

## LAS INSPECCIONES DE LAS AUTORIDADES DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS DERECHOS DE LOS INSPECCIONADOS

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ

Abogado – magistrado excedente

Todas las administraciones públicas encargadas de promover y defender la libre competencia, tanto a nivel comunitario europeo como nacional e incluso en el de una comunidad autónoma, tienen encomendada la aplicación de sanciones a los infractores de la legislación sobre competencia en sus respectivos ámbitos. El derecho administrativo sancionador que deben aplicar tiene una doble función: la puramente represiva de las prácticas anticompetitivas y la preventiva y disuasoria ante las graves consecuencias que puede acarrear el transgredir las normas de la libre competencia, si es que no se está convencido de los beneficios que la competencia proporciona a todos los que participan, de una forma y otra, en los mercados.

Los que optan por los atajos fáciles de la infracción o se ven, más o menos, abocados a ello por carecer de las condiciones adecuadas para competir, han ido perfeccionando las formas de infringir, haciendo cada vez más difícil el detectar las infracciones y su autoría, por lo que las autoridades de competencia deben estar vigilantes y gozar de facultades de inspección que, acordes con los tiempos, el ordenamiento jurídico les va ampliando.

Entre las facultades, que para el desarrollo de sus funciones tienen las autoridades de competencia, se hace más relevante cada día precisamente la de realización de inspecciones para conocer posibles prácticas anticompetitivas y su alcance. La finalidad fundamental de la función inspectora es la de garantizar el cumplimiento de la legalidad, y con ello, tutelar los intereses generales, bienes jurídicos objeto de protección administrativa.<sup>1</sup>

Estas inspecciones, como cualquier otra, incide sin duda sobre la privacidad de los sujetos inspeccionados, en el amplio sentido de dicho término derivado del

1. Guillén Caramés, J. 2010. *Régimen jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, p. 39.

anglosajón *privacy* y del que el derecho se ocupa a partir del siglo XIX. Además, en muchos casos las verificaciones van a conllevar incluso la restricción o afectación de diversos derechos fundamentales, tanto de personas físicas como incluso de las personas jurídicas objeto de inspección. Por todo ello, se requiere una completa regulación de esta función y de su alcance, debiendo precisarse, desde ahora, que, en el supuesto de que se vean afectados derechos fundamentales, la normativa que lo regule tiene que alcanzar, necesariamente, el rango de ley formal por aplicación del principio de reserva de ley que rige en la restricción de los derechos fundamentales, tal y como tiene señalado nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en STC 70/2002 de 3 de abril: «por mandato expreso de la Constitución toda injerencia ejercida directamente sobre su desarrollo estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades particulares (art.18.1 CE) o limite o condicione su ejercicio (art.53.1 CE) precisa una habilitación legal». Y dado el contexto en que se desarrollan las verificaciones, se deberá respetar, en los propios límites que las respectivas legislaciones las regulan, los términos y exigencias que los mismos en cada supuesto establezcan, no resultando posible ni prescindir de los requisitos que la ley pueda establecer ni realizar interpretación expansiva alguna en supuestos en que se incida en derechos fundamentales.

Centraremos nuestra atención en el análisis de las principales facultades de investigación de que gozan las autoridades de defensa de la competencia, que a nivel comunitario europeo se concentran en la Comisión Europea, y a nivel de nuestro país en la recientemente creada Comisión Nacional de la Competencia, haciendo especial hincapié en cómo deben desarrollarse aquéllas, con respeto de los derechos fundamentales de los investigados, su extensión y sus límites.

Tanto la Comisión Europea como las distintas autoridades nacionales de defensa de la competencia han tenido entre sus prioridades el vigilar los mercados para que las empresas no llevasen a cabo prácticas anticompetitivas, principalmente acuerdos colusorios o abusos de posición de dominio. Para ello las respectivas legislaciones las han dotado de importantes facultades de investigación y control, entre las que destacan la potestad de inspeccionar las sedes y demás locales de las empresas sospechosas de infracción, consecuencia tanto de las propias investigaciones llevadas a cabo de oficio como de denuncias de terceros. Toda vez que los autores de prácticas anticompetitivas han ido empleado métodos más sofisticados para infringir la libre competencia, ha resultado necesario ampliar las facultades de inspección llegando a extenderlas últimamente incluso a los propios domicilios privados de los directivos y altos ejecutivos de las empresas, como tendremos ocasión de analizar seguidamente.

## 1. INSPECCIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA ACERCA DE POSIBLES INFRACCIONES DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

A la Comisión encomienda el derecho comunitario la persecución de las conductas anticompetitivas dotándola de facultades de investigación, instrucción de los expedientes sancionadores y decisión sobre los mismos, ejerciendo el posterior control jurisdiccional el Tribunal de Justicia. Se ha criticado el que una misma institución concentre las facultades de instrucción de los expedientes sancionadores y la decisión sobre los mismos, toda vez que el Derecho administrativo sancionador atrae las garantías exigidas en Derecho penal donde el órgano instructor debe estar separado del decisorio para garantizar la independencia necesaria de sus funciones. Debe señalarse que las dos funciones se realizan en departamentos distintos, y pese a las críticas, continúan en la actualidad concentrándose de igual forma ambas funciones en la Comisión.

### 1.1. FACULTADES QUE HABILITABA EL REGLAMENTO 17

Centrándonos en las facultades de investigación de la Comisión, debemos señalar ante todo que le vinieron conferidas por el Reglamento 17 del Consejo del 16 de febrero de 1962, posteriormente modificado.

Estas facultades las concreta el citado Reglamento en cuatro principales:

- Investigaciones en sectores económicos en los que aprecie irregularidades (art. 12 del Reglamento) solicitando información sobre las estructuras económicas de las empresas.
- Encomendar a las autoridades nacionales la práctica de verificaciones (art. 13 del Reglamento) que, si bien facilitaría la eficacia administrativa, ha sido en el pasado poco empleada por la Comisión, tal vez por desconfianza con las autoridades nacionales de competencia.
- Solicitud de información a las empresas (art. 11 del Reglamento).
- Verificación. Permite el control de libros y demás documentos profesionales de las empresas obteniendo incluso copia de los mismos, solicitar explicaciones verbales en las dependencias empresariales y acceder a los locales, terrenos o medios de transporte (art. 14 del Reglamento).

Indudablemente estas dos últimas, solicitud de información y verificaciones, son las de mayor relieve y donde pueden verse amenazados los derechos de los inspeccionados. A las posibles extralimitaciones ha puesto coto en muchos aspectos el Tribunal de Justicia en una ya consolidada jurisprudencia.

La Comisión podrá recabar toda la información que considere necesaria para aplicar el derecho de la competencia tanto a las autoridades de los Estados miembros como a las empresas o asociaciones de empresas (art. 11.1 del Reglamento 17)

sin necesidad de que estas dos últimas sean sospechosas de infracción. Puede para ello actuar a través de simple requerimiento o mediante decisión, en el último caso con fuerza vinculante y obligatoria su cumplimentación, pudiendo, en base a su potestad sancionadora, imponer multas en los supuestos de no recibir la información requerida o ser ésta inexacta (art. 15.1.b del Reglamento 17).

Es en el terreno de las verificaciones donde las potestades inspectoras de la Comisión alcanzan mayor relieve y donde pueden verse principalmente afectados derechos fundamentales de los inspeccionados.

