vulnera tanto el Derecho comunitario de la competencia, como el Derecho nacional. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado en numerosas ocasiones que las exigencias derivadas del cumplimiento de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario. Los Estados miembros deben, por tanto, aplicar el Derecho comunitario de acuerdo con dichas exigencias. *Vid.*, entre otros, As. C-5/88, *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec. 1989, p. 2609, apdos. 17 y 19; As. C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture and Another c. The Scottish Ministers*, Rec. 2003, p. 7411, apdo. 88; o As. C-292/97, *Karlsson y Otros*, Rec. 2000, p. I-2760, apdo. 37.

res públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución. Por otra parte, ha sido configurado también jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya recepción se impone en este ámbito desde la propia Ley suprema (art. 10.2 CE), como hemos dicho tantas veces que excusa su cita. En tal aspecto, desde los casos *Chappell* y *Niemietz* (sentencias de TEDH de 30 de marzo de 1989 y de 16 de diciembre de 1992) se viene exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución [...].

La integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a que la discrecionalidad unilateral de la Administración pública la ejerza o no con prudencia, por incidir sobre los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho, con el norte simultáneo de la libertad y la justicia para el respeto de la dignidad de la persona» (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Rec. 50/1995, de 23 de febrero, RTC 1995/50, FJ 7.º).

Por tanto, es consustancial a un Estado democrático de Derecho que estas inspecciones, que afectan a derechos fundamentales constitucionalmente protegidos de las empresas y de sus empleados, se ajusten a los exigibles principios de prudencia y proporcionalidad. De lo contrario, la actuación de la Administración podría calificarse de desproporcionada y arbitraria.

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en este sentido, al considerar como un Principio General de Derecho Comunitario la protección del Administrado frente a la actuación arbitraria y desproporcionada de la Comisión Europea durante una inspección. Así, ha afirmado que:

«[...] en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la Ley, y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas. *La exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario.* Hay que recordar, al respecto, que este Tribunal de Justicia ha afirmado su competencia de control del carácter, en su caso, excesivo de las verificaciones realizadas por la Comisión en el marco del Tratado CECA» (sentencia de 14 de diciembre de 1962, *San Michele y otros*, asuntos acumulados 5 a 11 y 13 a 15/62, Rec. 1962, p. 859)¹⁷.

Así, en relación con la necesidad de que la Administración actúe respetando el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que la actuación de la Administración debe ser siempre lo menos onerosa posible para el administrado. Así:

¹⁷ Asunto C-46/87, *Hoechst AG c. Comisión*, Rec. 1989, p. 2859, apdo. 19.

«El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las Instituciones comunitarias *no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos*» (asunto C-133/93, *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*, Rec. 1994, p. 4863, apdo. 41).

Finalmente, en el ámbito del Derecho de la Competencia nacional, el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy sustituido por el Consejo de la CNC, ha señalado que:

«Como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 23 feb. 1995) *la actuación inspectora de la Administración debe estar rodeada de las mismas garantías que se exigen en la investigación policial, pues ambas, consistentes en una investigación que puede desembocar en la averiguación de un delito o infracción administrativa, son equivalentes constitucionalmente*» (Resolución de 18 de junio de 2003, Expte. 541/2002, FD 2.º).

El principio de proporcionalidad exige, por tanto, no sólo que el objetivo perseguido con la inspección sea legítimo, sino que los medios utilizados sean adecuados y necesarios para la consecución de dicho objetivo y, sobre todo, que no existan formas menos gravosas de conseguir el resultado o, dicho de otro modo, que se evite el sacrificio innecesario de derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad de los empleados, a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a una legítima defensa, reconocidos tanto en nuestra Constitución como en la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁸.

A la luz de los precedentes anteriormente descritos, nos parece que las búsquedas realizadas por los inspectores de la CNC en algunas inspecciones realizadas recientemente en las que, o bien se han introducido motores de búsqueda extraordinariamente amplios en los ordenadores o, en otros casos, se ha copiado prácticamente el disco duro completo del ordenador, sin ni siquiera introducir motores de búsqueda que filtren los resultados de la búsqueda y la ajusten al objeto de la investigación, constituyen una actuación desproporcionada para el fin que se pretende y —claramente— excesivamente gravosa para el administrado, pues la menos gravosa sería la actuación acotada y limitada al objeto de la investigación.

¹⁸ En virtud de jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos estos derechos fundamentales resultan aplicables, no sólo a cualquier persona física, sino que también son extensibles a las empresas en los casos de inspecciones por sorpresa. *Vid.*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002, *Société Colas Est and others c. Francia*, As. 3797/97, apdos. 40 y 41. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resulta plenamente aplicable en España en virtud del art. 96 de la Constitución española.

