



Rcd



REVISTA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA DISTRIBUCIÓN

(Revista jurídica especializada en competencia, publicidad y distribución comercial)

Con el Patrocinio de



THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY
1207 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3200
WWW.CHICAGO.LIBRARY.EDU

LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ

*Catedrático de Derecho Administrativo (acreditado)
Universidad de Valladolid*

RESUMEN

La normativa pone en manos de las autoridades de la competencia poderosas herramientas de investigación. Su límite se encuentra en el respeto a los derechos de los ciudadanos, algunos de los cuales tienen carácter fundamental. Esto hace que, con frecuencia, se produzca una tensión dialéctica entre los principios de eficacia y garantía. La jurisprudencia despliega un papel decisivo en la solución de los inevitables conflictos a que todo ello da lugar.

Palabras clave: Investigación, inspección, derechos de defensa, privacidad, deber de colaboración.

ABSTRACT

Competition authorities are endowed with strong investigatory powers. Undertakings must cooperate to the extent consistent with their fundamental rights. Not infrequently a balance must be struck between effectiveness and guarantee principles. The Courts play a decisive role in resolving the inevitable conflicts that all this leads.

Keywords: *Investigative powers, inspection, defence rights, privacy, active collaboration.*

SUMARIO

- I. *Potestades administrativas de investigación*
 1. *Su justificación, alcance y límites*
 2. *Normativa aplicable*
 3. *Modalidades*
- II. *Principios*
 1. *Reserva de ley: comporta limitaciones de los derechos de los ciudadanos*
 2. *Sujeción a procedimiento administrativo*
 3. *Necesidad y proporcionalidad*
 4. *Principio de igualdad, sin perjuicio de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la función investigadora*

5. *Especificidad de la investigación y afectación de la información a los fines para los que fue recabada*
6. *Eficacia: valor probatorio de las actas levantadas por los agentes de la autoridad*
- III. *Posición jurídica del interesado*
 1. *Deber de someterse a la investigación*
 2. *Deber de colaboración*
 3. *Garantía de los derechos y libertades implicados*
 - 3.1. *Privacidad: inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y protección de datos personales*
 - 3.2. *Derechos de defensa del interesado*
 - 3.2.1. *Confidencialidad del asesoramiento legal entre Abogado y cliente*
 - 3.2.2. *Derecho a la no autoinculpación*
 - 3.3. *Libertad de empresa y propiedad privada: protección de la información confidencial y deber de secreto profesional*
- IV. *Solicitud de información*
 1. *Solicitud*
 2. *Información necesaria*
 3. *Obligatoriedad de facilitar la información solicitada: su alcance*
 4. *Entrevistas*
- V. *Inspección*
 1. *Autoridades y órganos competentes*
 - 1.1. *Inspecciones realizadas por las autoridades europeas: auxilio de las autoridades estatales y respeto al Derecho nacional aplicable*
 - 1.2. *Inspecciones realizadas por las autoridades españolas*
 2. *Requisitos*
 - 2.1. *Necesidad de la inspección*
 - 2.2. *Título jurídico que habilita para la inspección*
 - 2.2.1. *Inspecciones ordenadas por simple acuerdo*
 - 2.2.2. *Inspecciones acordadas por decisión*
 - 2.3. *Consentimiento del interesado o autorización judicial*
 3. *Facultades que se reconocen a los inspectores*
 - 3.1. *Acceso a los locales de la empresa, a cualquiera de sus dependencias y al domicilio de directivos y empleados*
 - 3.2. *Examen de la documentación, incluida la posibilidad de obtener copias*
 - 3.3. *Precinto temporal de locales y retención de libros y documentos relativos a la actividad empresarial*
 - 3.4. *Solicitud de información a directivos y empleados*
 4. *Terminación del procedimiento: levantamiento del acta de inspección*
 5. *Control judicial*

I. POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE INVESTIGACIÓN

1. Su justificación, alcance y límites

Los comportamientos empresariales ilícitos no suelen ser aparentes. Las empresas acostumbran a restringir la rivalidad competitiva, o a lesionar los intereses de los consumidores, desde la penumbra de los despachos o la discreción de los comedores privados. De ahí que la normativa potencie los mecanismos que facilitan el descubrimiento de las infracciones, como sucede con la introducción de los programas de clemencia. En este contexto, se inscriben las potestades administrativas de investigación e inspección⁽¹⁾, sin las que la detección y prueba de las actuaciones anticompetitivas (especialmente, los cárteles) resultaría muy difícil. Hay

⁽¹⁾ RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo económico*, 4.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 161 y ss.

que tener en cuenta que la información relevante suele ser cuidadosamente ocultada por los interesados⁽²⁾.

Aceptada la necesidad de las potestades de investigación, es preciso asegurar también su adecuada configuración jurídica. En esta actividad se expresa de manera nítida la *tensión entre los principios de eficacia y garantía*⁽³⁾.

(i) Por una parte, la normativa pone en manos de las autoridades de la competencia poderosas herramientas de investigación, que tratan de asegurar una respuesta eficaz frente a los comportamientos anticoncurrenciales. Estas potestades se refuerzan con la imposición a la empresa del deber de colaborar activamente en la investigación, así como con el reconocimiento a determinados funcionarios de la condición de agentes de la autoridad (art. 13.4 RDComp).

(ii) Por otra parte, las potestades administrativas de investigación encuentran su frontera en el respeto a los derechos de los ciudadanos, algunos de los cuales tienen carácter fundamental. De ahí que la normativa haya incrementado también las garantías procedimentales, en respuesta a las críticas que durante años suscitó el ejercicio de estas facultades por las autoridades (europeas)⁽⁴⁾.

2. Normativa aplicable

En cuanto a la *normativa aplicable*, hay que distinguir en función de la autoridad que lleve a cabo la investigación y el lugar de establecimiento de las empresas:

(i) Las actuaciones realizadas por la *Comisión Europea* en relación con la aplicación de los arts. 81-82 TCE se rigen por el R. 1/2003, que delimita las facultades de la autoridad comunitaria. Al ejercer sus potestades de investigación, la Comisión debe respetar también los derechos implicados, en los términos en que son garantizados por la normativa nacional (art. 20.7 R. 1/2003), que —por ejemplo— puede condicionar la inspección domiciliaria a su previa autorización judicial.

(ii) Las investigaciones realizadas por las *autoridades nacionales* se rigen por la normativa local, también cuando aplican de manera descentralizada los arts. 81-82 TCE.

(iii) Las *empresas radicadas fuera de la UE* no se someten a las facultades de investigación de la Comisión Europea, salvo que estén establecidas en los países EFTA que hayan suscrito el acuerdo sobre el Área Económica Europea⁽⁵⁾. Con todo, la creciente cooperación internacional en materia de defensa de la competencia —edificada sobre acuerdos internacionales y bilaterales—, permite paliar estas deficiencias. A estos efectos, en general, se contempla el intercambio de información, así como la posibilidad de solicitar a la autoridad nacional del país de establecimiento que investigue o intervenga, para poner fin a prácticas que inciden en territorio comunitario (acuerdo UE-EE.UU.).

(2) JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law, Second Edition*, Oxford University Press, 2004, pág. 1060.

(3) RCNC de 3.10.2008, asunto *L'Oréal* (expdte. R. 0005/08), FJ 1.º; RCNC de 3.10.2008, asunto *Stampa* (expdte. R. 0006/08), FJ 2.º.

(4) VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4th Edition, Kluwer Law Int., 2005, págs. 1051 y 1056.

(5) ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC Competition Procedure*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2006, págs. 256 y ss.