Para realizar verificaciones en las sedes de las empresas, los agentes de la Comisión podrán acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas para conseguir información controlando libros y papeles profesionales, hacer copias o extractos de éstos y solicitar explicaciones verbales. Su actuación puede llevarse a cabo mediante simple autorización o, lo que es más habitual, mediante decisión expresa, siendo además ésta la que permite obligar a soportar la inspección (art. 14.3 del Reglamento 17).<sup>2</sup> La adopción de estas decisiones puede llevarse a cabo por la Comisión sin audiencia previa de la empresa objeto de inspección (STJCE de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*). La negativa de la empresa puede generar la imposición de multas (art. 15.1.c del Reglamento 17) y también multas coercitivas por cada día de retraso (art. 16.1.d del Reglamento 17).

Los Estados miembros deben facilitar a la Comisión la asistencia necesaria para ejecutar la verificación en sus respectivos territorios (art. 14.6 del Reglamento 17), aplicándose el derecho interno en supuestos de oposición del inspeccionado.

Un tema controvertido, desde hace tiempo, ha sido el alcance que debe tener la decisión de la Comisión respecto con el objeto y la finalidad de la verificación. El TJCE ha estimado que la Comisión no está obligada a comunicar todas las informaciones de que dispone sobre las supuestas inspecciones ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de las mismas (STJCE de 17 de octubre de 1989 *Dow Chemical*). Pero en la decisión deben constar las razones que motivan la verificación cumpliendo así lo establecido en el art. 190 del Tratado y para que la empresa afectada esté en condiciones de comprender el alcance su deber de colaboración y preservar su derecho a la defensa (STJCE de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst*).

Esto no significa que se tengan que enumerar todos los documentos que se pretende examinar, ya que la importancia de algunos sólo se podrá determinar en el curso de la investigación y además pueden aparecer otros documentos desconocidos relacionados con aquellos (STJCE de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst*).

También pueden los agentes de la Comisión solicitar explicaciones verbales, concretas y específicas en las dependencias donde se lleva a cabo la verificación, a la vista de los libros o documentos profesionales examinados.

Como ya se adelantaba, en el ejercicio de las potestades inspectoras de la Comisión, dado su ámbito y amplitud, se pueden ver comprometidos derechos funda-

2. Fernández Lerga, C., *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*, Aranzadi, p. 321 y ss.

mentales de los inspeccionados. El control de la legalidad sobre los actos de las instituciones comunitarias que corresponde al TJCE ha dado lugar al pronunciamiento del mismo sobre el alcance de aquellas potestades con respecto a los derechos de los afectados.

## 1.2. CONTROL POR EL TJCE DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE VERIFICACIÓN DE LA COMISIÓN

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE se extraen los supuestos en que la legalidad de las inspecciones de la Comisión ha resultado cuestionada. Examinemos a continuación los casos más controvertidos que ha debido de precisar el TJCE.<sup>3</sup>

Ante todo hay que resaltar la exigencia de precisión que el TJCE exige en el contenido de la decisión de investigación. Así la STJCE de 22 de octubre de 2007 *Raquette Freres S.A.* exige:

- Una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas.
- Explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción.
- Explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción.
- Una indicación lo más precisa posible de que es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios.

### *a) Confidencialidad de la correspondencia con los abogados*

Dada la potestad de acceso de los agentes de la Comisión a todos los libros, papeles y documentos de la empresa, puede acontecer que entre estos documentos se encuentre la correspondencia intercambiada entre el empresario y su abogado.

Toda vez que el Reglamento 17 no contiene ninguna limitación expresa a este respecto, hubo de pronunciarse el TJCE. El Tribunal fija dos condiciones para que opere la confidencialidad.

En primer lugar, que la correspondencia intercambiada sea en el marco y con los fines del derecho a la defensa del cliente. En segundo lugar, que se trate de un

3. Cases Pallarés, L, *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, p. 152 y ss.

abogado independiente, esto es, no ligado a la empresa por un vínculo salarial. La confidencialidad responde a la exigencia de que todo justiciable debe poder dirigirse con total libertad a su abogado, cuya profesión misma comporta ofrecer de forma independiente consejos jurídicos a aquellos que los necesitan (STJCE de 18 de mayo de 1982, *AM&S*). Si bien en algunos supuestos el abogado interno de la empresa es el que confecciona los documentos siguiendo las instrucciones de los directivos y lleva a cabo su negociación con terceros, pudiendo materializar las cláusulas de aquellos pactos anticompetitivos y por ello se deja su correspondencia fuera de la protección de confidencialidad, no siempre es así.

A los abogados internos de las empresas en otros muchos casos se les solicitan consejos y se les confía la defensa de los intereses de la empresa ante las autoridades de competencia, no siendo en todos los casos el que se confíe a abogados externos. En estos últimos supuestos a las comunicaciones e informes del abogado interno también debiera amparar la confidencialidad. Este tema que últimamente estaba resultando muy polémico y había creado una corriente de opinión favorable a que se amparase la confidencialidad de la correspondencia de los abogados internos ha sido resuelto recientemente por el TJCE en el sentido de considerar que el abogado interno aún en el supuesto de que esté colegiado no goza de la suficiente independencia y, por lo tanto, no está amparado por la confidencialidad en sus comunicaciones con el cliente para el que trabaja (STJC de 24 de septiembre de 2010, asunto C-550/07PAKZO Novel – Comisión).

#### *b) Derecho a la no autoinculpación*

La ausencia de previsión acerca del derecho a no autoinculparse determinó que el Tribunal se pronunciara al respecto. Así señala, con carácter general, que los ordenamientos de los Estados miembros únicamente reconocen el derecho a no declarar contra sí mismo en el marco del proceso penal (STJCE de 18 de octubre de 1989 *Orkem*). No obstante, el Tribunal vincula el derecho a la no inculpación con el derecho de defensa, que es principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario (STJCE de 9 de noviembre de 1983 *Michélin*). Aunque la Comisión tenga potestad de obligar a la empresa a que facilite toda información necesaria y a que presente los documentos que obren en su poder, incluso si sirviese para probar contra ella, la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (STJCE de 18 de octubre de 1989 *Orkem*).

#### *c) Inviolabilidad del domicilio*

Las verificaciones que el Reglamento 17 permite en los domicilios de las empresas van sin duda a enfrentar pronto este poder de la Comisión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas inspeccionadas.

Resultan a este respecto sumamente ilustrativas las STJCE de 17 de octubre de

1989 *Dow Benelux*, la de la misma fecha *Dow Chemical Iberica* y la de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst*.

El Tribunal señala la necesidad de que la Comisión se someta al procedimiento que el Estado miembro establezca para vencer la oposición a una verificación al tiempo que establece la necesidad de que aquellos aseguren la eficacia de la acción de la Comisión.

El TJCE precisa los contornos de este control por los órganos de los Estados miembros, sean estos judiciales o no, al señalar que después de comprobar la autenticidad de la decisión de verificación puede verificar si las medidas coercitivas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de verificación, así como velar por el respeto del derecho nacional en la aplicación de dichas medidas. Pero los órganos nacionales no pueden entrar en la apreciación acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas por la Comisión, ya que estas valoraciones tanto de hecho como de derecho sólo están sometidas al control de la legalidad del TJCE.

