

INSPECCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Abogado. Exmagistrado

Las prácticas colusorias y los abusos de posición dominante ya venían prohibidas en el Tratado de Roma¹ y así han continuado hasta la actualidad, arts. 101 y 102 de TFUE. En nuestro derecho interno desde la Ley 110/1963 de Prácticas Restrictivas de la Competencia, por la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 que sustituyó a aquella y por la vigente LDC de 2007².

Si bien, en la legislación española, se considera además prohibida, por contraria a la competencia, los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público³.

De las prácticas anticompetitivas, sin duda, la más extendida y la que mayor daño produce a los mercados y a los consumidores, son las conductas colusorias. En nuestro país, donde la libre competencia tardó mucho en ser promocionada⁴ y en donde los principales sectores productivos estaban en régimen de monopolio, principalmente monopolios estatales, determinó que en muchos casos se pactaran precios o repartos de mercado, sin conciencia exacta de su prohibición y de las importantes multas a que podían enfrentarse por ello. De ahí que los pactos colusorios se llevaban a cabo en su mayoría por escrito con todo lujo de detalles y después de varias reuniones de los implicados sin tomar especiales medidas para no ser descubiertos, ya que incluso se realizaban en las propias organizaciones empresariales. Por ello que las autoridades españolas de la competencia impusieran multas muy moderadas a los que infringían la LDC. El paso del tiempo y también la publicidad de las sanciones que se imponían a las empresas infractoras van determinando un mejor conocimiento de la LDC, las ventajas que aporta la libre competencia y también que los que toman la senda de la infracción para obtener mayores beneficios sin atender los perjuicios que

¹ Arts. 85 y 86.

² Arts. 1 y 2.

³ Art. 3 de la LDC.

⁴ Hasta nuestra entrada en la CEE.

suponen para los consumidores, el mercado y para los competidores leales, lleven a cabo las prácticas concertativas de forma más oculta y sofisticada.

La Comisión Europea, a fin de poder concentrar sus esfuerzos en la persecución de las prácticas anticompetitivas, precisa ser descargada del examen concreto de las peticiones de autorizaciones singulares, supuestos del art. 81.3 del Tratado⁵, sustituyéndolas por exención legal, y además aumentando las facultades de inspección que se extienden a los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros del personal de las empresas o asociaciones de empresas. Así se hace realidad el Reglamento 1/2003 del Consejo que sustituye al también Reglamento 17/1962 que durante muchos años posibilitó las inspecciones por parte de la Comisión Europea con las matizaciones que estableció la jurisprudencia del TJCE. Nuestro derecho interno se pondrá al día con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que incorpora las Reformas del Reglamento CE 1/2003.

En la brevedad de este trabajo nos centraremos en examinar las inspecciones que para velar por el cumplimiento de la LDC⁶ se encomiendan en la actualidad a la CNMC por la Ley de su creación⁷, en los términos que especifica el art. 27 con funciones muy similares a las que ya regulaba el art. 40 de la LDC de 2007 y la anterior LDC de 1989, que se amplían, así como el control jurisdiccional que con menor o mayor acierto ha llevado a cabo la AN y el TS.

También nos referiremos a las inspecciones de la Comisión Europea, toda vez que, además, se ponen de manifiesto algunos problemas que su práctica han conllevado y como han sido resueltos por el TJUE y el Tribunal General, por su trascendencia en la aplicación de nuestro derecho interno sobre la materia.

1. FACULTADES DE INSPECCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: DEL REGLAMENTO 17/1962 AL REGLAMENTO 1/2003 CE

A. SITUACIÓN, ANTECEDENTE

Como se apunta antes, a la Comisión encomienda al 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.

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.

⁵ Hoy art. 101.3 del TFUE.

⁶ Arts. 1, 2 y 3.

⁷ Art. 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Estas facultades las concreta el citado Reglamento en cuatro principales:

- Investigaciones en sectores económicos en los que aprecie irregularidades⁸ solicitando información sobre las estructuras económicas de las empresas.
- Encomendar a las autoridades nacionales la práctica de verificaciones⁹ que si bien facilitarían 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 empresas¹⁰.
- 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^{11,12}.

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 hoy 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 empresas¹³ sin necesidad de que estas sean sospechosas de infracción. Puede para ello actuar a través de simple requerimiento o mediante decisión, en el último caso con fuerza vinculante y obligación de su cumplimiento, pudiendo, en base a su potestad sancionadora, imponer multas en los supuestos de no recibir la información requerida o ser esta inexacta¹⁴.

Es en el terreno de las verificaciones donde las potestades inspectora 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 estos y solicitar explicaciones verbales. Su actuación puede llevarse a cabo mediante simple autorización o, lo que es más habitual, mediante decisión expresa, siendo además esta

⁸ Art. 12 del Reglamento.

⁹ Art. 13 del Reglamento.

¹⁰ Art. 11 del Reglamento.

¹¹ Art. 14 del Reglamento.

¹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «Funciones Inspectoras de las Autoridades de Defensa de la Competencia y sus límites», *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Aranzadi, 2010, pp. 217 y ss.

¹³ Art. 11.1 del Reglamento 17.

¹⁴ Art. 15.1.b) del Reglamento 17.

la que permite obligar a soportar la inspección¹⁵. La adopción de estas decisiones pueden 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 multas¹⁶ y también multas coercitivas por cada día de retraso¹⁷.

Los Estados miembros deben facilitar a la Comisión la asistencia necesaria para ejecutar la verificación¹⁸, aplicándose el derecho interno en supuestos de oposición del inspeccionado.

Un tema controvertido ha sido el alcance que debe de tener la decisión de la Comisión respecto al objeto y 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 de 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 solo 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 fundamentales 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.

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE se extraen los supuestos en que la legalidad de las inspecciones de la Comisión tiene que limitarse. Examinemos a continuación los casos que resultan más controvertidos y que ha debido de precisar el TJCE¹⁹.

¹⁵ Art. 14.3 del Reglamento 17. FERNÁNDEZ LERGA, C., *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*, Aranzadi, pp. 321 y ss.

¹⁶ Art. 15.1.c) del Reglamento 17.

¹⁷ Art. 16.1.d) del Reglamento 17.

¹⁸ Art. 14.6 del Reglamento 17.

¹⁹ CASES PALLARÉS, Ll., *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, pp. 152 y ss.

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 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, pero no en todos, 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, se deja su correspondencia fuera de la protección de confidencialidad, aunque no siempre debiera ser 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 debe amparar la confidencialidad

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, *Michelín*). 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 Ibérica* 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 solo están sometidas al control de la legalidad del TJCE.

En algunos casos resultará difícil apreciar estas 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 antes obtenidas por la Comisión en virtud de un mandato de verificación podían ser utilizadas bien por esta, 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.

B. LA AMPLIACIÓN DE LAS POTESTADES INVESTIGADORAS QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO 1/2003 CE

El Reglamento 1/2003 del Consejo, como señalamos antes, 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 meno en esta materia, lo que hace es ampliar las potestades que el anterior daba a la Comisión 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.

El Reglamento 1/2003 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 arts. 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 menos en nuestro país, debía obtenerse el correspondiente mandamiento judicial, pues a este respecto, es aplicable la legislación interna.

El Reglamento 1/2003 del Consejo viene a aumentar las facultades inspectoras de la Comisión, posibilitando el 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 afectadas²⁰. Para ello debe tener 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 del Tratado.

En este nuevo supuesto el propio Reglamento prevé que la decisión de inspección de la Comisión solo se ejecute previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado²¹.

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.

²⁰ Art. 21.

²¹ Art. 21.3.

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 Tribunal de Justicia.

También debe objetarse la ampliación de poderes de la Comisión respecto de la solicitud de explicaciones a representantes de las empresas, lo que podría contravenir el principio de no tener que declarar contra 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 el derecho fundamental de no autoinculparse²².

Finalmente, hay que decir que el Reglamento 1/2003 supone una descentralización en la aplicación del derecho de la competencia por cuanto expresamente prevé que las autoridades nacionales sean competentes, en concurrencia con la Comisión, para aplicar las prohibiciones de la Ley arts. 101 y 102 TFUE, si bien, la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las autoridades nacionales para aplicar dichos preceptos (art. 11.6 del Reglamento).

Para garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario, establece el art. 16 del Reglamento, que cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos o prácticas en virtud de dichos artículos del Tratado que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la adoptada por la Comisión.

2. FACULTADES DE INSPECCIÓN QUE CONFIEREN LA LDC DE 1989 Y SU SUCESORA LA LDC DE 2007

A. INSPECCIONES A QUE HABILITA LA LEY 16/1989 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Se hace necesario, aunque solo sea recordar, que la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia preveía inspecciones que se concretaban en el Reglamento.