3. Modalidades

Los poderes de investigación de las autoridades de defensa de la competencia se agrupan en las tres siguientes modalidades, ordenadas en una escala de menor a mayor intensidad de intervención:

(i) *Investigación por sectores o tipos de prácticas anticompetitivas.* La Comisión Europea podrá proceder a una investigación general en un sector determinado, o en un tipo de acuerdos comunes a diversos sectores económicos, cuando la evolución de los intercambios entre Estados miembros, la rigidez de los precios u otras circunstancias hagan presumir que pueda limitarse o falsearse la competencia dentro del mercado común (art. 17.1 R 1/2003). A estos efectos, la Comisión podrá recabar de las empresas la información necesaria, así como efectuar las inspecciones pertinentes⁽⁶⁾.

La CNC puede desplegar también este tipo de actuaciones, sobre la base de las genéricas potestades de investigación que tiene reconocidas (art. 26 LDComp).

(ii) La Comisión Europea puede *requerir información* a las empresas, mediante una simple solicitud (art. 18.2 R. 1/2003), o a través de una decisión (art. 18.3 R. 1/2003). La solicitud de información sólo es legítima en la medida en que sea *necesaria* para la realización de la investigación de que se trate. No obstante —como después veremos—, se reconoce a la Comisión una amplia discrecionalidad para valorar la conveniencia de la puesta en marcha de estos procedimientos. Asimismo —con el fin de recopilar información en relación con el objeto de una investigación—, la Comisión podrá oír a toda persona que acepte ser entrevistada (art. 19.1 R. 1/2003).

Por su parte, la normativa española impone a las empresas el deber de proporcionar a la CNC —previo requerimiento de ésta— toda clase de datos e informaciones de que dispongan, siempre que sean necesarios para la aplicación de la Ley (art. 39.1 LDComp). Con carácter general, dicha información deberá ser suministrada en el plazo de 10 días, salvo que —por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso— se fije un plazo distinto.

(iii) La normativa habilita a la Comisión Europea a llevar a cabo *inspecciones* en los locales de la empresa, o incluso, en los domicilios de sus directivos (art. 20.1 R. 1/2003). En el mismo sentido, la legislación española permite al personal de la CNC —siempre que esté debidamente autorizado por el Director de Investigación— «realizar cuantas inspecciones sean necesarias» para la debida aplicación de la normativa de defensa de la competencia (art. 40.1 LDComp).

A este respecto, conviene hacer algunas precisiones iniciales:

(i) Son susceptibles de ser investigadas las *empresas*, incluidas las públicas, no —en cambio— las autoridades públicas⁽⁷⁾.

(ii) La puesta en marcha de una investigación puede producirse por *propia iniciativa* —de la Comisión Europea o de las autoridades nacionales—, o por *denuncia* de un tercero. No obstante —en el Derecho comunitario—, sólo los Estados miembros están en todo caso legitima-

⁽⁶⁾ WHISH, R., *Competition Law*, 5th edit., LexisNexis, 2003, pág. 261.

⁽⁷⁾ KERSE, C. S., KAHN, N., *EC Antitrust Procedure*, 5th Edith., Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2005, pág. 158.

dos para interponer una denuncia, mientras que las personas, físicas o jurídicas, necesitan ser titulares de un interés legítimo (art. 7.2 R. 1/2003). Con todo, la falta de legitimación no impide que —a partir de dichos datos— la Comisión Europea, por propia iniciativa, pueda poner en marcha una investigación (art. 7.2 R. 1/2003)⁽⁸⁾. Lo mismo sucede con las denuncias anónimas o informales, que en todo momento pueden hacerse llegar a los órganos comunitarios.

(ii) La elección de las medidas de investigación forma parte de la discrecionalidad de las autoridades de defensa de la competencia. Las circunstancias concurrentes y la naturaleza de la infracción deben ayudar a decidir si basta una solicitud de información o si —por el contrario— conviene la puesta en práctica de una investigación. De especial relevancia son las inspecciones por sorpresa, que —con frecuencia— son simultáneamente realizadas en las oficinas de las empresas implicadas⁽⁹⁾.