Desde nuestro punto de vista, la CNC debiera contar con los expertos y las herramientas informáticas necesarias para poder realizar búsquedas racionales y ajustadas al objeto de la investigación, introduciendo combinaciones de palabras clave o motores de búsqueda que permitan filtrar la información y reducirla al objeto de la investigación. En ningún caso la CNC puede estar autorizada a copiar indiscriminadamente los discos duros de los ordenadores de los empleados de la compañía inspeccionada, utilizando como simple excusa la eficacia de su actuación, ya que dicha actuación equivale a una «*fishing expedition*» o inspección genérica, que no estaría amparada ni por la Orden de Investigación, ni en su caso por el Mandamiento Judicial, ni por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas anteriormente descrita, constituyendo una actuación desproporcionada que vulnera innecesariamente derechos fundamentales de la compañía y/o de sus empleados.

C) La CNC debe respetar el derecho de la compañía a revisar los motores de búsqueda empleados y los documentos identificados para comprobar que están dentro del objeto de la investigación, que no están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente ni tienen carácter privado

El hecho de que la CNC no permita a la compañía revisar los motores de búsqueda empleados, y se lleve copia de todos los documentos identificados para proceder a su análisis, sin previo control de la empresa, constituye también a nuestro juicio una grave extralimitación en sus poderes de investigación. ¿De qué le sirve a la empresa inspeccionada contar con la asistencia de sus abogados durante la inspección, si éstos deben asistir a la misma como meros «convidados de piedra», sin capacidad alguna para controlar y, en su caso, limitar las búsquedas realizadas por los inspectores de la CNC?

No cuestionamos la dificultad para la CNC de realizar búsquedas racionales de documentos en soporte informático, dada la ingente cantidad de documentación que las empresas almacenan en este soporte. En este sentido, coincidimos plenamente con la CNC cuando señala que

«En estos momentos el ordenador personal de un empleado de una empresa inspeccionada puede contener mayor volumen de documentación comercial que una habitación repleta de documentos, en muchas ocasiones mezclada sin una separación clara en los archivos informáticos del ordenador con documentación personal del propio empleado. Esta situación puede repetirse en toda la empresa dando lugar a un volumen ingente de documentación sobre la que la autoridad de competencia debe ejercer su labor de inspección en un tiempo breve, sin

menoscabar el funcionamiento normal de la empresa» (Resolución de 3 de octubre de 2008, Expte. R0004/08, *CP España*).

Sin embargo, a nuestro juicio, dicha dificultad no es excusa para eximir a CNC de su obligación de respetar los límites de sus potestades de investigación y de respetar los derechos fundamentales de la empresa y sus empleados. De hecho, existen métodos de actuación alternativos al empleado por los inspectores de la CNC que impedirían sobrepasar dichos límites y que han sido utilizados por otras autoridades de la competencia, sin menoscabo de la eficacia de su actuación.

Así, en el documento «*Anti-Cartel Enforcement Manual*» del International Competition Network¹⁹, en el que se recoge cuál es el *modus operandi* de muchas autoridades nacionales de la competencia en los casos de inspecciones por sorpresa, y se concluye con un listado de recomendaciones o «*best practices*», se señala, tras reconocer la necesidad de preservar el derecho de las empresas a que las autoridades no se lleven documentos que están fuera del objeto de la investigación, y especialmente aquéllos de naturaleza privada o que están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, lo siguiente:

«Según algunas autoridades, en caso de copias de grandes dispositivos digitales (cuentas en discos duros), la cantidad de contenidos copiados es generalmente demasiado grande para ser revisada en el establecimiento de la compañía, y el análisis se lleva a cabo en la oficina de la autoridad. En algunas autoridades, *antes de mirar el contenido de los documentos* —como en el caso de una imagen forense—, la compañía y su abogado son invitados a las oficinas de la autoridad para que se presenten con los nombres de los documentos que contengan información legalmente privilegiada o información digital privada. Estos documentos serán seleccionados y se evaluará si los documentos están legalmente privilegiados o son privados. Esta evaluación se llevará a cabo por uno de los funcionarios del caso o por alguien que no participe en la investigación. Los documentos que estén legalmente privilegiados o sean privados son destruidos. La restante información digital copiada será la analizada y estudiada por la autoridad»²⁰.

¹⁹ *Anti-Cartel Enforcement Manual*, Cartel Working Group, Subgroup 2: *Enforcement Techniques*, abril 2006, p. 21, párr. 4.

²⁰ Traducción del texto original, que reza del siguiente modo:
«According to some agencies, in the case of copying from bigger digital devices (accounts on hard discs), the amount of content on the copy generally is too big to review at the premises of the company and analysis is carried out at the agency's office. This is done in various ways. At some agencies, before looking at the content of the documents —as in case of an image— a company and its lawyer will be invited to the agency's office to come forward with the names of the documents containing legally privileged or private digital information. These documents will then be selected and an assessment will be made as to whether the documents are legally privileged or private. This assessment may be conducted by one of the officers on the case or by someone who is not involved in the investigation. Documents that are legally privileged or private are destroyed. The remaining digital information on the copy will be analysed and studied by the agency».