En algunos casos resultará difícil apreciar estas distintas competencias que algunos consideran simples sutilezas.

#### *d) Limitación en la aplicación de las informaciones obtenidas por la Comisión*

Establece el art. 20.1 del Reglamento 17 que las informaciones recogidas no podrán ser utilizadas nada más que para el fin para el que fueron pedidas.

Se ha cuestionado si las informaciones obtenidas por la Comisión, en virtud de un mandato de verificación, podían ser utilizadas, bien por ésta, para finalidades no contempladas en el mandato, bien por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros en procedimientos de aplicación del derecho comunitario o incluso del derecho nacional de competencia.

Es muy ilustrativa al respecto la STJCE de 16 de julio de 1992, *Asociación Española de Banca Privada* que resuelve la petición de información del TDC español.

El TJCE pone de relieve que el Reglamento 17 regula el procedimiento que tramita la Comisión y no el que pueden seguir las autoridades españolas. Al ser distinto el procedimiento que tramita la Comisión del que tramitan las autoridades nacionales, se rige la recogida de pruebas de estas autoridades por su derecho nacional.

### 1.3. LAS MAYORES POTESTADES INVESTIGADORAS QUE CONFIERE EL REGLAMENTO 1/2003 CE

El Reglamento 1/2003 del Consejo sustituye al Reglamento 17 al que deroga. No por ello queda invalidado todo lo que hasta ahora hemos referido de las potestades de verificación de la Comisión, toda vez que el nuevo Reglamento, al menos en esta materia, lo que hace es ampliar las potestades que el anterior daba a la Comi-

sión sin merma en ningún aspecto de ninguna de ellas. Es por ello que nos hayamos extendido más de lo esperado en el análisis de una legislación derogada, ya que hemos tenido así la posibilidad de examinar las pautas y determinar los límites que la jurisprudencia del TJCE ha hecho y que continuará vigente.

Es el capítulo V del Reglamento 1/2003 CE el que se ocupa de los poderes de investigación de la Comisión, destacando, a los efectos que aquí nos ocupan, las regulaciones que se establecen en el art. 20 en el que se concretan los poderes de la Comisión en materia de inspección, y en el art. 21 que se ocupa de la inspección en otros locales, entre los que se señalan los domicilios de los administradores y otros empleados de las empresas o asociaciones de empresas.

El Reglamento incide en una cuestión que tiene importante repercusión en la jurisdicción. Hasta ahora las facultades de la Comisión en la persecución de las prácticas contrarias a los art. 81 y 82 del Tratado se limitaban a la inspección de las sedes de las empresas, aunque tuviera amplias facultades para ello. En el supuesto de que alguien se opusiese a la entrada de los inspectores de la Comisión en las dependencias empresariales, al aplicarse en estos supuestos las respectivas legislaciones internas, al menos en nuestro país, debía obtenerse el correspondiente mandamiento judicial.<sup>4</sup>

El Reglamento 1/2003 CE viene a aumentar las facultades inspectoras de la Comisión, posibilitando que se lleven a cabo inspecciones en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas (art. 21). Para ello debe tenerse una sospecha razonable de que en aquellos que se pretende inspeccionar se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección, y que puedan servir para demostrar una infracción grave de los art. 81 u 82 del Tratado.

En este nuevo supuesto de las inspecciones en domicilio privados, el propio Reglamento prevé que la decisión de inspección de la Comisión sólo se ejecute previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado (art. 21.3).

A los anteriores efectos, el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas que contempla no son arbitrarias ni desproporcionadas, teniendo en cuenta, en especial, la gravedad de la presunta infracción, importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa en cuestión y de la probabilidad razonable de que la documentación objeto de la inspección se encuentra en los locales para los que se solicita el mandamiento.

A tal efecto el juez podrá pedir a la Comisión explicaciones detalladas sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas.

4. Fernández López, J.M. «Nuevas atribuciones de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho comunitario de Competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 33, p. 21-32.

No obstante, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se sigue reservando al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión. Las facultades de los jueces nacionales que quedan señaladas es preciso que se ejerzan a fin de establecer los justos límites de la inspección, no debiendo ser óbice para ello que el control de la legalidad de la decisión de la Comisión siga reservada al T.J.

Debe objetarse la ampliación de poderes de la Comisión respecto a la solicitud de explicaciones a representantes de las empresas, lo que podría contravenir el principio de no tener que declarar en contra de sí mismo que informa nuestro derecho interno. No podrá traspasarse, con las peticiones de información o explicaciones que fundamentalmente deben referirse a documentos, la línea que marca el respeto al derecho fundamental de no autoinculparse.

## 2. FACULTADES DE VERIFICACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DE LA COMPETENCIA

### 2.1. SUCINTA REFERENCIA A LA SITUACIÓN PRECEDENTE

Un breve análisis de las facultades de inspección que las leyes anteriores a la vigente Ley 15/2007 conferían a las autoridades de defensa de la competencia y de los resultados de su ejercicio parece obligado por cuanto, si bien en la actual LDC se amplían y refuerzan éstas, no se parte de una legislación *ex novo*, aunque adquieren en la actualidad especial singularidad por los métodos más sofisticados que emplean los inspectores y por la dificultad añadida que comportan las nuevas tecnologías que permiten incluso llevar a cabo concertaciones entre sujetos situados a gran distancia unos de otros, como ya destacábamos.

La Ley 110/63, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, encomendaba al SDC la instrucción de expedientes por posibles prácticas prohibidas (art. 22.1 de la Ley 110/63), realizando al efecto las indagaciones necesarias (art. 22.3 de la Ley 110/63), requerimientos a todo tipo de personas naturales o jurídicas, así como de oficinas públicas cualquier información o documento de interés, pudiendo encargar a cualquier funcionario público las indagaciones necesarias, a cuyo efecto se le confieren las mismas facultades que a los inspectores de Tributos (art. 23 de l Ley 110/63).

Por Decreto de 5 de febrero de 1970, se aprobó el Reglamento del SDC, donde se detallaban con toda amplitud las potestades investigadoras pudiendo las verificaciones llevarse a cabo en el domicilio del interesado o donde se realice total o parcialmente la actividad investigada.

No existiendo en aquellos tiempos garantía de derechos fundamentales en nuestro país, ni que decir tiene que no se va a producir reclamación por violación de los mismos.

La entrada en vigor de la Ley 16/1989, de 20 de diciembre, de Defensa de la Competencia, que sustituye a la anterior cuando han pasado más de diez años de vigencia de la Constitución Española, determinará que las funciones investigadoras de las autoridades de defensa de la competencia deban someterse a la Comisión Europea y, por lo tanto, al respeto de los derechos fundamentales que la misma establece.

La LDC encomienda al SDC, entre otras funciones, la de instruir expedientes por las conductas incluidas en la Ley (art. 31.a) de la LDC).

Para ello deberá llevar a cabo una investigación previa respecto a los sujetos que presuntamente hayan realizado una práctica anticompetitiva, tarea que no resulta por lo general nada fácil, por lo que la LDC otorga al SDC dos importantes facultades, principalmente: poder solicitar informaciones y llevar a cabo investigaciones e inspecciones.

#### *a) Facultad de solicitar información y deber de colaboración.*

Se comienza por establecer el deber de colaboración de toda persona natural o jurídica con el SDC, que viene obligada a proporcionarle los datos e informaciones necesarios para el cumplimiento de la Ley (art. 32.1 LDC).