Al SDC encomendaba la Ley la instrucción de expedientes por posibles prácticas prohibidas²³ realizando al efecto las indagaciones necesarias²⁴ requiriendo, de todo tipo de personas naturales o jurídicas, así como de

²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

²³ Art. 22.1 de la Ley 110/63.

²⁴ Art. 22.3 de la Ley 110/63.

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 Tributos²⁵.

En el posterior Reglamento del SDC²⁶ se detallan con amplitud estas facultades investigadoras pudiendo alcanzar al domicilio de interesado o donde se realice la actividad investigada.

La impecable, para su tiempo, Ley 110/1963 resultó en la práctica ineficaz a pesar de contener una normativa casi perfecta para luchar contra las prácticas anticompetitivas, principalmente debido a que la capacidad sancionadora correspondía al Consejo de Ministros, ya que el TDC solo la tenía de propuesta a aquel²⁷, todo ello en un país donde los principales sectores productivos estaban en manos de monopolios estatales. Ahí está la clave de su ineficacia en la práctica.

La entrada en vigor de la Ley de 1989 de Defensa de la Competencia va a cambiar totalmente el panorama de la defensa de la competencia haciendo realidad el derecho constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado²⁸.

Por lo que respecta a las inspecciones para la persecución de las prácticas anticompetitivas, la Ley española acoge los principios y facultades que otorga el Reglamento comunitario 17/1962, posteriormente modificado.

La vigencia de la CE de 1978 determina que las autoridades de la competencia en el ejercicio de la función inspectora deben someterse a los imperativos de la misma y, por tanto, al respeto de los derechos fundamentales de los inspeccionados.

La LDC encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia SDC, entre otras, la función de instruir expedientes por las conductas incluidas en la Ley²⁹ facultando para realizar inspecciones e investigaciones en los términos que señalaban los arts. 32 a 34 LDC.

Se comienza por establecer el deber de colaboración de toda persona natural o jurídica, obligadas a facilitar los datos e informaciones necesarias para el cumplimiento de la Ley, precisando la reforma realizada por el art. 19 de la Ley 52/1999 que debe cumplimentarse en plazo de diez días. Su incumplimiento puede acarrear sanción de multa que la citada Ley reformadora eleva a cantidades que van desde los 60,10 euros por día a 3.005,06 euros también por día.

Se habilita para el acceso a los locales de las empresas, con consentimientos de los ocupantes o mediante mandato judicial. Para ello, se exige

²⁵ Art. 23 de la Ley 110/63.

²⁶ Aprobado por Decreto de 5 de febrero de 1970.

²⁷ Art. 15.1.b) de la Ley 110/63.

²⁸ Art. 38 de la CE.

²⁹ Art. 31.a) de la LDC.

que el Director del SDC habilite expresamente a un funcionario cuya designación debe constar en un oficio, donde se señalen los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones que habrán de ser objeto de la inspección, la fecha en la que debe practicarse y el alcance de la investigación³⁰.

La proporcionalidad entre la concreción de estos datos, principalmente los documentos y operaciones objeto de la inspección y el alcance de la investigación y la habilitación que se proporciona a los inspectores, ha sido y continúa siendo la mayor dificultad en la determinación del marco legal de la inspección³¹.

En el caso de recurrirse al mandamiento judicial, se planteó la duda de si debía de recurrirse al juez de Instrucción o al juez de lo Contencioso-administrativo. Como señala el Tribunal Constitucional en su STC 199/1998, no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos, por lo que el art. 8.6 de la LJCA de 1998 zanja definitivamente la cuestión al señalar que las autorizaciones de entrada en domicilios para ejecución de actos de la Administración Pública, corresponderá otorgarlos a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Por su parte, el art. 34.3 de la 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 la vigente LDC de 2007³².

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 surge de 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 de la LJCA.

Importante facultad de los inspectores es el obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso contables y si procediese retenerlos por plazo de diez días³³. La potestad de retener documentos no estaba prevista en el derecho comunitario como observa algún autor³⁴.

Se añade posteriormente a las anteriores funciones la de que en el curso de las inspecciones, los funcionarios podrán solicitar explicaciones verbales *in situ*³⁵.

³⁰ Art. 34 de la LDC.

³¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

³² Art. 40.4.

³³ Art. 33.2.

³⁴ CASES PALLARÉS, LL., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, p. 322.

³⁵ Según redacción dada por el apartado 2 del art. 95.3 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre.

La obstrucción a la labor inspectora, se sanciona con multa de hasta 150.000 pesetas diarias. Después se modifica para aumentar considerablemente la multa por obstrucción a la labor inspectora para establecerla de hasta el 1 por 100 del volumen de ventas del ejercicio anterior³⁶.

Durante la vigencia de la Ley 16/1889, no se suscitaron especiales problemas en las inspecciones, que además fueron muy escasas, una o, a lo sumo, dos al año.

Varios factores contribuyeron a ello. En especial, la menor sofisticación de los infractores a la hora de realizar prácticas anticompetitivas, el mayor respeto por las autoridades de competencia que podían imponer importantes multas por la obstrucción de la labor inspectora, todo lo cual creó un buen clima de relación entre el TDC y las empresas, que, por lo general, colaboraron ante las solicitudes de información.

También, cabe destacar que, los órganos jurisdiccionales encargados de revisar en sede judicial las Resoluciones del TDC, revocaron aquellas en escasas ocasiones.

B. LAS INSPECCIONES DE LA CNC AL AMPARO DE LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como no ha pasado desapercibido, la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia supuso, ya durante el primer año de andadura, un incremento exponencial de la actividad inspectora por parte del nuevo órgano al que encarga la Ley de Defensa de la Competencia, quien durante el primer año de funcionamiento inspeccionó a más de cuarenta empresas, fruto principalmente de su política de dar prioridad a la persecución de los cárteles³⁷. De las memorias de actividades de la propia CNC, extraemos que durante el 2008 se llevaron a cabo 36 inspecciones, 37 en 2010 y 113 durante los siguientes años hasta completar el 2013, llegando a 37 en el año 2014.

La intensa actividad desplegada lleva a que la Comisión Nacional de la Competencia CNC bata el récord en el número y volumen total de las sanciones impuestas, como también el de sentencias, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, que revocan sus Resoluciones.

Sigue la nueva LDC las directrices que marca el Reglamento 1/2003 CE, también en lo que respecta al reforzamiento y ampliación de las funciones inspectoras.

Mas no puede olvidarse que, tanto en el marco del Derecho comunitario como en el del Derecho interno español, la ampliación de facultades en la

³⁶ Redacción dada por el apartado 3 del art. 95.3 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, al art. 33.4 de la LDC.

³⁷ CANTOS BOQUEDANO F., y SANTOS LORENZO S., «Los Límites de los Poderes de Inspección de la Comisión Nacional de la Competencia», en *Acuerdos horizontales entre empresas*, Colección Derecho, Fundación Rafael del Pino, pp. 255 y ss.

inspección, no habilita para que puedan ser violados derechos fundamentales de los inspeccionados.

Las novedades en las funciones inspectoras de la Ley 15/2007 se concretan en las siguientes:

- 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 solo a los locales de la empresa inspeccionada, sino también a cualquier terreno y medio de transporte de aquella.
- 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 objeto 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»³⁸. La perturbación en sus derechos para las empresas 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 Reglamento³⁹. No obstante lo anterior y el 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 en los límites legales. Se observará 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 esta, 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 enumerados⁴⁰.

³⁸ Art. 13.3 del Reglamento.

³⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

⁴⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

Veremos a continuación algunos de los supuestos que se producen en la práctica donde es necesario tener en consideración los límites legales de la actuación inspectora, interpretados de forma muy particular y laxa por la CNC.

a) *Precisión del objeto de la inspección y de los documentos relacionados con la misma*

El art. 40.2.b) de la 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 inspección⁴¹.

Como tiene señalado el TJCE, en el orden de investigación es obligado que conste cuál ha de 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 *Hoehst/Comisión*).

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 solo puedan acceder a los documentos que expresamente consten en el 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 de la investigación.

Lo mismo cabe decir para el supuesto en que se haya recurrido a una autorización judicial, pues en la misma también constarán los mismos límites que recordábamos antes.

Hay que resaltar la exigencia de precisión que el TJCE señala 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.

⁴¹ Art. 13.3 del Reglamento.

- Explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción.
- Una indicación lo más precisa posible de qué 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.