Así pues, con posterioridad a la inspección, pero siempre y en todo caso *antes de analizar el contenido de los documentos identificados durante la inspección*, muchas autoridades de la competencia solicitan a un representante de la empresa inspeccionada y a sus abogados que revisen el contenido de la documentación copiada para identificar aquellos documentos que están fuera del objeto de la investigación, o que tienen naturaleza privada o están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, para su destrucción antes de que la autoridad comience el análisis del resto de la documentación. Hasta que dicha labor de revisión por parte de la empresa no se produce, la autoridad de competencia se compromete a no acceder a la documentación identificada durante la inspección²¹.

Como método alternativo, en el Reino Unido la OFT en algunas ocasiones ha utilizado la siguiente metodología al constatar durante una inspección por sorpresa que el volumen de documentación identificada tras la introducción de determinados motores de búsqueda en los ordenadores era ingente. La empresa inspeccionada firmó un compromiso ante la OFT de no destruir pruebas y acordaron que el bufete de abogados que asesoraba a la compañía investigada se encargaría de recopilar la información introduciendo los motores de búsqueda facilitados por la OFT, y descartando, *antes de facilitar la información a la OFT*, toda aquella documentación que no tuviera que ver con el objeto de la investigación, o que tuviese carácter privado o estuviese protegida por la comunicación entre abogado y cliente. Una vez identificada la documentación relevante, el bufete de abogados se encargaría de aportarla puntualmente a la OFT²².

En Holanda, la autoridad de la competencia ha publicado una comunicación específica regulando el procedimiento de examen y copia de documentos en formato digital²³. Así, en aquellos casos en los que el número de documentos electrónicos identificados impida la revisión de los mismos durante la inspección por los abogados de la compañía inspeccionada para comprobar que están dentro del objeto de la investigación, que no están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente o que no tienen información de carácter personal, se establece un procedimiento en virtud del cual, *antes de que la autoridad de competencia acceda a dicha documentación*, debe otor-

²¹ Dicho compromiso se podría articular a través de la introducción de los CDs con la información copiada en un sobre lacrado o el precinto del soporte informático o las cajas en las que se almacene la información identificada durante la inspección.

²² Este procedimiento se ha seguido, en concreto, en el caso de alguna inspección por sorpresa realizada en el sector de la gran distribución en Inglaterra.

²³ «Digitale Werkwijze 2007», publicada en el Diario Oficial holandés 2007, núm. 243.

gar un plazo de diez días a la empresa investigada para que presente un listado con los documentos copiados que: *a)* están fuera del objeto de la investigación; *b)* son de naturaleza privada; y/o *c)* están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Durante el tiempo que transcurre desde la inspección hasta la presentación de los listados de documentos que deben ser devueltos, la autoridad holandesa se compromete a no acceder a dichos documentos. Posteriormente, se establece un procedimiento para garantizar que los documentos que están en cualquiera de las tres categorías anteriormente citadas sean borrados de forma segura de la copia que posee la autoridad, sin posibilidad de que ésta pueda acceder a los mismos. Se establece, además, que el trabajo de borrado debe ser desarrollado por un experto en informática.

Sin embargo, en nuestro país no existe ningún sistema que impida que la CNC pueda tener acceso a la información obtenida durante una inspección antes de que ésta haya sido revisada por la compañía inspeccionada. Es más, en algún caso reciente la CNC ha afirmado de forma explícita que procedería a analizar en sus dependencias la información obtenida durante una inspección para determinar, siguiendo su propio criterio y sin control alguno de la empresa inspeccionada, qué documentos debía devolver por estar protegidos por la comunicación abogado-cliente, no estar relacionados con el objeto de la investigación o ser de naturaleza privada²⁴. Como veremos a continuación, este modo de proceder, según el cual la CNC puede llevarse todos los documentos que quiera para analizarlos y, posteriormente, si lo estimase oportuno, devol-