El incumplimiento de lo anterior puede sancionarse por el director del SDC con multa de 50.000 a 100.000 PTA (art. 32.2). Este precepto fue posteriormente modificado en un doble aspecto. Por un lado, para establecer el plazo de diez días en el que debe proporcionarse la información o documentación, salvo que éste se amplíe por el SDC por justificarlo la dificultad en obtener la información. Por otro, para señalar la multa, por el incumplimiento, estableciéndola por días de retraso en el cumplimiento en un abanico que va desde 60,10 € por día hasta 3.005,06 € por día.<sup>5</sup>

#### *b) Facultades de investigación e inspección que se concretan en:*

- Realizar las investigaciones necesarias para la aplicación de la Ley (art. 33.1). Este precepto tiene el carácter de cláusula general de las funciones de investigación, concretándose las principales y más habituales que se examinan a continuación.
- Obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso contables y si procediese retenerlos por plazo de 10 días (art. 33.2). La potestad de retener documentos no está prevista en el derecho comunitario.<sup>6</sup> Se añade posteriormente a las anteriores funciones la de que en el curso de las inspecciones, los funcionarios podrán solicitar explicaciones verbales *in*

5. Redacción dada por el art. 19 de l Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

6. Cases Pallarés, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, p. 322.

*situ.*<sup>7</sup> La obstrucción a la labor inspectora se sanciona con multa de hasta 150.000 PTA diarias (art. 33.4). Después se modifica para aumentar considerablemente la multa por obstrucción a la labor inspectora para señalarla de hasta el 1 por ciento del volumen de ventas del ejercicio anterior.<sup>8</sup>

#### — Investigación domiciliaria

Se permite el acceso a los locales de la empresa o de las asociaciones de empresas con consentimiento o con mandato judicial (art. 34.1).

El consentimiento en el acceso a los locales comporta, no obstante, el cumplimiento de determinados requisitos y formalidades. Así, si existiese consentimiento, los inspectores deberán exhibir su acreditación en que consten los sujetos investigados, datos, documentos y operaciones objeto de inspección, fecha en que la actuación debe practicarse y alcance de la investigación (art. 34.2).

El mandamiento deberá ir expedido por el director del SDC y en el oficio constarán los datos anteriores (art. 34.3).

De las entradas en locales y de toda la inspección se levantará un acta en la que se acompañarán los documentos retenidos temporalmente y se firmará por el funcionario autorizado y un ocupante (art. 34.4).

La información sólo podrá ser utilizada para la finalidad prevista en el LDC (art. 34.6).

También en el supuesto de precisar recurrir al auxilio judicial para la entrada en los domicilios, va a ser parcialmente modificado el art. 34 de la LDC, aunque estas modificaciones son más bien formales, para precisar, principalmente, que se solicitará autorización de entrada en el domicilio, ya que no se dice mandamiento, como impropiaemente se señala en la redacción original, concretándose que tal autorización de acceso a los locales se pedirá al juzgado de lo contencioso-administrativo, el cual resolverá en el plazo de cuarenta y ocho horas.<sup>9</sup>

Cabe realizar una reflexión para hacer referencia a los problemas ya detectados con el anterior sistema que limitaba las inspecciones a los locales de las empresas, y que pudieran subsistir en la actualidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, existían pareceres encontrados sobre si el mandamiento debía otorgarlo un juzgado de instrucción o un juzgado de lo contencioso-administrativo. El Tribunal Constitucional vino a resolver la controversia en su STS 199/1998, en la que, recordando lo establecido en su anterior STC 144/1987, señaló que no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos. El art. 8.6 LJCA de 1998 zanja en todo caso el asunto, al señalar que las autorizaciones para la entrada en domicilios para la ejecución de actos de la Administra-

7. Según redacción dada por el apartado 2 del art. 95 tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

8. Redacción dada por el apartado 3 del art. 95 tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

9. Redacción dada por el art. 21 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

ción pública corresponderá otorgarlos a los juzgados de lo contencioso-administrativo.<sup>10</sup>

Por otro lado, el art. 34.3 LDC, al ser modificado, vino a señalar que la autorización para la entrada en domicilios la solicitará el director del Servicio de la Competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, quien resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, previsiones que ha mantenido el art. 40.4 de la vigente LDC de 2007.

Como ha puesto de relieve algún autor, si bien se ha resuelto el problema que planteaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así la primera que plantea la nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1 regla 1 en LJCA. Otra duda surge de la incompatibilidad del plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver con posibilitar la audiencia del interesado, lo que a su vez no es conciliable con la eficacia de la actuación administrativa.<sup>11</sup>

Durante la vigencia de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no se produjeron especiales problemas en el desarrollo de las funciones inspectoras del SDC.

Tal vez esta situación bonancible se debía a que hasta mediados de los años noventa fueron escasos los supuestos en que se procedió a la inspección domiciliar por sorpresa, limitándose en muchos casos el SDC a solicitar la documentación, y cuando las inspecciones se producían, en contados supuestos fueron sin previo aviso, con lo que las empresas estaban al tanto de que eran objeto de investigación. Por todo ello, y por el respeto que imponían las fuertes sanciones aplicables, en la inmensa mayoría de los supuestos se facilitaba el acceso voluntariamente de los inspectores a los locales de la empresa. En contados supuestos se acudió a la autorización judicial y además debe recordarse que ante la imprecisión de la ley y el desconocimiento por parte de los jueces de la importancia que tenían estas inspecciones en la persecución de prácticas anticompetitivas, hubo dificultades en la obtención de la autorización.

Al buen clima en la realización de las inspecciones sin duda contribuyó que los inspectores limitaron su función a cuanto establecía la LDC y los inspeccionados facilitasen la labor de aquéllos.

Así, conforme establecía el art. 34.2 LDC el funcionario habilitado debía mostrar el oficio y entregar copia debiendo constar en el mismo su designación por el director del SDC, los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones

10. «conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular.»

11. Pedraz Calvo, M. 2000. «Nuevas cuestiones de Derecho Procesal con relación a la Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia*, ICO – Marcial Pons, p. 157-70.

objeto de inspección, la fecha en que la actuación debía practicarse y el alcance de la investigación. Eran otros tiempos en los que los operadores económicos infractores no estaban acostumbrados a este tipo de inspecciones y sus métodos de concertación, incluso los más sofisticados de creación de cárteles, se llevaban a cabo incluso por escrito y con todo tipo de detalles<sup>12</sup> y además, y también por ello, su práctica era mucho más descarada no teniendo nada que ver con los sofisticados métodos empleados en la actualidad para similares fines concertativos.