Sin embargo, se observa que la CNC aplicó criterios muy distintos, defendiendo la postura de que durante la inspección puede copiar todos los documentos que tenga por conveniente y que puede llevárselos sin discusión alguna con la inspeccionada si resulta ello procedente. En opinión de la CNC, si existe discrepancia, podrá ello dirimirse ante los tribunales, pero no durante la inspección ya que de 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 donde el mayor volumen de documentación se almacena en ordenadores y donde 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 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 puede comprometer el respeto, que en todo momento se debe tener con los derechos fundamentales de los inspeccionados.

La CNC defendió su derecho a copiar durante la inspección todos los documentos que tenía por convenientes sin admitir que la inspeccionada pudiera tener argumentos en contra a considerar la legalidad de que pudiera disponerse de determinados documentos. De existir discrepancia, según el parecer de la CNC, deberá discutirse ante los Tribunales pero nunca durante la inspección.

Dado el carácter perentorio de la inspección y la imposibilidad de examinar uno por uno los documentos copiados y delimitar así qué es lo que afecta o no a la inspección, el examen posterior por el equipo inspector en modo alguno atenta contra el derecho a la defensa ni produce perjuicio irreparable a la empresa (Resolución de 3 de Octubre de 2008 *CP España* y Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2009 *Campezo*).

La CNC en las inspecciones se ha negado a facilitar los términos de búsqueda de documentos en los ordenadores de las empresas y de sus empleados, al considerar que el acceso a dicho motores de búsqueda podría hacer peligrar la efectividad de la investigación (Resolución de 3 de octubre de 2008, *L'Oreal*). En la práctica, se han llevado en muchas inspecciones

ingentes cantidades de documentos que nada tenían que ver con el objeto de la inspección o que, incluso, estaban protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, o eran de carácter privado. Y ello a pesar de que la LDC de 2007 ya recogió la jurisprudencia consolidada del TJCE que desarrolla y concreta el Reglamento⁴² (véase por todas, asunto 94/00 *Roquete Frères* y asunto 159/79 *AM CxS Europe*).

Tanto la Orden de Investigación como, en su caso, la judicial deben fijar con claridad el objeto de la investigación para que la empresa investigada comprenda el alcance de la inspección, cosa que no hicieron ni las autoridades de competencia ni los jueces, y también para que pueda ejercer su derecho de defensa como ya señaló el TJCE en el asunto *Hoechst AG*, antes citado. Se pretende evitar inspecciones genéricas que posibiliten acciones más propias de pescadores desaprensivos, para las que es bueno cualquier cosa que caiga en sus redes, que de autoridades de la competencia obligadas a velar por el cumplimiento de la LDC dentro de términos de estricta legalidad y sin violentar derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como son los de inviolabilidad del domicilio, la intimidad personal o familiar, la protección de los datos personales o el derecho a la legítima defensa.

La tesis de la CNC de considerar que tienen cobertura jurídica suficiente para acceder a los ordenadores de la empresa sin control o filtro alguno y llevarse todo el material que consideren oportuno, sin discriminación de lo que esté o no esté relacionado con la inspección, es incompatible tanto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como con la del TJCE⁴³.

El TC tiene establecido que durante una inspección domiciliaria no es suficiente contar con la orden judicial que autorice el registro, sino que además debe controlarse que la autoridad no actúa de forma arbitraria o abusando de la autorización judicial a la hora de practicar el registro o la inspección, ya que la integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de que la Administración la ejerza o no con prudencia⁴⁴.

Por su parte, el TDC se hizo eco de esta STC al señalar en su Resolución de 18 de junio de 2003 que la actuación inspectora de la Administración debe estar rodeada de las mismas garantías que se exigen en la investigación judicial, tal y como tiene declarado el TC en STC de 23 de febrero de 1995.

El TJCE también se ha pronunciado a este respecto señalando como principio general del Derecho comunitario la protección del administrado frente a la actuación arbitraria y desproporcionada de la Comisión Europea durante una inspección⁴⁵. También en diversas ocasiones se manifestó el TJCE en relación a que la Administración actúe respetando el principio de proporcionalidad, precisando así que deben ser siempre las instituciones

⁴² Art. 13.3 en relación con el art. 40.4 de la LDC.

⁴³ CANTOS BAQUEDANO, F., y SANTOS LORENZO, S., *op. cit. ut supra*, nota 37.

⁴⁴ STC, Sala 1.ª de 23 de febrero de 1995.

⁴⁵ Sentencia de 14 de diciembre de 1962, *San Michele y otros*.

comunitarias respetuosas con no rebasar los límites de lo que resulta necesario y apropiado para el logro de sus objetivos legítimos, debiendo recurrirse a la medida menos onerosa cuando exista la posibilidad de escoger entre varias adecuadas.

b) *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 este 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 como se ha configurado como un principio del derecho comunitario a partir de la STJCE de 18 de enero de 1982, asunto *AM & S* y del auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, asunto *Hilti*.

En la Sentencia del Tribunal General, de 17 de septiembre de 2007, asunto *Akzo, Novel y otros*, 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.

En definitiva, la devolución del documento no subsana ni resulta suficiente para reparar los perjuicios que supone el conocimiento por la CNC de un documento protegido como es la comunicación de abogado a cliente, que supone, de por sí, violación del derecho protegido.

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 según se señala en la sentencia (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 permitir el acceso al documento y no, como interpretaba la CNC, que el control de los Tribunales se realizaría con posterioridad al acceso si el inspeccionado invocaba el derecho protegido.

El TJCE fijó dos condiciones para que opere la confidencialidad de la correspondencia con abogados.

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 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, aunque 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 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 aun en el supuesto de que esté colegiado no goza de la suficiente independencia y por 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-550/07 *AKZO Novel - Comisión*).

c) *Protección del domicilio*

La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que hoy nadie discute. Reconocido como tal en nuestra Constitución⁴⁶, como en la restricción de todo derecho fundamental rige el principio de reserva de Ley⁴⁷ que

⁴⁶ Art. 18.2.

⁴⁷ STC 70/2002 de 30 de abril.

en este caso ampara la LDC⁴⁸. Por ello, una vez más debemos insistir que la orden de inspección debe contener de forma clara los requisitos que concreta el art. 13.3 del 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 solo comporta el 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 fundamentales⁴⁹. Y según también ha dicho el TC, «el principio de 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»⁵⁰.

Por su parte, también el TEDH viene exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución⁵¹.

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»⁵².

En definitiva el principio de proporcionalidad va a exigir que el objetivo perseguido por una verificación de las autoridades de competencia, no solo 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 solo en nuestro país sino también a nivel de la UE⁵³.

Un tema todavía no resuelto es el determinar quién debe prestar el consentimiento en el caso de inspecciones a una empresa, esto es, qué persona

⁴⁸ Art. 40 de la LDC desarrollado por el apartado 2 del art. 13 del Reglamento.

⁴⁹ STC 66/1985.

⁵⁰ STC de 23 de febrero de 1995.

⁵¹ STEDH de 30 de marzo de 1989, caso *Chappell*, y de 16 de diciembre de 1992, caso *Niemietz*.

⁵² Asunto C133-93 *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*.

⁵³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *Las inspecciones de las autoridades de defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados, Anuario del Derecho de la Competencia*, 2010.

está capacitada para permitir el acceso a la invasión del domicilio. Deberá decidirse por quien sea el representante legal al no encontrar en la Ley ninguna referencia⁵⁴.

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 de 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 extraordinarias 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 aquella, 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, para lo que deberá motivarse ante el Juez el acudir a esta medida excepcional, pues de no estar plenamente justificada, fácil es que no se conceda.

Se tendrá en cuenta en estos supuestos de inspecciones en domicilios privados que tanto por lo señalado en la Ley como en su Reglamento, estas 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.

⁵⁴ GUILLÉN CARAMÉS, J., *Régimen jurídico de la inspección en el derecho de la competencia*, Aranzadi, p. 218.

El Tribunal de Justicia tiene señalado en STJCE de 18 de octubre de 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 solo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que estas 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, el que se lleve a cabo la inspección. Así el art. 62 de la LDC prevé que el 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 misma⁵⁵.

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», porque es preciso informar a la empresa afectada, al tiempo de la primera mediada adoptada respecto a ella, del objeto y finalidad de la inspección, «lo que exige precisar las presunciones de infracción, y que en ese contextos conozca el hecho de que puede estar expuesta a imputaciones ligadas a esa posible infracción, para 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.

⁵⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 53.

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.

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. Este principio a la no inculpación ha evolucionado en su tratamiento por la jurisdicción comunitaria siguiendo la jurisprudencia del TEDH⁵⁶.

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

No solo 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 de la 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 solo 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 inspecciones 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.