²⁴ Así, *vid.* la Resolución de 3 de octubre de 2008 (Expte. R0005/08, *L'Oreal*), en el que la CNC señala que «la recopilación y selección de documentos continúa en la CNC [...] cuando se procede a la verificación de la información recogida, y a la devolución de la documentación que no sirva al objeto de la investigación». Durante ese proceso de verificación, la CNC no ha permitido a la compañía inspeccionada estar presente para controlar el proceso de identificación de documentos e impedir, en su caso, que la CNC pueda acceder a documentos que estén protegidos por la comunicación abogado-cliente, o que tengan carácter privado, o simplemente estén fuera del objeto de la investigación. En la referida Resolución, la CNC defiende que los derechos de la compañía inspeccionada quedan salvaguardados dándole un plazo de 10 días para que «puedan elaborar una lista de aquellos documentos que, por estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, por no tener relación alguna con el objeto de la investigación, o en fin, por ser de carácter privado y personal, no tienen que encontrarse en poder de la CNC». Es evidente que este trámite no es suficiente, en la medida en que mientras tanto la CNC podrá —y de hecho lo ha hecho en algún caso, tal y como ha reconocido en la propia Resolución— analizar y tomar conocimiento de dicha documentación, sin control alguno por los abogados de la compañía inspeccionada. Además, y en todo caso, en el referido expediente, el plazo de 10 días concedido por la Dirección de Investigación tras la inspección fue previsto únicamente para, en virtud del art. 42 LDC, alegar la confidencialidad de aquellos documentos que contuviesen secretos de negocio, a fin de evitar que terceros interesados en el expediente pudieran tener acceso a los mismos. El referido plazo no se otorgó —como parece dar a entender la Resolución— para solicitar la devolución de documentos que estuviesen fuera del objeto del expediente.

ver aquellos que no sean relevantes, no se sostiene jurídicamente especialmente en relación con los documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente.

3. LOS LÍMITES DERIVADOS DE LA NECESIDAD DE RESPETAR EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han confirmado de forma unánime que las facultades de investigación de la Administración están limitadas por la necesidad de respetar el derecho fundamental a una legítima defensa que tienen todos los administrados.

Así, el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente²⁵ constituye una manifestación del Derecho constitucional a una legítima defensa que tienen todos los administrados, con el que se pretende favorecer la comunicación abierta entre el abogado y su cliente, para que el primero le pueda prestar al segundo un asesoramiento completo e independiente²⁶.

De hecho, la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce implícitamente la protección del secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente cuando afirma en su art. 437.1 que «en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa».

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia²⁷ (TDC) ha reconocido explícitamente la aplicación del principio del secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente al ámbito del Derecho de la Compe-

²⁵ El deber de secreto profesional se suele utilizar como sinónimo del derecho al secreto las comunicaciones entre abogado y cliente. Se trata de dos conceptos que, aunque no son plenamente idénticos, sí son complementarios, en la medida en que ambos pretenden evitar que la Autoridad pueda exigir la entrega de documentos directamente relacionados con el asesoramiento legal. Mientras que el deber de secreto profesional se refiere a la obligación que tiene el abogado de no desvelar documentos relacionados con el asesoramiento legal prestado a su cliente, bajo riesgo de sanción disciplinaria o penal, el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente se refiere al derecho que tiene el cliente de no facilitar documentos directamente relacionados con el asesoramiento legal que le ha prestado su abogado.

²⁶ Además, se entiende que el derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente trasciende incluso el derecho fundamental privado a una legítima defensa para entroncar con el interés general en una mejor administración de la justicia, en la medida en que la comunicación sincera y completa entre el abogado y su cliente favorece el mayor respeto a las leyes.

²⁷ El Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido sustituido por la CNC tras la entrada en vigor de la nueva LDC.

tencia en el muy relevante precedente *Pepsi-Cola/Coca-Cola*²⁸, en el que se señala que:

«De conformidad con lo establecido por el art. 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, *no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*».

Así, según el TDC:

«Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, de modo unánime, entienden que dicha facultad [*la facultad de inspección*] puede estar limitada en casos, tales como los derivados del derecho a no autoinculparse, que consagra con carácter general el art. 24 de la Constitución Española [...], *así como las derivadas también de las relaciones abogado-cliente, resultante del ejercicio de defensa de la empresa*».

Continúa el TDC señalando que:

«Esta cuestión ha sido ampliamente examinada en el Derecho europeo, donde se ha configurado la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente como un principio de Derecho comunitario, especialmente a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 18 de mayo de 1982 (asunto *AM&S*) y del auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990 (asunto *Hilti*)».

Y concluye «*admitiendo la aplicabilidad en el Derecho español de dicho principio comunitario, que no se discute ni por el Abogado del Estado ni por los denunciantes, de manera que el mismo constituye un límite al deber de colaboración que con carácter general se establece para los administrados en el art. 32 de la LDC*».

Por todo ello, señala el TDC:

«Pues bien, este Tribunal, partiendo de la jurisprudencia antes expuesta, considera que ha de tenerse presente que *el fundamento del secreto profesional del abogado es una exigencia del Estado de Derecho que tiene un doble objetivo: a) proteger a cualquier persona que precise de la asistencia de un abogado para defender sus derechos y libertades; y b) garantizar una justa y adecuada administración de justicia*, de manera que el mismo sirve no sólo a un interés privado sino también lo exige el interés general y, por ello, se configura como un derecho y deber fundamental y primordial del abogado quien debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente que se refiera al mismo o a terceros en el marco de los asuntos de su cliente».