## 2.2. LA AMPLIACIÓN DE FACULTADES EN LAS FUNCIONES INSPECTORAS QUE HABILITA LA VIGENTE LDC 15/2007

Seguindo las directrices del Reglamento 1/2003, la nueva LDC centra sus esfuerzos en dotar a la CNC de funciones y estructura adecuados para la persecución de las prácticas más graves que afectan a la libre competencia. Así descarga a la CNC de las autorizaciones singulares a que obligaba el art. 3 de la anterior ley respecto a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refería el art. 1.1, siempre y cuando reuniesen los requisitos y condiciones que se establecían en aquel art. 3. Ahora la autorización singular se sustituye por el sistema de exención legal (art. 1.3 LDC) de igual forma que lo establecido para las mismas prácticas con efectos en el mercado común por el Reglamento 1/2003 CE. También declara la no aplicación de ley, para prohibiciones denominadas conductas de menor importancia (art. 5 LDC) que desarrollará y concretará el Reglamento de Defensa de la Competencia.<sup>13</sup>

Por otro lado, la nueva LDC, siguiendo a la normativa europea, introduce por primera vez en nuestro derecho interno un sistema de clemencias mediante el que se podrá eximir del pago de multa al infractor que aporte elementos de prueba que permitan ordenar el desarrollo de una inspección o aporte elementos de prueba que faciliten comprobar la existencia de un cártel secreto (art. 65) o en su caso reducción de la multa (art. 66). Estas clemencias basadas en las denuncias de los que participan con el denunciante en el cártel, aunque puedan resultar éticamente de difícil aceptación, se han manifestado como muy efectivas a nivel de la Comisión Europea en la persecución y sanción de las conductas más graves y difícilmente detectables.<sup>14</sup>

Finalmente, se refuerzan y se proporcionan por la Ley a la CNC amplias funciones de inspección (art. 40 LDC), que pasamos brevemente a analizar.

Las principales novedades en las funciones inspectoras pueden concretarse en las siguientes:

12. Ver Resolución TDC 10-06-1997, *Desmotadoras de Algodón*.

13. Aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, BOE nº 80 de 27-02-2008.

14. Fernández López, J.M. 2009. «Facultades de verificación de las autoridades de defensa de la competencia y respeto de los derechos fundamentales», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 55, julio-septiembre.

- Se reconoce la condición de agente de la autoridad al personal de la CNC que participe en una inspección debidamente autorizado por el director de Investigación.
- El personal habilitado podrá acceder no sólo a los locales de la empresa inspeccionada sino también a cualquier terreno y medio de transporte de aquélla.
- De igual forma se habilita para acceder al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.
- Se faculta a los inspectores para precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de las empresas durante el tiempo y en la medida que sean necesarios para la inspección.

Al principio la nueva ley producía cierto sobresalto, ya que no se limitaban las funciones inspectoras a concretos objetos de la inspección como hiciera la anterior LDC. Hubo que esperar a la publicación del Reglamento para comprobar que expresamente la autorización por escrito del director de Investigación debe indicar «...el objeto y 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 que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma» (art. 13.3 del Reglamento). La perturbación por las inspecciones de las empresas y sus directivos donde se puedan ver comprometidos incluso algunos derechos fundamentales tales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el derecho de defensa y a no autoinculparse, el derecho a la intimidad personal, así como el derecho a la protección de datos personales, obligaban a una concreción del objeto, sujetos y finalidad de la inspección que al fin establece el Reglamento. No obstante lo anterior y el hecho de que deba limitarse la inspección a lo estrictamente necesario, una investigación de tal alcance como la que posibilita la nueva ley pudiera suponer en algunos casos vulneración de algún derecho fundamental si no se actúa con cautela y dentro de los límites legales estrictos. Se observa, además, que la inspección que en tiempos anteriores fue tal vez excesivamente pasiva, se realiza por el contrario en los últimos tiempos con técnicas y formas demasiado agresivas.

Debe recordarse que toda vez que la orden de inspección tiene que establecer el objeto de ésta, los sujetos inspeccionados y la finalidad de la inspección, lo que viene en definitiva a configurarla y establecer sus límites, cualquier actuación más allá de estos parámetros podrá suponer un abuso de poder, que puede llevar a la violación de derechos constitucionalmente protegidos, algunos de los principales antes enumerados.

Comentaremos a continuación algunos supuestos más habituales en la práctica donde es necesario tener en consideración los límites legales de la actuación inspectora.

a) *Documentos relacionados con el objeto de la inspección*

El art. 40.2.b LDC habilita a la inspección para «verificar los libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material».

Pero, como veíamos antes, el Reglamento establece que para proceder a la inspección deben ir provistos de una autorización del director de Investigación en la que, entre otros, se indique el objeto y finalidad de la inspección, los datos y documentos que hayan de ser objeto de la misma y el alcance la inspección (art. 13.3 del Reglamento).

Resulta necesario que en la orden de inspección quede señalado de forma clara que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados y que los documentos no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales y que la finalidad de la citada orden y registro en el domicilio deben venir referidas a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de infracción de la LDC.<sup>15</sup>

Como tiene señalado el TJCE, en la orden de investigación es obligado que conste cuál debe ser el objeto de la investigación a fin de que la empresa investigada comprenda el alcance de su deber de colaboración y pueda ejercer su derecho de defensa (asuntos acumulados C-46/87, 227/88 *Hoechst/Comisión*).

Con gran precisión el TJCE y la antes citada Sentencia de 22 de octubre de 2007 *Raquette Freres S.A.* señalan los elementos que debe contener la orden de investigación, coincidentes en lo fundamental con los señalados por el art. 13.3 del Reglamento español y que la sentencia matiza y explicita.

Parece claro que en ningún caso estarán permitidas inspecciones genéricas sin fundamentos concretos y fines específicos que impliquen inspeccionar por si se encuentra algo o con el solo fundamento de simple sospecha de posible infracción. Ello, por otro lado, no implica que los inspectores sólo puedan acceder a los documentos que expresamente consten en la orden de investigación, pues es evidente que no resulta posible imaginar de antemano todos, pero no pueden extender la inspección a documentos no relacionados con el objeto y fin de la investigación.

Lo mismo cabe decir para el supuesto en que se haya recurrido a una autorización judicial para la entrada en el domicilio de una empresa con el fin de practicar una inspección. Para autorizar el juez debe contar con la orden de investigación a fin del control de la legalidad en los términos en que habilita la LDC y en su caso dictará el correspondiente auto en el que, entre otros extremos, deberá constar el objeto y finalidad de la inspección y sus límites.

Sin embargo se observa que la CNC viene aplicando criterios muy distintos, defendiendo la postura de que durante la inspección pueden copiarse todos los documentos que tenga por conveniente y llevárselos sin discusión alguna con la inspeccionada sobre su procedente. En opinión de la CNC, si existe discrepancia, podrá ello dirimirse ante los tribunales, pero no durante la inspección, ya que de

15. Guillén Caramés, J. *op. cit.*, p. 259.

otra forma se entorpecería su eficacia y normal desarrollo. Esta postura ha sido mantenida por la CNC en sus Resoluciones de 3 de octubre de 2008, expedientes CP España, *STANPA* y *L'Oreal*.

Para comprender la dimensión del problema debe señalarse que nos estamos refiriendo a inspecciones en que el mayor volumen de documentación se almacena en ordenadores y en que la actitud de los inspectores es volcar el contenido completo de las bases de datos para llevárselas y posteriormente analizarlas, realizado lo cual se apartan del expediente y se devuelven algunas de aquellas que no tengan relación con la inspección. Ello, a juicio de la CNC, no supone actuación irregular alguna (Resolución de 3 de octubre de 2008, *CP España*). Creemos que este tipo de actuaciones exceden de los límites que al efecto establece la ley y que pueden comprometer el respeto, que en todo momento se debe tener con los derechos fundamentales de los inspeccionados.