⁵⁶ CARAYAR GUTIÉRREZ, E., «Facultades de investigación de la autoridad», *Modernización del Derecho de la Competencia*, Colección Derecho, Fundación Rafael del Pino, pp. 486 y ss.

a.1) El derecho fundamental a la protección de los datos personales⁵⁷

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 UE⁵⁸.

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 y por el Reglamento ya en vigor cuyas exigencias están definidas a 2018. Hoy la Directiva ha sido sustituida a nivel europeo por el Reglamento UE 679/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los datos⁵⁹.

Se señala en la ley española que dato de carácter personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables⁶⁰.

También la LOPD establece qué es lo que 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»⁶¹.

A la vista de lo anterior es evidente que los funcionarios de la CNC, hoy de la CNMC, en el ámbito de una inspección, realizan no solo 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

⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

⁵⁸ Aprobada en la cumbre de Niza el 12 de diciembre de 2000 (art. 8).

⁵⁹ El art. 99 del Reglamento señala su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOVE*, pero difiere su aplicación al 26 de mayo de 2018, fecha en que será también efectiva la derogación de la Directiva 15/1999 que lleva a cabo el art. 95 del mismo Reglamento.

⁶⁰ Art. 3.a) de la LOPD.

⁶¹ Art. 3.a) de la LOPD.

riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información»⁶².

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 Ley⁶³, 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, las 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 solo podrá realizarse con el inequívoco consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa⁶⁴. 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».

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 solo 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

⁶² STC 292/2000.

⁶³ 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.

⁶⁴ Art. 6.1 de la LOPD.

obtenido⁶⁵, no pudiendo usarse para finalidades distintas de aquellas para las que se hubiesen recogido⁶⁶.

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:

- 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 copias⁶⁷, no están habilitados para acceder a bases de datos ni obtener ninguno de ellos ni someterlo a tratamientos si estos 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 aquellos.
- 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 de la 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 estos. En ningún caso podrá accederse a los ficheros privados de aquellos, informatizados o no, que contengan datos personales.
- Los vaciados masivos de ficheros informatizados, sin previa comprobación de que no contienen datos personales, pueden 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 datos⁶⁸.

a.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 electrónicos⁶⁹.

⁶⁵ Art. 4.1 de la LOPD.

⁶⁶ Art. 4.2 de la LOPD.

⁶⁷ Art. 40 de la LDC.

⁶⁸ Art. 37 de la LOPD.

⁶⁹ CHOCLÁN MONTALVO, S. A., «La necesidad de segundo mandamiento para el acceso a los contenidos de los mensajes de correo electrónico», *Otrosí*, núm. 3, julio 2010, pp. 17 y ss.

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 judicial⁷⁰. 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 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»⁷¹. Pero además, incluso el art. 197.1 del CP 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 de la LeCrim dispone que el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiese o recibiese, luego solo 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 informáticos⁷².

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, posibilita ni permite de las autoridades de competencia 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 podrían contravenir el 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 CP. La problemática que se plantea con este tipo de actuaciones no es baladí y obliga al menos a los interesados a reflexión, a fin de acomodar mejor las intervenciones inspectoras al marco de la legalidad sin que ello suponga restar eficacia a

⁷⁰ Art. 18.3 de la CE.

⁷¹ SSTC 73/1982 y 57/1994, entre otras.

⁷² CHOCLÁN MONTALVO, S. A., *op. cit. up supra*, nota 69.

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 Constitución⁷³.

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.

3. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS INSPECCIONES DE LA CNC

A. AUTORIZACIONES JUDICIALES

Si consideramos que las inspecciones de la CNC han ido más allá de su habilitación legal infringiendo en varios casos derechos fundamentales de los inspeccionados, no por ello se encontró el amparo deseado y esperado en vía jurisdiccional en los primeros tiempos.

Además, en las primeras sentencias en que se estiman los recursos porque la inspección actuó infringiendo los términos de su habilitación legal, bien en la falta de concreción de los parámetros que debe fijar la Orden de Investigación, o en el propio acto administrativo de la inspección, por violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia de abogado-cliente, los argumentos son poco sólidos y no se mantienen en sentencias inmediatas posteriores.

Debemos de llamar también la atención sobre la generalidad de las autorizaciones judiciales para acceso a domicilios en diversos casos y por Juzgado de lo contencioso-administrativo de diversas provincias. Decíamos antes que en muchas ocasiones las Ordenes de Inspección de la CNC eran de una generalidad que resulta incompatible con las exigencias del art. 13 del RDC en relación con el art. 40 de la LDC. Pues ahora, cabe afirmar lo mismo de diversas autorizaciones judiciales que se limitan a copiar la Orden de Inspección sin entrar en el control que al juez exige la Ley, ni justificar su decisión.

Al propio tiempo, hay autorizaciones impecables en que se circunscribe el ámbito de la inspección y se justifica la decisión judicial, principalmente en los Autos dictados por diversos Juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid.

⁷³ 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.

B. ASUNTOS STANPA Y CAMPEZO: UN PASITO PARA ADELANTE Y OTRO PASITO PARA ATRÁS

La Asociación Nacional de Peluquería y Cosmética (STANPA) recurrió las inspecciones llevadas a cabo por la CNC por considerar que se había infringido el principio de inviolabilidad del domicilio⁷⁴ al haber accedido los inspectores a documentos ajenos al objeto de la Orden de Inspección referida al sector de productos de la peluquería profesional fabricados en España.

STANPA entendía que el transcurso de la inspección se habían copiado gran volumen de documentos ajenos al objeto de la inspección por lo que recurrió la citada inspección ante el Consejo de la CNC que desestimó el recurso⁷⁵ al señalar la imposibilidad de delimitar la documentación referida al objeto de la inspección, así como a las dificultades de realizarla en el momento de la inspección una ingente cantidad de información, por lo que la realizaba después devolviendo, en su caso, los documentos no necesarios, circunstancias que, a su criterio, justificaban las inspecciones en los términos llevadas a cabo.

a) *Recurso de STANPA ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*

Se recurrió ante la Audiencia Nacional la Resolución del Consejo de la CNC por considerar que infringía la inviolabilidad del domicilio⁷⁶, por acceder a documentos que nada tenían que ver con el objeto de la inspección, y también por infracción del derecho de defensa⁷⁷ por haberse incautado la CNC en la inspección de un informe de un despacho de abogados sobre los posibles riesgos derivados de intercambio de información en el seno de la Asociación STANPA.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de septiembre de 2009 estimó parcialmente el recurso de STANPA en lo referente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, al considerar que el apoderarse en la inspección, para su unión al expediente, de documentación ajena al sector de la peluquería profesional excedía el objeto que circunscribía la Orden de Inspección de entrada y registro y por tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio que protege el art. 18.2 de la CE.

Por otra parte, la Sala de la Audiencia Nacional desestimó que la incautación del informe del despacho de abogados suponga en sí misma una violación del derecho de defensa en el sentido que lo protege el art. 24 de la CE, ya que la no utilización de dicha información de abogado a cliente

⁷⁴ Art. 18.2 de la CE.

⁷⁵ Resolución de 3 de octubre de 2008.

⁷⁶ Art. 18.2 de la CE.

⁷⁷ Art. 24 de la CE.

imposibilita la existencia de indefensión material alguna. La argumentación que da la AN a este respecto no convence, toda vez que los Tribunales europeos se habían pronunciado sobre esta cuestión en diversas ocasiones y con claridad meridiana: los inspectores no pueden siquiera acceder a un documento confidencial⁷⁸.

Pero la estimación de infracción del principio de inviolabilidad del domicilio abría una primera vía después de haber desestimado los anteriores casos planteados por el mismo motivo.

b) *Recurso de STANPA ante el Tribunal Supremo*

Al conocer el TS del recurso contra la SAN, en su Sentencia de 27 de abril de 2012, rechazó la interpretación dada por la AN al señalar que no hay vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio al estimar que deben prevalecer, frente a este derecho, la protección de la libre competencia y la necesidad de evitar obstáculos que impidan la labor inspectora de la CNC, a la que en definitiva viene a reconocer poderes omnímodos de investigación. Para fundamentar su criterio se invoca la Sentencia *Dow Chemical* del TJUE de 17 de diciembre de 1989, en la que se señala que la autoridad de competencia ha de poder buscar toda la información necesaria que no sea conocida ni cuyos elementos estén plenamente identificados, sin que previamente haya que identificar los elementos a los que se pretende acceder. El TS hace así una interpretación equivocada de la STJUE que cita. En esta se dice que no es exigible a la autoridad de competencia que identifique previamente los documentos a los que pretende acceder en el curso de una inspección, pero lo que no dice es que la búsqueda de documentos no deba restringirse a los sectores de actividad identificados en la Orden de Inspección, como además exige el art. 13 del RDC. El Tribunal General en Sentencia de 14 de noviembre de 2012, asunto *Nexans/Comisión*, anuló la decisión de inspección de la Comisión Europea, por haberse excedido del objeto de la inspección.