En lo que respecta a la jurisprudencia comunitaria, que como el propio TDC ha reconocido en la Resolución *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, es plenamente aplicable a nuestro caso por analogía con el sistema español, y también porque en la mayoría de los expedientes sancionadores abiertos contra cárteles de dimensión nacional suele resultar de aplicación el

²⁸ Resolución del TDC, 22 de julio de 2002, Expte. r 508/02, *Pepsi-Cola/Coca-Cola* (FJ 3.º).

art. 81 del Tratado CE²⁹, ésta es clara a la hora de establecer el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. Así, en la muy relevante a estos efectos y reciente Sentencia *Akzo*³⁰ se señala, en relación con la protección que otorga el secreto de las comunicaciones entre abogados y clientes, que:

«La protección de que se trata tiene por objeto garantizar el interés público de una recta administración de la justicia consistente en garantizar que *todo cliente tenga la libertad de dirigirse a su abogado sin temor a que la información confidencial que le comunique pueda ser ulteriormente divulgada*. En segundo lugar, tiene como finalidad *evitar el perjuicio que para el derecho de defensa de la empresa afectada puede suponer el hecho de que la Comisión adquiriera conocimiento del contenido de un documento confidencial y de que dicho documento se incorpore irregularmente al expediente de la inspección*» (apdo. 87).

Por ello, señala el Tribunal de Primera Instancia que:

«*El hecho de que la Comisión adquiriera conocimiento de un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del referido principio*» (párr. 86).

En definitiva, toda empresa sometida a una inspección:

«Tendrá derecho a *negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar—incluso someramente—uno o varios documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad*» (párr. 82).

Las consecuencias de semejante infracción al derecho que todo administrado tiene a una legítima defensa, son en todo punto irreparables. Así lo ha establecido el Tribunal de Primera Instancia cuando señala de nuevo en la Sentencia *Akzo*:

«En efecto, incluso si dicho documento no se utiliza como medio de prueba para una decisión sancionadora por infracción de las normas sobre la competencia, la empresa puede sufrir perjuicios que no podrán ser objeto de reparación o que sólo podrán serlo con muchas dificultades. Por un lado, la información protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes podría utilizarla la Comisión, directa o indirectamente, para obtener nueva información o nuevos medios de prueba, sin que la empresa afectada estuviera siempre en condiciones de identificarlos y de impedir que sean utilizados contra ella. Por otro lado, no resultaría reparable el perjuicio que sufriría la empresa afectada como consecuencia de la divulgación a terceros de informa-

²⁹ Así, el TJCE ha señalado que las exigencias derivadas del cumplimiento de los derechos fundamentales también vinculan a los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario. Los Estados miembros deben, por tanto, aplicar el Derecho comunitario de acuerdo con dichas exigencias. En este sentido, SSTJCE en el asunto C-5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (Rec. 1989, p. 2609), párrs. 17 y 19; y en los asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture and Another c. The Scottish Ministers* (Rec. 2003, p. 7411, párr. 88).

³⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en los asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd, c. Comisión* (Rec. 2006, p. II-3389).

ción protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, por ejemplo si tal información se utilizara en un pliego de cargos en el curso del procedimiento administrativo tramitado por la Comisión. *Por consiguiente, el mero hecho de que la Comisión no pueda utilizar los documentos protegidos como elementos de prueba para una decisión sancionadora no es suficiente para reparar o eliminar los perjuicios que resultarían del hecho de que la Comisión adquiriera conocimiento del contenido de dichos documentos»* (apdo. 87).

Esta afirmación del Tribunal de Primera Instancia en el precedente *Akzo* resulta especialmente relevante por cuanto desacredita definitivamente cualquier intento de considerar que no existe vulneración de ningún derecho fundamental ni se producirá ningún perjuicio irreparable para la compañía inspeccionada en la medida en que la CNC devuelva toda aquella información que pudiera quedar protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente o que la autoridad utilice o no los hechos o datos conocidos a través del documento protegido como prueba de una eventual infracción. El precedente *Akzo* lo dice bien claro: la devolución NO SUBSANA NI ES SUFICIENTE para reparar o eliminar los perjuicios derivados del conocimiento por la CNC de un documento protegido por la comunicación abogado-cliente, cuyo mero hecho constituye, de por sí, una violación del carácter protegido.