II. PRINCIPIOS

Las potestades administrativas de investigación inciden en los derechos de los ciudadanos⁽¹⁰⁾. No se trata de una pura intervención informativa, de cumplimiento voluntario para los destinatarios, sino del ejercicio de poderes coercitivos. Esto explica su sujeción a una serie de principios generales, comunes a toda intervención administrativa de limitación u ordenación.

⁽⁸⁾ VAN BAEL & BELLIS, *Competition...*, 4 th. Edition, cit., pág. 1040.

⁽⁹⁾ «Asimismo debe destacarse la especial importancia que tiene en las inspecciones en materia de defensa de la competencia el carácter sorpresivo de la actuación de los inspectores, y la necesidad de que, en aras a garantizar su eficacia, se dé comienzo a las inspecciones con carácter inmediato tras la notificación de la correspondiente orden de investigación. La propia naturaleza de la documentación que se busca confirma la especial importancia del carácter sorpresivo de las inspecciones en materia de competencia. Así, mientras en el caso de las inspecciones laborales y tributarias parte importante de la documentación que se pretende obtener es documentación que las empresas tienen el deber legal de tener en su poder, consistiendo la infracción en la no tenencia de tales documentos que demuestren que la empresa cumple con sus obligaciones legales, en el caso de las inspecciones de la CNC prácticamente la totalidad de la información útil para el expediente sancionador en cuestión, consiste en comunicaciones y datos que no deben constar y cuyo descubrimiento permite la imputación de las empresas inspeccionadas [...]. Existe por último un factor determinante de la trascendencia que tiene la rapidez y el carácter sorpresivo de las inspecciones de la CNC, en particular, el hecho de que usualmente se lleven a cabo varias inspecciones en diversas empresas simultáneamente, de manera que la demora en el inicio de una de ellas y la posibilidad de que ésta sea informada por el resto de las empresas en las que ya se haya iniciado la inspección sobre el objeto de la misma generaría un gran riesgo de eliminación de información y pondría en peligro la eficacia de la actuación inspectora y la finalidad perseguida con la misma. Por todo ello es evidente que la denegación del acceso a una dependencia de la empresa inspeccionada y, en general, el retraso injustificado del comienzo de la inspección, constituye específicamente una clara obstrucción a la inspección». RCNC de 24-7-2008, asunto *Caser-2* (expte. SNC 02/08). Además, «el ordenador personal de un empleado de una empresa inspeccionada puede contener mayor volumen de documentación comercial que una habitación repleta de documentos, en muchas ocasiones mezclada sin una separación clara en los archivos informáticos del ordenador con documentación personal del propio empleado. Esta situación puede repetirse en toda la empresa dando lugar a un volumen ingente de documentación sobre la que la autoridad de competencia debe ejercer su labor de inspección en un tiempo breve, sin menoscabar el funcionamiento normal de la empresa.

En segundo lugar, el desarrollo tecnológico permite igualmente que la información y documentación existente en los sistemas de información de la empresa (servidores, ordenadores, etc.) sea fácilmente alcanzable y rápidamente eliminada por terceros situados en un lugar remoto (distinto de la sede de la empresa) si se dispone de las herramientas informáticas adecuadas. Ambas características: volumen ingente de información y facilidad para su eliminación, unidas al carácter frecuentemente secreto, furtivo y clandestino de la información que se busca, son elementos que no pueden dejar de tomarse en consideración a la hora de evaluar la actividad inspectora de cualquier autoridad de competencia». RCNC de 3-10-2008, asunto *Stampa* (expdte. R 0006/08), FJ 2.º.

⁽¹⁰⁾ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 67 y 76.