Por lo que respecta a la invocada violación del derecho de defensa al haberse accedido a un informe jurídico de un despacho de abogados a su cliente STANPA, el TS rechaza que tal infracción se haya cometido, como ya hizo la AN, pero por motivos distintos. Para el TS no se violó la protección de la confidencialidad de las comunicaciones, de abogado con su cliente, ya que en ningún momento durante la inspección se invocó esta protección, ni tampoco en los diez días siguientes que concedía la CNC.

En definitiva, el TS casó la Sentencia al anular la justificación dada por la AN cuando señala que se había infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Esta STS podría interpretarse en el sentido de validar

⁷⁸ Véase la STJUE de 18 de mayo 1982, asunto *AM & S Europe/Comisión*, Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2007, asuntos acumulados T-125/2003 y T253-2003, *AKZO Novel y otros/Comisión*.

inspecciones en las que se confiscaron documentos fuera del objeto de la investigación⁷⁹.

Los argumentos, tanto de la AN como del TS, son poco convincentes en ambos casos al justificar que no se violó el derecho de defensa, especialmente privilegiado, en las comunicaciones abogado-cliente.

c) *Irregular inspección llevada a cabo en la sede de Campezo*

Campezo es un grupo empresarial cuya principal actividad es la construcción y reparación de carreteras y su asfaltado. También una de sus empresas se dedicaba, entre otras actividades, a los aparatos elevadores para obras y su alquiler.

La inspección se llevó a cabo simultáneamente en diversas dependencias de las distintas empresas del Grupo Campezo y principalmente en la sede la su empresa matriz, donde tenían, además, el domicilio social otras empresas pertenecientes al Grupo Campezo y compartían determinados servicios que desde la matriz se prestaban a las filiales.

La CNC a través de su Dirección General de Investigación optó, al investigar al Grupo Campezo Obras y Servicios, S. L. y a sus filiales Campezo Construcción, S. A. y Guipasa, S. A., por la obtención y utilización de una autorización judicial. Así, acudió a los juzgados de lo Contencioso-administrativo de Donostia-San Sebastián obteniendo del Juzgado núm. 3 de aquellos la autorización judicial.

El Auto judicial con acertado criterio señala que el juez no debe conceder la autorización como un mero automatismo formal, sino que se le ha otorgado la potestad de controlar que no se produzcan más limitaciones que las necesarias para la ejecución del acto, aunque no puede hacer un examen completo de la legalidad del acto administrativo, debiendo valorar una serie de parámetros que extrae de la doctrina del TC en sus SSTC 78/1992 y 160/1991, y que concreta en las siguientes:

- a) Que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización.
- b) La necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración.
- c) Que el acto sea dictado por la autoridad competente.
- d) Que el acto aparezca fundado en derecho.
- e) Que el acto sea necesario para alcanzar el fin perseguido.
- f) Que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.
- g) La eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivada de la ejecutoriedad del acto administrativo.

⁷⁹ RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, J. «Inspecciones domiciliarias de competencia: Saber que se busca y que se puede buscar», *Revista Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 75, Idei, pp. 219 y ss.

En el FJ 3.º se analizan dichos puntos comenzando por decir:

«Estos puntos han de ser analizados desde un criterio de proporcionalidad que evite entradas que no resulten estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido por la Administración y para ello resulta esencial el contenido de la solicitud de la Administración, que en casos como el presente, que no puede pretender efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias y que ha de someter su actuación, estrictamente al principio de proporcionalidad en la medida de acceso al domicilio».

A continuación se contiene la justificación que ha de conducir a otorgar la autorización: identificación del acto administrativo para cuya ejecución se solicita la entrada, el órgano que la dicta y el obligado.

Dice el Auto judicial en su FJ 3.º, párrafo 2.º:

«Pues bien, tal y como se hace constar por la Comisión Nacional de la Competencia, con fecha 9 de octubre de 2009 la Directora de Investigación de la CNC ha adoptado la orden de investigación, ordenando a GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L. que se someta a la inspección que comenzará el día 15 de octubre de 2009, estando prevista pueda continuar en días posteriores, *toda vez que esa Dirección de Investigación ha tenido conocimiento de la existencia de posibles prácticas anticompetitivas prohibidas en el art. 1 de la LDC y art. 81 del Tratado de La Comunidad Económica Europea (TCE) en el mercado de fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas*, consistentes en adopción de acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado, la fijación de precios y la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de ese mercado.

Se debe significar que el escrito presentado cuenta con los requisitos antes numerados, al identificar el acto administrativo para cuya ejecución se solicita la entrada, el órgano administrativo, que lo dicta, así como el obligado por el referido acto» (la cursiva es nuestra).

Finalmente y sin que el Auto judicial se refiera a otro acto administrativo que se pretenda ejecutar que no sea el comprobar y obtener pruebas de las posibles prácticas contrarias al art. 1 de la LCD y art. 81 del TCE en el mercado de la fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas, se otorga la autorización en la parte Dispositiva, estableciendo el siguiente acuerdo:

«ACCEDER a la solicitud formulada por el Abogado del Estado en nombre de la Comisión Nacional de la Competencia y en consecuencia: se autoriza a los funcionarios de la Comisión Nacional de Competencia que se expresan a continuación, a entrar en el local de la empresa Grupo Campezo Obras y Servicios S.L., ubicada en el de los Amezketa, 10- bajo y primera planta de Donostia o en cualquier otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas a fin de proceder a la inspección ordenada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, que se llevará a cabo el día 15 de octubre de 2009, prolongándose por el tiempo máximo necesario para llevar a cabo la inspección, dando cuenta a este Juzgado del término de la misma».

La inspección ordenada por la Dirección de Investigación no puede ser otra que la señalada en FJ 3.º del Auto, al que antes nos referimos.

Sin embargo, al llevar a cabo la inspección se muestra el Auto judicial que la autoriza para acceder al domicilio y una vez dentro de los locales, los inspectores comienzan a investigar toda la documentación, tanto en formato papel, como electrónico y solicitar información de la actividad de la matriz y dos de sus filiales, Campezo Construcción, S. A. y Guipasa, S. A., en el ámbito de la contratación, suministro y ejecución de obras. Pese a que los representantes de las inspeccionadas hicieron patente su disconformidad con que la inspección se realizara en un ámbito distinto y más amplio del autorizado por el Auto judicial, los inspectores exhibieron una Orden de Investigación de fecha 9 de octubre de 2009 por la que la directora de Investigación de la CNC autorizaba a investigar a Campezo por su posible participación en acuerdos y recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del art. 1 de la LDC en los mercados de construcción y ejecución de obras, al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto del mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicios en el territorio nacional. Al insistirse sobre la discrepancia entre dichos documentos y de prevalencia, en todo caso, de la autorización judicial, por los representantes de Campezo, los inspectores se limitaron a responder que la inspección estaba autorizada por la Orden de Investigación y es la que iban a aplicar y que, en todo caso, el Juzgado se habría confundido, haciendo además constar que si trataban de impedir o dificultar la inspección, podían ser sancionados con multas por obstrucción a la labor inspectora.

Así consta todo ello en el acta de inspección de fecha 15 de octubre de 2009.

Recurrida ante el Consejo de la CNC, tanto la inspección por llevarse a cabo sobre objeto distinto del que constaba en la autorización judicial, infringiendo los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la defensa, como la Orden de Investigación, por demasiado genérica infringiendo así el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC, el Consejo dictó Resolución, en fecha 28 de diciembre de 2009, por la que inadmitía el recurso por estimar que se trata de actos de mero trámite no incluíbles en el art. 47 de la LDC.

d) *Recurso de Campezo ante la Audiencia Nacional*

La empresa matriz y las dos filiales del Grupo Campezo afectadas por la citada inspección domiciliaria, recurrieron ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN, alegando la vulneración de tres derechos fundamentales: inviolabilidad del domicilio, del derecho de defensa y del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. La primera infracción que denuncia el recurso se fundamenta en que el objeto y finalidad de la inspección contenido en el Auto judicial que la autoriza, es dis-

tinto y mucho más concreto que el que contiene la Orden de Investigación que, después de acceder al domicilio, utilizan los inspectores. Estos hechos y el que se obtengan documentos ajenos al sector de los aparatos elevadores y las escaleras mecánicas, excede de la autorización de entrada en el domicilio y, por tanto, viola el art. 18.2 de la CE.