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia *Akzo*, la práctica desarrollada por la CNC consistente en copiar cantidades ingentes de documentación, sin posibilidad por parte de la compañía inspeccionada de revisar dicha documentación antes de que la CNC pueda acceder a la misma y «proceder a su análisis», podría implicar que, en el caso de que entre los documentos copiados se encontrasen documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, desde el mismo momento en que la CNC los ha podido ver y, por tanto, «adquirir conocimiento» del contenido de dichos documentos, ha conculcado, desde ese mismo momento, el derecho a una legítima defensa de la empresa inspeccionada produciéndole un daño de imposible reparación³¹. Esta conclusión es absolutamente lógica. Imaginemos que la

³¹ En la Resolución de 3 de octubre de 2008 (Expte. R0005/08, *L'Oreal*), la CNC admite la aplicación de la jurisprudencia *Akzo* en España, al reconocer que toda empresa que sea objeto de una inspección «tendrá derecho a negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar—incluso someramente— uno o varios documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad, siempre que la empresa en cuestión estime que tal somero examen resulta imposible sin desvelar el contenido de los documentos de que se trate y que así se lo explique, de manera motivada, a los agentes de la Comisión». Sin embargo, acertadamente señala la CNC que este derecho va acompañado de un deber de la empresa de «un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido». Pues bien, ¿cómo puede la empresa inspeccionada cumplir su deber de comunicar y razonar adecuadamente los motivos por los que un determinado documento está protegido por el secreto profesional, si no se le permite revisar y

CNC copia durante una inspección en una asociación de empresas un informe de un bufete de abogados solicitado por dicha asociación para evaluar la legalidad de unos intercambios de información que se estaban produciendo en el seno de dicha asociación, constituyendo dichos intercambios de información precisamente el objeto de la investigación de la CNC. ¿A quién puede parecerle lícito que la CNC se lleve dicho Informe mediante el procedimiento de la copia de la totalidad del disco duro de un ordenador, y por tanto tome conocimiento del contenido de dicho informe, aunque posteriormente lo devuelva? Es claro que la CNC, siguiendo la jurisprudencia *Akzo*, no debiera siquiera consultar someramente dichos documentos, menos aún llevárselos a sus dependencias sin estar debidamente lacrados, aunque posteriormente decida devolverlos. A nuestro juicio, por tanto, la toma de conocimiento por parte de una autoridad de Competencia de un documento protegido debe necesariamente conllevar la nulidad de toda actuación basada en dicho conocimiento³².

Para defender su *modus operandi*, la CNC ha hecho referencia en sus resoluciones a varias sentencias del Tribunal Constitucional, según las cuales, en la interpretación que la CNC les da, son los tribunales los que decidirán finalmente si un documento está amparado por la comunicación abogado-cliente, sin que, a juicio de la CNC, ello impida a la Administración tener acceso a dicho documento e incluso utilizarlo mientras que la disputa se dirime en los tribunales. Así, la CNC señala que «resulta evidente que la documentación que se incorpore al expediente y sirva para fundar la imputación que, en su caso, pudiera hacerse, podrá ser valorada en su día por este Consejo y por los Tribunales que revisen su actuación, a efectos de determinar si efectivamente se encuentran protegidos por el secreto que exige el derecho de la defensa» (Resolución de 3 de octubre de 2008, Expte. R0005/08, *L'Oreal*).

Sin embargo, la tesis de la CNC no está avalada por ninguna sentencia del Tribunal Constitucional, sino más bien lo contrario. En particular, la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984³³ citada por la CNC para sostener su tesis, señala:

controlar los documentos que están siendo identificados por los inspectores de la CNC durante la inspección y ésta se los lleva sin ninguna garantía para el administrado de que no tomará conocimiento de los mismos?

³² El TDC, en *Pepsi/Coca-Cola*, ha reconocido que la confidencialidad intercambiada entre los abogados externos y sus clientes «ha de tener un carácter absoluto». Por ello la autoridad no puede pretender tomar el más mínimo conocimiento «porque ello representaría un evidente contrasentido frente a su proclamado carácter confidencial».

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 26 de noviembre de 1984, RTC 1984/110.

«La cuestión podría suscitarse si la Inspección al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y *debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos. Pero para eso están los Tribunales de Justicia*».

Como puede observarse, en la referida Sentencia en ningún momento se afirma que la Administración (sea ésta la Dirección de Investigación o el Consejo) puede tener acceso a los documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente sobre los que pudiera existir controversia mientras que la cuestión se dirime en los tribunales. Muy al contrario, la Sentencia es tajante al afirmar que el contribuyente debiera *negarse a facilitar* datos a la Administración que supusiesen la violación del secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Esto es, el Tribunal Constitucional confirma que es vital que la Administración no tenga en ningún caso acceso a dichos documentos. De ello debiera necesariamente deducirse que, en caso de controversia, y mientras deciden los tribunales, la Administración debiera no acceder a dichos documentos para evitar que, si finalmente los tribunales terminan dando la razón al administrado y declara que los documentos controvertidos sí están protegidos por la comunicación abogado-cliente, dicho pronunciamiento pierda su utilidad por el hecho de que la Administración ya haya podido analizar y tomar conocimiento de dichos documentos, que el administrado tenía todo el derecho del mundo a negarse a entregar.

Por tanto, la posición del Tribunal Constitucional es diametralmente distinta a la de la CNC cuando afirma que no se produce ningún daño para el administrado por el hecho de que la CNC haya podido tener acceso al documento y tomar conocimiento del mismo, en la medida en que devolverá los documentos protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente una vez se haya procedido a su análisis³⁴ o, en caso de controversia, una vez decidan los tribunales.