1. Reserva de ley: comporta limitaciones de los derechos de los ciudadanos

La reserva de ley es un principio básico al que ha de sujetarse cualquier actividad administrativa que limite la libertad de los ciudadanos. Hay que tener en cuenta que la *Unión Europea* se configura como una organización de Derecho, basada en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 6.1 TUE). Además —en calidad de principios generales del Derecho comunitario—, la Unión respetará los derechos fundamentales, tal como se garantizan en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH), y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.2 TUE). En concreto, esta norma reserva a la ley cualquier injerencia de la autoridad pública en su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia (art. 8.2 CEDH).

Así las cosas —a nivel europeo—, la reserva de ley se entiende cubierta por el R. 1/2003, que define las potestades de la Comisión en esta materia⁽¹¹⁾. Por otra parte, las actuaciones de investigación que desarrolle la Comisión Europea, no sólo deben respetar la normativa comunitaria (R. 1/2003), sino también el Derecho del país en el que se practiquen. En particular, el Juez nacional debe autorizar la entrada en las instalaciones de la empresa o de sus directivos (art. 20.7 R. 1/2003)⁽¹²⁾.

En el *Derecho español*, la actividad de investigación incide de lleno en algunos derechos fundamentales de los ciudadanos, sujetos a la reserva de ley: privacidad (art. 18 CE), derechos de defensa (art. 24.2 CE), libertad de empresa (art. 38 CE) o propiedad privada (art. 33 CE). Por otra parte —en los espacios no cubiertos por éstos—, dicha actividad se traduce en deberes y limitaciones a la actividad de los interesados. De ahí que —por una u otra vía— esta intervención administrativa, necesariamente, se sitúe bajo el paraguas del principio de reserva de ley (art. 53.1 CE)⁽¹³⁾. Desde la perspectiva del Derecho interno, la exigencia del principio de legalidad se ve suficientemente cubierta por la LDComp, que contiene la regulación sustantiva en la materia, después precisada a nivel reglamentario.

2. Sujeción a procedimiento administrativo

Las actuaciones de investigación no siempre se desarrollan en el seno de un procedimiento sancionador, sino que —con frecuencia— son el camino para descubrir indicios de conductas anticompetitivas. Así lo expresa la normativa, que permite a la *Comisión Europea* ejercer sus potestades, no sólo durante la tramitación del expediente, sino también antes de incoar el procedimiento (art. 2.3 R. 773/2004). Lo mismo se prevé en el *Derecho español*: ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada —incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas—, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador (art. 49.2 LDComp).

(11) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 167.

(12) BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, 6th edition, Oxford, University Press, 2008, págs. 1209-1210.

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 14.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 252; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Iustel, Madrid, 2004, págs. 250-251.

En todo caso, interesa ahora destacar que la *función de investigación no constituye una actuación material —sino jurídica— de la Administración*. La consecuencia es que la investigación, necesariamente, debe realizarse con sujeción a un procedimiento administrativo formalizado, en el que: (i) se justifiquen las medidas a adoptar; (ii) se delimite su objeto y finalidad; (iii) se satisfagan las exigencias que la normativa establece para la protección de los derechos de los interesados (autorización judicial para la entrada en el domicilio); (iv) eventualmente, se solicite la cooperación de otras autoridades; (v) y se deje constancia de lo actuado (acta de inspección). Como es natural, esto no impide la realización de inspecciones por sorpresa, que —en muchos casos— resultan imprescindibles.

Esta exigencia está implícita en la normativa *comunitaria*, tanto en los casos en que —por simple acuerdo o decisión— se requiere información (art. 18.2 y 3 R. 1/2003), como cuando se llevan a cabo inspecciones (art. 20.3 y 4 R. 1/2003). En el *Derecho español*, su sujeción a un procedimiento administrativo es una exigencia constitucional [art. 105.c CE]⁽¹⁴⁾. Además —si la investigación se lleva a cabo en el seno de un procedimiento sancionador—, las actuaciones se verán también cubiertas por las específicas garantías que a éste acompañan.

3. Necesidad y proporcionalidad

Las actuaciones de investigación deben ser *necesarias y proporcionadas*, lo que no es más que una exigencia general del régimen jurídico propio de la Administración Pública (art. 9.3 CE). Estos principios se proyectan además de manera especialmente rigurosa sobre la actividad administrativa de investigación, que limita derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 8.2 CEDH).