Estos mismos hechos causan indefensión a los inspeccionados⁸⁰, toda vez que, al realizarse la inspección sobre objeto distinto, se les priva de ejercer su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses. Se produce indefensión, no subsanable posteriormente, cuando, como en el presente caso, se accede a practicar una inspección en base a Auto judicial que establece un objeto concreto y después se emplea una Orden de Investigación con objeto distinto y mucho más amplio y cuando se produce la queja del representante de los inspeccionados, se amenaza con la posibilidad de sanción del 1 por 100 de la cifra de facturación, por obstrucción a la función inspectora.

Todo este proceder se considera por los inspeccionados en el recurso que además infringe el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC.

Finalmente, se alega infracción del derecho a la protección de los datos personales, por cuanto con el volcado masivo de los ordenadores se captaron correos y documentación personal de diversos directivos y empleados, tales como fotos, declaraciones de IRPF, o incluso, comunicaciones íntimas, y ello pese a la protesta de los diversos interesados.

La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 20 de mayo de 2011, hace una interpretación errónea de la aplicación del art. 18.2 de la CE y del contenido de la autorización judicial que permite el acceso al domicilio. Si bien señala el conflicto «porque precisamente el registro se extendió más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro de la sede de la entidad actora» (fundamento jurídico segundo), más adelante, en el fundamento jurídico tercero, que señala «el problema se centra en la determinación del ámbito de entrada y registro», concluyendo que el auto judicial refiere en su parte dispositiva, que es lo que limita la autorización de entrada y registro, que la misma se haga en relación con el ámbito material acordado por la Dirección de Investigación de la CNC, la cual señala como ámbito de la inspección los mercados de contratación, suministros y ejecución de obras, por lo que se termina por estimar que la inspección se realizó en el ámbito marcado por el auto judicial que la autorizaba.

En definitiva, en disquisición un tanto incongruente, la Sentencia de la AN dice que el Auto judicial en su fundamento jurídico tercero hace referencia a la conducta imputada pero no al ámbito de entrada y registro⁸¹. A este ámbito, continúa la Sentencia, se refiere la parte dispositiva del citado Auto, y lo hace autorizando la entrada y registro, refiriéndose expresamente

⁸⁰ Art. 24 de la CE.

⁸¹ FJ 3.º párr. 4.º

al local de Grupo Campezo y cualquier otro establecimiento de su matriz y filiales y en relación al ámbito material acordado por la DI. Por todo ello, concluye que la inspección se realizó en el ámbito de la autorización judicial no vulnerándose el derecho consagrado en el art. 18 de la CE⁸².

El último párrafo del FJ 3.º zanja la alegada infracción de la violación del derecho de defensa al decir: «Tampoco se aprecia violación del derecho de defensa —art. 24 de la CE— toda vez que su vulneración se vincula en la demanda a la extralimitación en el registro, que, como vemos, no se ha producido».

El FJ 4.º se encarga de rebatir la alegada violación de los derechos a la intimidad y a la protección de los datos, constitucionalmente protegidos. La argumentación resulta sorprendente, por cuanto que a mitad del FJ se comienza por afirmar: «Que se encontraron documentos propios de los empleados y de la empresa es algo probado puesto que se aprehendió todo el contenido de los discos duros, pero hemos de examinar si esa incautación supone una vulneración sustantiva de los derechos alegados». A continuación se señala que no existió violación de los derechos puesto que «la Administración actuante no dirigió su actuación a la aprehensión de los documentos privados de los empleados y de la empresa ni de sus correos, lo que ocurrió fue que al volcar el contenido de los discos duros de los ordenadores, también copió documentos personales de los empleados». En definitiva, no solo no considera violados los derechos de la intimidad y a la protección de datos personales, que se evidencia, por cuanto da por probado volcados masivos, sino que además justifica como normal el proceder de la CNC al volcar los discos duros de los ordenadores sin ningún criterio de búsqueda circunscrito al objeto de la inspección.

Después de que la AN había dado un paso positivo para frenar las inspecciones masivas y sin control legal de la CNC en la Sentencia STANPA al considerar que se había infringido el principio de inviolabilidad del domicilio, en la Sentencia Campezo considera que no existió violación de dicho derecho fundamental, según acabamos de ver. Además en ambos casos, la Sentencia fue redactada por el mismo Ponente: un pasito para adelante y otro pasito para atrás.

e) *Sentencia del Tribunal Supremo estimatoria del recurso de Campezo*

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TS al conocer el recurso de casación interpuesto por las entidades afectadas del Grupo Campezo, en Sentencia de 10 de diciembre de 2014, estima el primero de los motivos del recurso en el que se aducía infracción del art. 18.2 de la CE por vulneración de la inviolabilidad del domicilio, al no estar referida la autorización judicial al objeto de la investigación. Al estimar el primer motivo del recurso, no considera necesario analizar los otros dos. En efecto, se denunciaba en el

⁸² Véase resto FJ 3.º

primer motivo del recurso que, pese a limitar el Auto judicial la inspección al mercado de los elevadores y escalera mecánicas, la inspección en la sede de *Campezo*, se llevó a cabo en base a la Orden de Investigación referida a las posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras, después además de haber accedido al domicilio con apoyo en el Auto judicial. Tal actuación, a juicio de la recurrente, comportaba infracción del art. 18.2 de la CE y del derecho que ampara.

El TS consideró que el objeto de la inspección venía delimitado por el Auto y que lo relevante era el objeto de la inspección definido en su fundamentación jurídica mucho más restringido que el que señala la Orden de Investigación. Toda vez que se copian infinidad de documentos referidos al mercado de la contratación, suministro y ejecución de obras, no se atiende la inspección a los términos del Auto judicial, produciéndose así una actuación contraria a derecho.

Por ello, continúa, debe pues estimarse el motivo y por las propias razones declarar nula, a todos los efectos, la inspección realizada sin el adecuado amparo judicial, sin que pueda, por tanto, ser tomada como base para cualquier expediente relativo a la empresa recurrente, así como la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2009 que inadmitió el recurso contra dicha actividad inspectora.

C. CONCRECIÓN DEL OBJETO Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN: SSTS *UNESA* Y *TRANSMEDITERRÁNEA*

Los recursos de casación interpuestos por *UNESA* y *Transmediterránea* fueron resueltos por el Tribunal Supremo por Sentencias de 10 de diciembre de 2014 y 27 de febrero de 2015, respectivamente. En ambos recursos se impugnaban principalmente las órdenes de investigación de la CNC por incumplir lo dispuesto en el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC, al no definir suficientemente el alcance de la investigación.

En el caso *UNESA*, la Directora de Investigación de la CNC había dictado el 2 de noviembre de 2009 Orden de Investigación para «verificar la existencia y alcance de la posible coordinación en el seno de dicha Asociación», autorizando llevar a cabo una inspección domiciliaria en su sede.

Para tratar de justificar la necesidad de inspección, se reproduce en la Orden de Investigación parte de la Resolución del Consejo de la CNC de la misma fecha en la que se indicaba la necesidad de extremar la vigilancia sobre la posible coordinación de comportamientos de los asociados de *UNESA*.

Se solicitó autorización judicial, si bien, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 15 de Madrid, en su Auto de 2 de noviembre de 2009 autoriza la inspección en la sede de *UNESA*, en términos también inconcretos, por la supuesta «existencia de posibles prácticas anticompetitivas en el seno de *UNESA* en relación con el diseño de la coordinación de estrategias y comportamientos competitivos de las empresas asociadas».

Presentado recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN, se dictó Sentencia en fecha 2 de junio de 2011 por la que se consideró que no había sido infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio y las demás alegaciones de la recurrente a excepción de que también se recurrió la inadmisión por el Consejo de la CNC del recurso de la misma parte por considerar que era acto de mero trámite. La Sala de la AN, si bien en la fundamentación jurídica acoge el recurso en este aspecto al considerar que aunque se considere de trámite, al tratarse de protección de derechos fundamentales, es de trámite cualificado y cabe recurso vía art. 47 de la LDC, aunque en la parte dispositiva no se hace referencia a esta estimación. En cuanto al fondo del asunto, la AN considera que toda vez que se obtuvo autorización judicial, el juez controló la legalidad de la Orden de Investigación en relación con la inviolabilidad del domicilio⁸³, por lo que aquí cabe examinar si dentro del domicilio de la inspeccionada, la actuación inspectora comporta violación del secreto de la comunicación abogado-cliente, o del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados de UNESA y del derecho de defensa, llegando la Sala a la conclusión de que ninguno de estos derechos había sido vulnerado.