Las pautas de comportamiento que la CNC debiera poner en práctica durante una inspección para evitar llevarse documentación que esté protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente están ya perfectamente definidas y descritas en la Sentencia *Akzo*, a la

³⁴ Ésta es la tesis que defiende la CNC en su Resolución de 3 de octubre de 2008 (Expte. R0006/08, *Stanpa*), cuando señala que «el equipo de inspección de la CNC informó durante la inspección a la empresa, y así se recoge expresamente en las actas, que procedería a la devolución de toda aquella información recabada durante el desarrollo de la inspección que, una vez *analizada*, no estuviera relacionada con el objeto del a investigación».

que nos hemos referido anteriormente, que establece una serie de principios que deben en todo caso ser respetados en el curso de una inspección si la Comisión identificase un documento que podría estar protegido por la comunicación abogado-cliente. Así, se señala:

«En los casos en que, en el curso de una inspección basada en el art. 14, apartado 3, del Reglamento núm. 17, la Comisión estime que los elementos presentados por la empresa no son idóneos para probar que un documento está efectivamente protegido por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, especialmente cuando la empresa niega a los agentes de la Comisión la consulta somera de un documento, dichos agentes podrán *introducir una copia del documento o documentos de que se trate en un sobre lacrado* y llevársela consigo con vistas a la ulterior resolución de la discrepancia. Este procedimiento permite, en efecto, descartar el riesgo de violación de la confidencialidad, dejando al mismo tiempo a la Comisión la posibilidad de conservar cierto control sobre los documentos que son objeto de la inspección y evitando así el riesgo de la desaparición o manipulación ulterior de dichos documentos».

Además:

«La protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes implica asimismo que, una vez que la Comisión ha adoptado su decisión de denegar una solicitud por este concepto, dicha institución sólo pueda adquirir conocimiento del contenido de los documentos en cuestión después de haber dado a la empresa afectada la oportunidad de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia. A este respecto, *la Comisión, antes de adquirir conocimiento del contenido de los documentos de que se trate, deberá esperar a que haya finalizado el plazo para interponer recurso contra su decisión denegatoria*».

Es decir, la CNC debiera en todo caso permitir a los abogados de la empresa identificar y, en su caso, poder oponerse a que la CNC siquiera visualice el documento protegido por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. En caso de discrepancias sobre la aplicación de dicho principio, la CNC debería en todo caso introducir el documento en un sobre lacrado y no abrirlo hasta que se haya resuelto tal discrepancia ante los tribunales. Cabría plantearse ante quién debiera interponerse el recurso en caso de discrepancias. A nuestro entender, el recurso debiera plantearse ante un órgano jurisdiccional independiente de la propia autoridad de Competencia, y no ante el Consejo de la CNC (en virtud del art. 47 LDC), para evitar que el Consejo de la CNC tenga que analizar el contenido del documento sobre el que existe discrepancias y, por tanto, tomar conocimiento del mismo vulnerando el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Existe base suficiente para acudir directamente a la vía jurisdiccional. Así, en los casos en los que exista un Mandamiento Judicial, en la medida en que la inspección ha

sido autorizada por un juzgado de lo contencioso-administrativo, cabría plantear recurso ante el mismo. En los casos en los que no exista un Mandamiento Judicial, cabría en todo caso acudir a la Audiencia Nacional interponiendo un recurso por vulneración de derechos fundamentales, en la medida en que el acceso al documento controvertido podría dar lugar a una infracción al derecho fundamental a una legítima defensa reconocido constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución.

Finalmente, es cierto que, como hemos señalado anteriormente, dada la ingente cantidad de documentación identificada durante una inspección, en ocasiones es físicamente imposible que la empresa inspeccionada pueda revisar durante la inspección todos los documentos para poder comprobar que ninguno está protegido por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Sin embargo, como ya hemos relatado anteriormente, existen formas de evitar que la CNC acceda a dicha documentación sin que previamente la empresa inspeccionada haya podido revisarla, y que al mismo tiempo garantizan la eficacia de la labor de inspección de la CNC. Dichas fórmulas han sido ya descritas en el apartado anterior de este artículo.

4. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Desde nuestro punto de vista, resulta imperativo que la CNC adopte un código de buenas prácticas, idealmente por escrito y con carácter público a modo de «indicaciones» o «comunicaciones», o puramente como documento interno, o incluso nos conformaríamos con que, en ausencia de documento alguno, sus actuaciones *de facto* respetasen una serie de pautas o protocolo de actuación que, al mismo tiempo que garantizan la eficacia de la inspección, protejan adecuadamente los derechos fundamentales, constitucionalmente protegidos, de las compañías inspeccionadas y sus empleados.