Esto no excluye que se reconozca a las autoridades de defensa de la competencia un *gran margen de discrecionalidad a la hora de decidir la conveniencia de la puesta en práctica de las investigaciones*: «corresponde a la Comisión determinar si una información es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas sobre competencia. Aunque disponga ya de indicios o incluso de elementos probatorios sobre la existencia de una infracción, la Comisión puede legítimamente considerar necesario solicitar información adicional que le permita delimitar mejor el alcance de la infracción, así como determinar la duración de la misma y el círculo de las empresas implicadas»⁽¹⁵⁾. No obstante, «no basta que la información solicitada esté vinculada al objeto de la investigación. También es importante que la obligación de facilitar una información, impuesta a una empresa, no represente para ésta una carga desproporcionada con relación a las necesidades de la investigación»⁽¹⁶⁾.

4. Principio de igualdad, sin perjuicio de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la función investigadora

Como toda actuación administrativa, la inspección ha de respetar también el principio de *igualdad*, que impide la aplicación de un tratamiento discriminatorio, siempre que no existan

⁽¹⁴⁾ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado...*, cit., págs. 163 y ss.

⁽¹⁵⁾ STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginal 15. *Vid.*, también, STJCE de 22.10.2002, asunto C-94/00, *Roquette Frères v. Comisión*, marginal 78.

⁽¹⁶⁾ STPI de 12.12.1991, asunto T-39/1990, *SEP v. Comisión*, marginal 51. KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 157-158; VAN BAEL & BELLIS, *Competition...*, 4th Edition, cit., pág. 1069.

razones objetivas que lo justifiquen⁽¹⁷⁾. Con todo —como sucede con el ejercicio mismo de la potestad sancionadora—, la puesta en práctica de las facultades de inspección no necesariamente responde a criterios sistemáticos, sino selectivos. A este respecto, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido la *discrecionalidad administrativa de cara al establecimiento de las prioridades* para la puesta en práctica de unas u otras investigaciones, ya que —entre otras cosas— ello comporta una decisión organizativa respecto de los medios materiales y personales, que resultan siempre escasos⁽¹⁸⁾.

Así, «constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario»⁽¹⁹⁾.

Más aún —en el caso de que se sospeche un comportamiento anticompetitivo por parte de varias empresas que operen en el mismo sector—, la Comisión puede concentrar sus esfuerzos en una de ellas, invitando a los operadores económicos perjudicados por las restantes empresas a plantear el asunto ante las autoridades nacionales⁽²⁰⁾. De ahí que una empresa no pueda ampararse en el hecho de que la autoridad administrativa haya puesto en práctica sus facultades —de investigación o sanción— frente a ella, pero no respecto de las demás⁽²¹⁾. Esta actuación —por sí misma— no expresa desigualdad de trato, sino que puede responder a la búsqueda de la eficacia en la intervención pública.

5. Especificidad de la investigación y afectación de la información a los fines para los que fue recabada

Las actuaciones de investigación —y, en particular, las de inspección—, *específicamente, han de orientarse a la detección de concretos comportamientos anticompetitivos*. «El derecho de defensa, que debe respetarse ya desde el procedimiento de investigación preliminar, exige, por un lado, que se informe a las empresas, al dirigirles la solicitud de información [...] de la finalidad que persigue la Comisión y de las bases jurídicas de la solicitud y, por otro, que la información así recogida no sea posteriormente desviada del marco jurídico de la solicitud»⁽²²⁾. Las empresas no pueden someterse, pues, a investigaciones genéricas o a la búsqueda indiscriminada de datos (*fishing expedition*). A estos efec-

(17) STPI, asunto T-106/1996, *Wirtschaftsvereinigung Stahl v. Comisión*, marginal 103; STPI de 17.12.2003, asunto T-219/1999, *British Airways v. Comisión*, marginal 65.