#### *b) Derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente*

La unanimidad de la doctrina, también la jurisprudencia, reconocen que las facultades de investigación de la Administración están limitadas por el derecho fundamental a la legítima defensa que tienen todos los administrados.

Para hacer realidad este derecho constitucional se exige, por un lado, el deber de secreto profesional, que tiene el abogado de los documentos relacionados con el asesoramiento legal de su cliente, y, por otro, el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y su cliente que ampara a éste de no desvelar documentos directamente relacionados con el asesoramiento legal que le ha proporcionado su abogado.

La obtención indiscriminada y masiva de documentos por parte de los inspectores adquiere especiales dimensiones si entre los mismos se accede a comunicaciones del abogado con su cliente sometido a inspección en los que le asesora legalmente.

El TDC, en su Resolución de 22 de julio de 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, reconoció la aplicación a la materia que nos ocupa del principio del secreto de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, citando además que se ha configurado como un principio del derecho comunitario a partir de la STJCE de 18 de enero de 1982, asunto *AMQS*, y del auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, asunto *Hilti*.

En la más reciente Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto *Akzo*, se reconoce, en este contexto, que la empresa sometida a inspección tendrá derecho a negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar, incluso someramente, documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad. Pero además señala que el hecho de que la Comisión no pueda utilizar los documentos protegidos como elementos de prueba no es suficiente para reparar o eliminar los perjuicios que resulten del hecho de que la Comisión adquiera conocimiento del contenido de dichos documentos. Incluso en esta sentencia se da solución al supuesto en que la Comisión, pese a las alegacio-

nes de la empresa, considere que un documento no está protegido por la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. En tal supuesto, los agentes de la Comisión podrán introducir una copia del documento o documentos en un sobre lacrado y llevárselo a la espera de lo que resulte, debiendo esperar a que haya finalizado el plazo para recurrir. Esta doctrina no parece que resulte compatible con la mantenida por la CNC en su citada Resolución del Consejo, *L'Oreal*, antes citada, donde por el contrario mantiene que se puede tener conocimiento de este tipo de documentos y en último extremo será el Consejo o los Tribunales *a posteriori* quienes determinen si están o no protegidos por el secreto.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta cuestión, señalando que si, en el curso de una inspección, al pedir los datos y antecedentes se penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales entre el cliente y su abogado, podrá el inspeccionado negarse a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. En el supuesto de no existir acuerdo sobre cuál es la zona específica de las relaciones cubiertas por el secreto profesional, los Tribunales de Justicia son los encargados de tal delimitación, como se señala en la STC de 26 de noviembre de 1984. En definitiva, ante la posibilidad de una presunta violación del secreto profesional deben ser los Tribunales los que diriman antes de permitirse el acceso al documento.

### c) Protección del domicilio

La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que hoy nadie discute. Reconocido como tal en nuestra Constitución,<sup>16</sup> como en la restricción de todo derecho fundamental rige el principio de reserva de ley (STC 70/2002 de 30 de abril) que en este caso ampara la LDC.<sup>17</sup> Por ello, una vez más debemos insistir en que la orden de inspección debe contener de forma clara los requisitos que concreta el art. 13.3 RDC: objeto y finalidad de la inspección; sujetos investigados; datos, documentos y otros elementos que hayan de ser objeto de inspección; fecha en la que la inspección vaya a practicarse, y alcance de la misma.

Por otro lado, este derecho fundamental no sólo supone que para acceder al domicilio se tenga que contar con el consentimiento del titular del derecho, o en otro caso, con una autorización o mandamiento judicial —según los supuestos—, sino que también hay que controlar que la autoridad no actúe de forma arbitraria o más allá de lo que establece la autorización judicial. Según tiene señalado el TC, en la entrada y reconocimiento del domicilio 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). Y según también ha dicho el TC, «el principio de

16. Art. 18.2.

17. Art. 40 LDC desarrollado por el apartado 2 del art. 13 del Reglamento.

proporcionalidad inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad, se opone frontalmente a la arbitrariedad de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución» (STC de 23 de febrero de 1995).

Por su parte, también el TEDH viene exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución (STEDH de 30 de marzo de 1989, caso *Chappell*, y de 16 de diciembre de 1992, caso *Niemietz*).

Según ha establecido el TJCE, «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 C133-93, *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*).

En definitiva, el principio de proporcionalidad va a exigir que el objetivo perseguido por una verificación de las autoridades de competencia no sólo sea legítimo sino que se empleen los medios adecuados y menos gravosos en su consecución, evitándose con ello el sacrificio innecesario de derechos fundamentales, tales como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad de los empleados y directivos y el derecho a la protección de sus datos personales, todos ellos reconocidos no sólo en nuestro país sino también a nivel de la Unión Europea.

Especial relieve de protección debe alcanzar el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando se ejerce la función de verificación, que la vigente LDC incorpora por primera vez, en los domicilios privados de los empresarios, directivos u otros empleados. Ello es debido a su carácter excepcional dentro del elenco de funciones de investigación que proporciona la LDC y desarrolla su Reglamento. La LDC, en su art. 40 a), habilita para acceder al domicilio particular de aquellos antes señalados. A diferencia de las facultades que se establecen más arriba respecto a los domicilios de las empresas que se extiende a los terrenos y medios de transporte, aquí se limita al domicilio. Más las inspecciones que pueden llevarse a práctica en los domicilios de los empresarios, administradores y otros miembros del personal, que no se concretan, tendrá el carácter de extraordinario, toda vez que el Reglamento establece que deben existir indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave. La finalidad y objeto de la inspección, junto con la acreditación de indicios fundados de que se encuentre documentación de la empresa relacionada con aquélla, siempre y cuando sirvan para probar una infracción grave o muy grave, son los elementos que legalizan tan excepcional facultad. Sin la concurrencia pues de todos y cada uno de los requisitos señalados no procederá la inspección domiciliaria. De no existir consentimiento del afectado para la entrada en su domicilio, deberá obtenerse autorización judicial.

Se tendrá en cuenta en estos supuestos de inspecciones en domicilios privados que tanto por lo señalado en la ley como en su reglamento éstas tienen objetivos concretos que no podrán sobrepasarse. En especial debe señalarse que se centrarán en los libros y documentos de la empresa y no en los privados, cuidando que el principio de proporcionalidad, que especialmente rige en una inspección en domicilios privados, no conculquen derechos fundamentales como el de la intimidad, el derecho a la protección de los datos personales de los titulares del domicilio en que se realiza la inspección y de secreto de las comunicaciones cuya protección alcanza a los correos electrónicos privados.

#### d) Derecho de defensa

Si bien a través de recursos o revisiones posteriores puede corregirse en algunos supuestos la vulneración del derecho de defensa, su protección constitucional obliga a que, *a priori*, se impida su violación.

El Tribunal de Justicia tiene señalado en STJCE de 18-X-1989 *Orkem*: «Si bien el derecho de defensa debe respetarse en los procedimientos administrativos que puedan dar lugar a una sanción, el mencionado derecho puede quedar dañado irremediablemente en la fase de investigación previa con la obtención de pruebas ilegales».

También el TJCE en asuntos acumulados C46/87, 227/88, *Hoechst AG c. Comisión*; asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, *Dow Chemical Ibérica, S.A., y otros c. Comisión*, tiene declarado que «es 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».