A modo de conclusión, sugerimos a continuación una serie de recomendaciones que, a nuestro juicio, debieran figurar en ese código de buenas prácticas de la CNC o que debieran formar parte de las pautas a respetar *de facto* en las inspecciones. Todas ellas están avaladas por la práctica de otras jurisdicciones y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Su puesta en práctica en España no nos parece que plantee ningún inconveniente, ni de orden material, ni tampoco jurídico. Muy al contrario, contribuirían enormemente a racionalizar el trabajo de los inspectores de la CNC y de los asesores legales de las compañías objeto de investigación, lo que finalmente redundaría en una mejor gestión de los expedientes sancionadores y en una mayor eficacia de la aplicación de la normativa de la competencia en España

y, desde luego, en una menor litigiosidad y coste para las empresas (que están sujetas a importantes multas por obstrucción de la labor inspectora) y, a la postre, del propio sistema y su eficacia pues dichos litigios producen la paralización del procedimiento administrativo. Ello, además, situaría a la CNC entre las autoridades de la competencia más sofisticadas, al resolver la problemática del respeto de los derechos fundamentales de las empresas inspeccionadas siguiendo las recomendaciones contenidas en el International Competition Network, sin menoscabar por ello la eficacia de las inspecciones:

1. En el caso de búsquedas realizadas en archivos informáticos, la CNC debe contar con expertos y herramientas informáticas adecuadas para poder realizar búsquedas ajustadas al objeto de la investigación, introduciendo combinaciones de palabras clave o motores de búsqueda que permitan filtrar la información y limitarla al objeto de la investigación. No debería negarse el acceso de dichos motores de búsqueda a los abogados de la compañía, a fin de que éstos puedan comprobar que los mismos están relacionados con el objeto de la investigación. En ningún caso los inspectores de la CNC debieran copiar indiscriminadamente los discos duros de los ordenadores de los empleados de la compañía inspeccionada³⁵.
2. La compañía debe tener derecho a revisar *in situ* la documentación identificada antes de que sea copiada por los inspectores de la CNC, a efectos de comprobar que no se llevan documentos que están fuera del objeto de la investigación, o que están protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente o tienen carácter privado.
3. En caso de que, dado el volumen de documentos identificados, dicha verificación no sea posible durante la inspección, debe articularse un mecanismo que permita a la compañía revisar la documentación copiada en la sede de la CNC, una vez realizada la inspección pero en todo caso **antes** de que la CNC pueda acceder a la misma³⁶, para identificar aquellos documentos que están fuera del objeto de la investigación, o protegidos por el secreto

³⁵ En el caso de búsquedas de documentos en soporte papel, éstas tampoco pueden ser genéricas, sino que deben limitarse al objeto de la investigación. Los funcionarios de la Dirección de Investigación no pueden estar legitimados para seleccionar de forma aleatoria archivos de los armarios de los empleados de la compañía, sin requerir previamente una explicación sobre el tipo de información que están buscando. Ello produce un gran desamparo y verdadera sensación de impunidad no acorde con los principios básicos de un Estado democrático de Derecho.

³⁶ Para garantizar que la CNC no tenga acceso a los documentos identificados y copiados, deberían introducirse los CDs que contienen dichos documentos en un sobre lacrado, o podría precintarse el soporte informático o las cajas en los que se almacenen, o incluso podría bastar con un compromiso por parte de la CNC de no acceder a dicha información.

de las comunicaciones entre abogado y cliente o tienen carácter privado.

4. Tras identificar conjuntamente la información que queda fuera del objeto de la investigación, o que está protegida por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, o pertenece a la esfera privada de los empleados de la compañía, la CNC debe articular un procedimiento para garantizar el borrado definitivo de dicha documentación, recurriendo para ello a expertos en informática con herramientas adecuadas.
5. Si durante la inspección los funcionarios quieren hacer una copia de un documento que la empresa considera protegido, le corresponde a la empresa presentar los «elementos útiles» para valorar, sin toma de conocimiento por parte de los funcionarios, si en efecto está protegido. Si tras la explicación de estos elementos útiles los funcionarios insisten en la entrega, la empresa tiene el derecho a negar a los funcionarios la posibilidad de consultar—incluso someramente— el documento que considera protegido. Esta negativa es un derecho reconocido de la empresa y no puede, por tanto, constituir obstrucción de la labor inspectora. En caso de que existan discrepancias entre la empresa inspeccionada y la CNC sobre si un documento concreto está efectivamente protegido por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, deberán introducir una copia del documento o documentos de que se trate, sin que la CNC pueda analizarlo, en un sobre lacrado con vistas a la ulterior resolución de la discrepancia, que idealmente debiera resolverse directamente en los tribunales, sin pasar previamente por el recurso previsto en el art. 47 LDC ante el Consejo de la CNC. La CNC, antes de adquirir conocimiento del contenido de los documentos de que se trate, deberá esperar a que se resuelvan las discrepancias ante los tribunales.