El TS en su STS de 10 de diciembre de 2014 entra en el examen del recurso y después de rechazar el motivo primero, estima el segundo por considerar que tanto las órdenes de investigación como las autorizaciones judiciales deben contener especificaciones que indiquen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación de manera que permitan saber a las empresas qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación⁸⁴, ya que según se ha indicado en la jurisprudencia europea⁸⁵ la definición del objeto y finalidad de las inspecciones resulta elemento fundamental para el respeto a los derechos de defensa.

Por tanto, la definición del objeto y finalidad de la inspección resulta una exigencia fundamental para el respeto de los derechos de defensa de los inspeccionados y también para que puedan comprender cuál es el alcance del deber de colaboración con la autoridad de competencia⁸⁶.

En consecuencia, se estima el recurso, se casa la Sentencia y se anula, asimismo, el Acuerdo de la CNC que inadmitió el recurso; también se anula la Orden de Investigación y las actuaciones inspectoras.

Los recursos de *Transmediterránea* corrieron la misma suerte que los de *UNESA*.

La Directora de Investigación dictó Órdenes de Investigación contra *Transmediterránea* y *Transmediterránea Cargo* respecto de sus oficinas sitas en Alcobendas y Palma de Mallorca. Redactadas en los mismos términos se señalan como objeto «verificar la existencia, en su caso, de actuaciones

⁸³ FJ 3.º

⁸⁴ FJ 5.º

⁸⁵ STS de 25 de junio de 2014, asunto *Nexans/Comisión* y de 24 de noviembre de 2014, asunto *Orange/Comisión*.

⁸⁶ FJ 5.º

de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Se pretende justificar la delimitación del objeto y, para ello, se continúa: «consistentes, en general, en acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales no equitativas y, así como, cualquier otra conducta que pudiera contribuir al riesgo del mercado».

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, confirma la legalidad de las Ordenes de Investigación, diciendo que contenían suficiente información sin necesidad de mayores concreciones, tanto en el ámbito objetivo como en el temporal.

Por el contrario, para el TS no merecen las Órdenes de Investigación que tengan contenido mínimo delimitativo del objeto y finalidad de la inspección. Así en su STS de 27 de febrero de 2015 declara que las dos Ordenes de Investigación, redactadas de forma idéntica, resultan sumamente genéricas e incurrir en claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación, pues se refieren como conductas inspeccionadas a aquellas contrarias a los arts. 1 y 2 LDC y arts. 101 y 102 TFUE, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercados, la fijación de precios, fijación de condiciones comerciales, imposición de precios, imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado del transporte marítimo regular de peaje, vehículos en régimen de pasaje y carga⁸⁷. Considera el TS que tales órdenes no delimitan, como exige el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC, las conductas objeto de investigación. Por ello, estima el recurso anulando las Ordenes de Investigación citadas por infracción del art. 40 de la LDC y del art. 13 del RDC en relación con el art. 20.4 del Reglamento 1/2003, anulando también el Acuerdo del Consejo de la CNC de 2 de junio de 2010 que inadmitió el recurso.

El TS, tanto en la Sentencia *UNESA*, como en la Sentencia de *Transmediterránea*, consideró que las Ordenes de Investigación que autorizaban las inspecciones no delimitaron suficientemente el objeto y finalidad de la investigación al no definir claramente cuáles eran las conductas objeto de investigación, ni en qué actividades y ámbito geográfico concreto aquellas habían podido tener lugar⁸⁸.

4. LAS INSPECCIONES QUE LA LEY 3/2013 DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA HABILITA

La Ley 3/2013, de 4 de junio, creó la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) cuyo objeto es velar por el correcto

⁸⁷ FJ 9.º

⁸⁸ RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, J., *op. cit. ut supra*, nota 79.

funcionamiento de los mercados y la libre competencia en beneficio de los consumidores y usuarios. Para ello, no solo asume las funciones de aplicar la Ley 15/2007, de 13 de julio de cuya misión se venía ocupando la CNC, sino también otras muchas que le otorga el Capítulo II, entre los que destaca la supervisión y control de determinados sectores que venía siendo realizadas por distintos órganos cuyas principales funciones asume, quedando las meramente administrativas encomendadas a determinados departamentos ministeriales, en los términos que establece la Ley. Sigue siendo, a nuestro juicio, la principal misión de la CNMC la aplicación de la LDC en lo que respecta al control de concentraciones económicas y de sancionar las conductas que supongan impedir, restringir o falsear la libre competencia.

Como no podía ser de otra manera, la Ley 3/2013 encomienda a la nueva entidad CNMC las funciones de inspección y sancionadoras necesarias para garantizar la efectiva aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia⁸⁹. En consecuencia el art. 27 de la misma Ley habilita para que los funcionarios de la CNMC lleven a cabo inspecciones domiciliarias en términos similares a los contenidos en el art. 40 de la LDC, que se deroga.

Para llevar a cabo una inspección los funcionarios actuantes deberán estar autorizados por escrito por el director de Competencia de la CNMC. Para el supuesto de que la empresa se oponga a la inspección o haya riesgo de que pudiera así ocurrir, deberá obtenerse una autorización del Juzgado de lo Contencioso-administrativo del lugar en que vaya a llevarse a cabo la inspección, en los términos que ya venían establecidos.

La CNMC ha publicado recientemente en su página web un documento titulado «Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia». Dicha nota informativa, como su propio nombre indica, no tiene ninguna fuerza normativa pero sí resultará de utilidad para que las empresas conozcan, para el supuesto en que vayan a ser inspeccionadas, la forma en que se pretenderá llevar a cabo la inspección, los fundamentos legales de las funciones inspectoras y las consecuencias de negarse a la inspección u obstruirla.

Debe darse la bienvenida a documentos como este, que, aunque sin fuerza normativa, reglan y clarifican las inspecciones, dotando de mayor transparencia a las actuaciones de la Dirección de Competencia e informando a las empresas de la forma en que se van a realizar en su caso las inspecciones, y la fundamentación legal de las funciones que desarrollan.

No obstante, pese a la opinión favorable que en general nos merece el documento, hay algunos supuestos en los que debemos manifestar nuestro desacuerdo. Así en la Nota informativa se dice que los inspectores de la CNMC personados en la sede de la empresa sometida a inspección se

⁸⁹ Art. 29 de la Ley 3/2013.

identificarán y notificarán a la misma la correspondiente Orden de Investigación⁹⁰, hasta aquí estamos de acuerdo. También tenemos que estar de acuerdo con el primer inciso del párrafo A-5, en cuanto que ajustándose a la legalidad afirma que en los supuestos de oposición o riesgo de oposición a la inspección, la CNMC solicitará la correspondiente autorización de entrada en domicilio.

No podemos compartir el criterio que a continuación se explicita en el mismo párrafo. Se dice: «La notificación del correspondiente Auto Judicial se producirá cuando la empresa o sus representantes legales se opongan a la inspección, o se produzca, a juicio de los inspectores, retraso injustificado en la entrada, y en todo caso, siempre que dicho Auto así lo disponga». Evidentemente en contadísimos casos va a contener el Auto una disposición concreta de este tipo, entre otras razones, porque los jueces entienden que solicitado y obtenido el Auto Judicial la entrada se va a producir en base y fundamento al mismo, es lo que ocurre siempre en la vía penal a la que están más acostumbrados a otorgar autorizaciones de entrada en domicilios. Además, el Auto judicial puede contener matizaciones y/o restricciones a las facultades que previamente estableció el director de Competencia en su Orden de Investigación.

El inspeccionado, pese a su obligación de permitir la entrada para inspeccionar, precisa conocer si esta se basa solo en la Orden administrativa o si se ha producido control judicial sobre la misma, ya que tal autorización no debe ser automática sino que al juez se le ha otorgado la potestad de controlar que no se produzcan más limitaciones de las necesarias, y aunque no puede hacer un examen completo de la legalidad del acto administrativo, sí debe valorar una serie de parámetros entre los que destaca la afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas. Así se establece por la doctrina del TC, contenida, entre otras, en las SSTC 78/1992 y 160/1991.

Por ello, y a fin de no dañar los derechos de defensa del inspeccionado, debe este conocer si la Orden de Inspección ha sido sometida o no a control judicial y cuál ha sido la argumentación del juez para autorizar la entrada y sus términos.

La autorización judicial es, en definitiva, una garantía más para el inspeccionado, que debe valorar para su defensa, así como los razonamientos y, en su caso, limitaciones que haya podido establecer el juez en su resolución.

Entendemos que si previamente a intentar la inspección en el domicilio de la empresa, se recurrió a la autorización judicial, el contenido de la misma no puede ser hurtado a la empresa inspeccionada.