Las características especiales del procedimiento en materia de defensa de la competencia lo distinguen de otros procedimientos sancionadores. Así, aunque no exista en el momento de la inspección procedimiento sancionador incoado y se estuviese en una fase de investigación previa, los medios que habilita la ley al sancionar fuertemente la posible obstrucción a la labor inspectora y la consideración de tal situación a criterio de los inspectores, es evidente que se coloca a la inspeccionada en una situación de indefensión al no poder impedir, bajo amenaza de sanción, que se lleve a cabo la inspección. Así el artículo 62 LDC prevé que no someterse a la inspección ordenada o no facilitar la información requerida será sancionable con multa. En tales circunstancias difícil resulta resistirse a una inspección aunque la misma se extralimite en sus funciones al no concretar el objeto y finalidad de la misma.

Como señala el TPI, sentencia de 8 de julio de 2008, en el asunto T99/04, *AC- Truhana AG c. Comisión*, la Dirección de Investigación, en fase de investigación reservada, debe evitar que el derecho de defensa pueda quedar irremediablemente comprometido en este momento, ya que las medidas de investigación

practicadas no pueden «disociarse desde un punto de vista material de la existencia de una sospecha, y por tanto de una imputación implícita», por lo que es preciso informar a la empresa afectada, al tiempo de la primera medida adoptada respecto a ella, del objeto y finalidad de la inspección, «lo que exige precisar las presunciones de infracción, y que en ese contexto conozca el hecho de que puede estar expuesta a imputaciones ligadas a esa posible infracción, par que pueda tomar las medidas que estime oportunas en oposición a los cargos y preparar así su defensa en la fase contradictoria del procedimiento administrativo».

No se trata pues de actos de mero trámite, ni cabe ampararse en que al no existir una acusación concreta en la fase previa de investigación no se produce indefensión.

#### *e) El derecho de no autoinculparse*

También debemos referirnos a la proporción que debe mediar en supuestos en los que los inspectores, con fundamento en la facultad que les proporciona el art. 40.2.f), soliciten a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o asociaciones de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección. Evidentemente con ello no se puede violentar el derecho fundamental a no autoinculparse, pero aquellas funciones tampoco pueden considerarse como carentes de contenido, como señalábamos anteriormente.

El deber de colaboración que impone la LDC obliga a que tendrán que responder de aquello que conozcan sobre la existencia de un documento o de su paradero y en definitiva colaborar con los inspectores en el desarrollo de la inspección en lo que esté relacionado con su objeto y finalidad sin que puede violentarse en ningún supuesto el derecho a no autoinculparse.

#### *f) Derechos de las personas físicas que pueden verse afectados por las inspecciones*

No sólo en el supuesto de inspecciones realizadas en los domicilios privados de administradores y otros directivos de las empresas podrán verse comprometidos los derechos fundamentales que como personas físicas les reconoce el ordenamiento jurídico. Si bien en aquellos supuestos podría infringirse por la inspección su derecho a la inviolabilidad del domicilio, como ya veíamos antes, y su derecho a la intimidad personal y familiar que reconoce el art. 10.2 CE, supuestos de otros derechos fundamentales como el derecho a la protección de los datos personales y el derecho al secreto de las comunicaciones podrían verse afectados no sólo en casos de inspecciones en domicilios privados, sino también en los más comunes de inspecciones en los domicilios de las empresas. Estos derechos corren serios riesgos de ser infringidos, toda vez que se utilizan volcados indiscriminados de datos que se contienen en los ordenadores personales, tanto fijos como portátiles, e incluso las agendas electrónicas de los directivos y otro personal de las empresas inspeccionadas. En muchos supuestos no se tiene conciencia clara de que, también en las ins-

pecciones que llevan a cabo las autoridades de la defensa de la competencia, se debe ser riguroso en el respeto de los derechos fundamentales de las personas físicas.

Brevemente se examina a continuación el contenido de los derechos fundamentales a la protección de los datos personales y de secreto de las comunicaciones, así como algunas cautelas que deben adoptarse para que no resulten infringidos con ocasión de las actuaciones inspectoras.

### *f.1) El derecho fundamental a la protección de los datos personales<sup>18</sup>*

Desde la definición que de este derecho fundamental hace el TC en su ya célebre STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, ya nadie discute su vigencia y contenido.

Como dice el TC en su referida sentencia, «el derecho fundamental a la protección de los datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado». Y un poco más adelante afirma: «El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre estos datos».

El derecho a la protección de los datos de carácter personal también ha sido reconocido como derecho fundamental autónomo por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8).<sup>19</sup>

Este derecho fundamental viene protegido en nuestro país por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a nivel comunitario europeo, por la Directiva 95/46 CE principalmente.

Se señala en la ley española que dato de carácter personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (art. 3.a LOPD).

También la LOPD establece qué se entiende por tratamiento de datos: «Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resultan de comunicaciones, consulta, interconexiones y transferencias» (art. 3.a LOPD).

A la vista de lo anterior, es evidente que los funcionarios de la CNC en el ámbito de una inspección realizan no sólo tratamientos de datos, en su acepción más genérica, sino también tratamiento de datos personales.

Como señala el TC, «El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las dichas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información» (STC 292/2000).

18. Fernández López, J.M. 2010. «Funciones inspectoras de las autoridades de defensa de la competencia y sus límites», en *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Aranzadi, p. 217 y ss.

19. Aprobada en la cumbre de Niza el 12 de diciembre de 2000.

Examinaremos de forma sucinta qué datos están habilitados a tratar, con qué límites, para qué finalidades y en qué circunstancias.

Según se deriva de la propia definición que la LOPD da de datos de carácter personal y del ámbito objetivo de aplicación que concreta el art. 2 del Reglamento de desarrollo de la Ley,<sup>20</sup> es evidente que la legislación sobre protección de datos no se aplicará a las personas jurídicas, ya que se protegen los datos de carácter personal, concernientes a personas físicas.

También señala el art. 2.2 del Reglamento la no aplicación a los ficheros que se limitan a incorporar los datos de personas físicas, que prestan sus servicios a personas jurídicas, consistentes únicamente en su nombre, apellidos, funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax. Tampoco se aplicará a los empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros.

Así pues, la LOPD se aplicará a todo tratamiento de datos de carácter personal referidos a personas físicas con las solas excepciones señaladas.

Como se señala antes, los inspectores de la CNC tratarán datos personales como consecuencia de ejercer sus funciones inspectoras, toda vez que fundamentalmente a través de los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores no se repara en distinguir y evitar que se acceda, entre otros datos personales, a los correos electrónicos personales y otros documentos privados de los directivos y personal de las empresas inspeccionadas.

Hay que señalar que el tratamiento de datos de carácter personal sólo podrá realizarse con el inequívoco consentimiento del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 6.1 LOPD). Entre las excepciones que se establecen al consentimiento del afectado, interesa aquí la previsión del art. 10.3.a) del Reglamento que excepciona del consentimiento cuando «a) los datos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario». No existe ley habilitante alguna respecto de la recogida, tratamiento y cesión de dato personal alguno, en el supuesto que nos ocupa.

Pero, además, en todo tratamiento de datos deberán observarse todos los principios que al efecto marca la LOPD, en especial, y a los efectos que aquí interesan, el de calidad de datos, que obliga a que los datos de carácter personal sólo podrán recogerse y someterse a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito de las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido (art. 4.1 LOPD), no pudiendo usarse para finalidades distintas de aquéllas para las que se hubiesen recogido (art. 4.2 LOPD).

En consecuencia con todo lo anterior, aplicado al supuesto de las inspecciones de las autoridades de defensa de la competencia, se pueden señalar algunas conclusiones:

20. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- Si bien los inspectores de la CNC están legitimados para acceder a los locales de la empresa y sus asimilados para verificar libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial y obtener copias (art. 40 LDC), no están habilitados para acceder a bases de datos ni obtener ninguno de ellos ni someterlo a tratamientos si éstos son ficheros personales de los directivos y demás empleados que contienen datos personales ajenos a la labor empresarial, tales como los correos electrónicos personales de aquéllos.
- En las inspecciones que pudieran acordarse en los domicilios particulares de los administradores y demás personal de la empresa, para lo que habilita el citado art. 40 LDC, deberá limitarse la labor inspectora a supuestos en que existan indicios fundados de que en dichos domicilios privados pueden encontrarse libros u otros documentos relacionados con la empresa, limitándose en su caso la inspección a éstos. En ningún caso podrá accederse a los ficheros privados de aquéllos, informatizados o no, que contengan datos personales.
- Los vaciados masivos de ficheros informatizados sin previa comprobación de que no contienen datos personales puede suponer una grave infracción de la legislación sobre protección de datos, que puede ser denunciada por el afectado ante la AEPD, quien podrá intervenir incluso dictando medidas cautelares que impidan tratamientos masivos de estos datos (art. 37 LOPD).

### *f.2) El secreto de las comunicaciones*

Recientemente se ha vuelto a plantear por la doctrina si el auto judicial que habilita en vía penal la entrada y registro domiciliario es suficiente cobertura judicial para entender autorizado también el acceso a los contenidos de los ordenadores que pudieran intervenir y más en concreto para acceder a los correos electrónicos que se encuentren gravados en su memoria. O por el contrario, bien el propio auto de entrada y registro u otra resolución judicial independiente deben contener motivaciones específicas sobre la interceptación de la correspondencia o las comunicaciones privadas, para acceder al contenido de los correos electrónicos.<sup>21</sup>

El correo electrónico es una forma de comunicación privada que recibe la protección que le brinda el ordenamiento jurídico; en particular la protección constitucional de secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial.<sup>22</sup> La resolución judicial que autoriza el acceso al contenido del correo electrónico debe, como en todo supuesto de restricción de un derecho fundamental, contener los requisitos constitucionales habilitados para ello. Tanto en el supuesto en que la comunicación se esté produciendo en el momento de la interceptación, esto es, que la comunicación esté en proceso de transmisión, como en el supuesto de que el correo haya

21. Choclán Montalvo, S.A. 2010. «La necesidad de segundo mandamiento para el acceso a los contenidos de los mensajes de correo electrónico», *Otrosí* nº 3, julio, p. 17 y ss.

22. Art. 18.3 CE.

sido recibido y leído por su destinatario y posteriormente archivado, la protección jurídica alcanza a ambos supuestos, como tiene señalado el Tribunal Constitucional en SSTC 114/1984, 34/1996 y 70/2002, entre otras.

Como también tiene señalado el TC, el mensaje de correo electrónico constituye un medio de comunicación privada que tiene la protección constitucional de secreto, conceptualmente indisoluble de la intimidad, «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás».<sup>23</sup> Pero además, incluso el art. 197.1 del Código Penal ofrece tutela frente a intromisiones en el correo electrónico. Por su parte, el art. 35 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, recuerda la necesidad de autorización judicial para la interceptación de contenidos, con pleno respeto del derecho al secreto de las comunicaciones en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, el art. 579.1 LECrim dispone que el juez pueda acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiese o recibiese, luego sólo pueden intervenir los mensajes de correo electrónico que remitiese o recibiese el imputado, sin que la medida pueda alcanzar a todos los eventuales usuarios de los equipos informáticos.<sup>24</sup>

Todo lo hasta aquí dicho es trasladable al supuesto de las inspecciones de las autoridades de competencia. Si bien la LDC habilita para acceder a los equipos informáticos de las empresas, una vez que el legal representante de la inspeccionada ha consentido en la entrada en el domicilio de la empresa o dicha entrada la ha habilitado una autorización judicial, se podrá inspeccionar exclusivamente la documentación correspondiente a la empresa inspeccionada. Ni aquella ley ni ninguna otra posibilitan ni permiten el acceso a correos personales de los directivos ni demás personal de la inspeccionada. Así, los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores de las empresas que algunas veces llevan a cabo los inspectores de la CNC podrían contravenir al derecho al secreto de las comunicaciones de las personas físicas, pudiendo incluso estar tipificada dicha actuación en los ilícitos que señala el art. 197 del Código Penal. La problemática que se plantea con este tipo de actuaciones no es baladí y obliga al menos a sus autores a reflexión, a fin de acomodar mejor las intervenciones inspectoras al marco de la legalidad sin que ello suponga restar eficacia a una función de la importancia y necesidad como es las verificaciones en el ámbito de la competencia.

Al hilo de las anteriores reflexiones sobre algunas de las exigencias que la legalidad impone en un Estado de derecho, bueno es recordar que, según tiene declarado el TC, un proceso penal instrumentado para la *inquisitio generalis* es incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de derecho como el que consagra nuestra Constitución.<sup>25</sup>

23. SSTC 73/1982 y 57/1994 entre otras.

24. Choclán Montalvo, S.A. *op. cit.*, p. 20

25. SSTC 32/1994, de 31 de enero; 63/1996, de 16 de abril; 41/1998, de 24 de febrero, y 87/2001, de 2 de abril.

Sin demasiada imaginación trasladada la anterior doctrina al procedimiento administrativo sancionador en defensa de la libre competencia, debemos concluir insistiendo en que no es compatible con las exigencias constitucionales la realización de inspecciones sin precisar su objeto, las causas y la finalidad de cada una en concreto.

## LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ÁNGEL FARCÍN DE LA OBLICIÓN

Vicesecretario del Ministerio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

### 1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente de discusión radica en la aplicación administrativa del derecho en la competencia, derivado del reparto constitucional y estatutario de competencias operativas entre el Estado y las comunidades autónomas dependientes, en particular, de la propia distribución competencial y de la relación coordinadora de la comunidad autónoma de Madrid.

El presente se prevé tener un carácter respositor en la Ley 1/2002, de 16 de febrero, de Coordinación de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia para legalizar, entre otros, mediante la autorización de coordinación, por un lado, algunas de las acciones de carácter que permitan el ejercicio de las competencias operativas de las comunidades autónomas en la materia y las actuaciones de cooperación en el ámbito de los conflictos competenciales en sede jurisdiccional y administrativa.

También cabe citar desde la vigencia de la Ley 1/2002, consolidada las disposiciones normativas de defensa de la competencia y la nueva estructura institucional de la comunidad estatal según de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la experiencia acumulada permitiendo hacer un balance del sistema diseñado por la Ley 1/2002 y, en particular, de los resultados de la resolución vertida por el Tribunal Constitucional en la ST 200/2009, de 11 de noviembre. Así, respecto a lo que afecta a los conflictos de competencia, cabe que