Resulta adecuado que se señale en el párrafo A-3 que la Orden de Investigación es recurrible ante la Sala de Competencia del Consejo de la

⁹⁰ Párrafo A-3.

CNMC en plazo de diez días. Se echa de menos que no se diga lo mismo de la posibilidad de recurrir el acto administrativo de la inspección que vendrá plasmado en el Acta de Inspección. Con frecuencia, el recurso se lleva a cabo contra ambos. Debemos entender que la Resolución del Consejo debe advertir a las partes de su facultad de recurrir en vía jurisdiccional ante la AN.

Bueno es el recordatorio de la exigencia legal que se hace al decir que los inspectores actuarán de manera proporcionada durante la inspección en el marco de la Orden de Investigación⁹¹. Pero esta previsión no parece conectarse con otra norma anterior que hace depender la información en relación con el objeto y alcance de la inspección de la Orden de Investigación con el momento procesal en que se produzca la misma e incluirá las presunciones que la Dirección de Competencia se propone verificar⁹². No se comprende bien lo que quiere decir esta norma, pero, en todo caso, no puede imponer menos garantías de la delimitación de la inspección, su finalidad y documentación que se pretende examinar, todo ello, en los términos que exige el art. 27 de la Ley 3/2013.

Se señala, en otra de las normas, la posibilidad de la empresa de ser asistida por abogado, interno o externo, pero se hace constar que la presencia de abogado no será requisito necesario para el inicio de la inspección⁹³. Si bien estas precisiones son acordes con la legislación, no es menos cierto que las empresas (pequeñas y medianas) no cuentan, por lo general, con abogado fijo en la plantilla, por lo que al producirse la inspección por sorpresa, tienen que localizar al abogado externo o, incluso, de realizarse la inspección en una dependencia distinta de los edificios de la empresa, sita en otra ciudad, el abogado externo tendrá que localizar un colega en dicha ciudad para que asista a la inspeccionada. Hasta la fecha, no ha habido grandes incidencias a la hora de esperar a que el abogado acuda para asesorar en la inspección, pero bueno hubiera sido que hubiese hecho constar que se esperará un tiempo prudente para comenzar la inspección (por ejemplo, máximo de dos horas o tiempo menor según el conocimiento que se tenga de la práctica).

Una norma importante es la del párrafo B-13 y concretamente el control que parece establecer para frenar los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores que venía realizando la inspección en tiempo de la CNC.

Se dice en aquella que para la selección de documentación relevante en formato electrónico se realizaron filtrados sucesivos utilizando determinados criterios de búsqueda sobre la información inicialmente seleccionada. Dichos criterios de búsqueda serán facilitados a la empresa al finalizar la inspección, se concluye.

⁹¹ Párrafo B-8.

⁹² Párrafo A-4.

⁹³ Párrafo B-9.

Esta norma tiene conexión con la que contiene el último párrafo de la que se establece en el párrafo B-12. Aquí se dice que para evitar que se recaben, por los inspectores, documentación relacionadas con la intimidad de las personas o con las comunicaciones abogado-cliente, la empresa y sus trabajadores deberán colaborar con el equipo inspector poniendo en su conocimiento dichas circunstancias e identificando dicha información a fin de que no sea recabada. Finalmente, en relación con este importante tema, en el párrafo B-16, se establece que al finalizar la inspección, la documentación copiada inicialmente y no seleccionada durante las fases de filtrado será entregada a la empresa o destruida y los archivos digitales no seleccionados, borrados de forma segura de los dispositivos electrónicos de la CNMC.

Evidentemente, esta autorregulación que se impone la CNMC en el ejercicio de sus funciones inspectoras supone un paso importante en el cumplimiento de las exigencias legales al tiempo que un freno a los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores que hacía su antecesora, la CNC, aunque no creemos que sea suficiente para cumplir en los términos que han establecidos los Tribunales europeos sobre el respecto a los documentos confidenciales y en especial a las comunicaciones abogado-cliente sobre los que la jurisprudencia europea tiene establecido que no podrá, en ningún caso, tener conocimiento de la misma aunque inmediatamente se devuelva o se destruya⁹⁴, pues ello no sirve para reparar los perjuicios derivados del conocimiento por la autoridad administrativa de un documento protegido por la comunicación abogado-cliente, cuyo mero hecho es por sí una violación del carácter protegido.

Muchas autoridades de la competencia de diversos países europeos, con posterioridad a la inspección, pero, en todo caso, antes de analizar el contenido de los documentos identificados durante la inspección, piden a los representantes de la empresa inspeccionada y a sus abogados que revisen el contenido de la documentación copiada para identificar los documentos que no se encuentran dentro del objeto de la investigación, son de naturaleza privada o están protegidos por el secreto abogado-cliente. La autoridad de competencia se compromete a no acceder a la documentación obtenida en la inspección hasta que la revisión por parte de la empresa no se ha llevado a cabo⁹⁵.

En la actual autoridad española de la competencia CNMC se aprecia, en definitiva, un cambio de talante, interés, por lo general, de hacer las cosas bien, al tiempo que se ha abandonado el carácter inquisitorial empleado por la CNC, aunque sin menoscabo de sus funciones de velar por la competencia y, en su caso, descubrir y sancionar al infractor, para lo que no se precisan tantas inspecciones ni el que se lleven a cabo de forma tan agresiva con el volcado del contenido de todos los discos duros de los ordenadores.

⁹⁴ Por todas, véase Sentencia asunto *Akzo*, antes citada.

⁹⁵ CANTOS BAQUEDANO, F., y SANTOS LORENZO, S., *op. cit. ut supra*, nota 36.

Así en el año 2014 la CNMC realizó ocho inspecciones y en el periodo comprendido entre enero de 2015 y enero de 2016 se llevaron a cabo un total de diez inspecciones en 35 empresas. La prioridad de la autoridad de la competencia sigue siendo la lucha contra los cárteles, para lo cual incorporan sancionar también a las personas físicas que directamente participaron en los mismos, tal y como posibilita la Ley, aunque últimamente no eran sancionadas.

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Antonio Muñoz y Ferraz

Departamento de Economía II y Estadística
Universidad Complutense de Madrid

Marta Zubizarreta Ariz

Departamento de Estadística y Métodos Cuantitativos

Universidad Complutense de Madrid

Patricia López-Cerdas

Departamento de Estadística y Métodos Cuantitativos
Universidad Complutense de Madrid

EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La economía colaborativa, también denominada economía de plataformas, es un fenómeno que ha surgido en los últimos años y que ha generado un gran debate en la sociedad. Este tipo de economía se basa en el uso de plataformas digitales para conectar a los usuarios y facilitar la prestación de servicios. En este artículo se analiza el impacto de la economía colaborativa en el mercado de trabajo y en la sociedad en general. Se discuten los aspectos positivos y negativos de este tipo de economía y se proponen algunas medidas para mitigar sus efectos negativos.

La economía colaborativa es un fenómeno que ha surgido en los últimos años y que ha generado un gran debate en la sociedad. Este tipo de economía se basa en el uso de plataformas digitales para conectar a los usuarios y facilitar la prestación de servicios. En este artículo se analiza el impacto de la economía colaborativa en el mercado de trabajo y en la sociedad en general. Se discuten los aspectos positivos y negativos de este tipo de economía y se proponen algunas medidas para mitigar sus efectos negativos.

La economía colaborativa es un fenómeno que ha surgido en los últimos años y que ha generado un gran debate en la sociedad. Este tipo de economía se basa en el uso de plataformas digitales para conectar a los usuarios y facilitar la prestación de servicios. En este artículo se analiza el impacto de la economía colaborativa en el mercado de trabajo y en la sociedad en general. Se discuten los aspectos positivos y negativos de este tipo de economía y se proponen algunas medidas para mitigar sus efectos negativos.

La economía colaborativa es un fenómeno que ha surgido en los últimos años y que ha generado un gran debate en la sociedad. Este tipo de economía se basa en el uso de plataformas digitales para conectar a los usuarios y facilitar la prestación de servicios. En este artículo se analiza el impacto de la economía colaborativa en el mercado de trabajo y en la sociedad en general. Se discuten los aspectos positivos y negativos de este tipo de economía y se proponen algunas medidas para mitigar sus efectos negativos.

La economía colaborativa es un fenómeno que ha surgido en los últimos años y que ha generado un gran debate en la sociedad. Este tipo de economía se basa en el uso de plataformas digitales para conectar a los usuarios y facilitar la prestación de servicios. En este artículo se analiza el impacto de la economía colaborativa en el mercado de trabajo y en la sociedad en general. Se discuten los aspectos positivos y negativos de este tipo de economía y se proponen algunas medidas para mitigar sus efectos negativos.