(18) STJCE de 4.3.1999, asunto C-119/1997 P, *Ufex y otros v. Comisión*, marginal 88; STPI de 17.12.2003, asunto T-219/1999, *British Airways v. Comisión*, marginal 68.

(19) STPI de 18.9.1992, asunto T-24/1990, *Automec Srl v. Comisión*, marginal 77.

(20) STPI de 17.12.2003, asunto T-219/1999, *British Airways v. Comisión*, marginal 70.

(21) STPI de 17.12.2003, asunto T-219/1999, *British Airways v. Comisión*, marginales 65-71; STJCE de 4.3.1999, asunto C-119/1997 P, *Ufex y otros v. Comisión*, marginal 88.

(22) STJCE de 16.7.1992, asunto C-67/1991, *Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada y otros*, marginal 36.

tos, lo relevante es, pues, delimitar el objeto de la investigación, lo cual —como después veremos—, no significa que las autoridades de la competencia deban: (i) identificar previamente y de manera precisa los documentos a controlar⁽²³⁾; (ii) desvelar a los interesados toda la información de que dispongan.

El carácter finalista de la investigación —ligada a una concreta conducta— *impide utilizar la información fuera del marco legal en que fue conseguida* (art. 18.3 R. 1/2003). En esta misma línea, la normativa española dispone que la información a la que se accede mediante el ejercicio de las potestades administrativas de inspección sólo podrá ser utilizada para las finalidades previstas en la Ley (art. 40.5 LDComp).

Este principio tiene una proyección particular en el *intercambio de información entre las autoridades de defensa de la competencia*. Así, la normativa comunitaria contempla la transmisión de información —incluida la confidencial— entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, con la finalidad de aplicación de los arts. 81-82 TCE (art. 12.1 R. 1/2003). Los «Estados no están obligados a ignorar las informaciones transmitidas y a padecer, por tanto, “amnesia aguda” [...] Estas informaciones constituyen efectivamente indicios que, en su caso, pueden tenerse en cuenta, para justificar la apertura de un procedimiento nacional»⁽²⁴⁾.

No obstante, al mismo tiempo, se imponen algunos *límites* a la posibilidad de utilizar dicha información como medio de prueba: (i) sólo se utilizará a efectos de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE; (ii) habrá de respetarse la finalidad para la que fue recopilada por la autoridad remitente (art. 12.2 R. 1/2003). En cambio, la información intercambiada podrá ser utilizada: (i) para la aplicación del Derecho nacional al mismo asunto, (ii) siempre que no conduzca a un resultado diferente.

Por otra parte, la información intercambiada únicamente podrá utilizarse como medio de prueba para imponer sanciones a las personas físicas (art. 12.3 R. 1/2003):

— cuando la legislación de la autoridad remitente prevea dicho tipo de sanciones en relación con las infracciones de los arts. 81-82 TCE;

— o —si no es es el caso— cuando la información se haya obtenido respetando el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas que el que establecen las normas nacionales de la autoridad receptora. Sin embargo, en este caso, la información intercambiada no podrá ser utilizada por la autoridad receptora para imponer penas privativas de la libertad.

Esta regla se traslada a la *legislación española*. Con el fin de aplicar los arts. 81-82 TCE, la CNC podrá intercambiar con la Comisión Europea y con las autoridades de la competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa comunitaria (art. 18 LDComp).

⁽²³⁾ STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, *Hoechst v. Comisión*, marginal 27. *Vid.*, también, RCNC de 3.10.2008, asunto *Stampa* (expdte. R 0006/08), FJ 3.º

⁽²⁴⁾ STJCE de 16.7.1992, asunto C-67/1991, *Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada y otros*, marginal 39; STJCE de 19.5.1994, asunto C-36/1992 P, *SEP v. Comisión*, marginal 29.

6. Eficacia: valor probatorio de las actas levantadas por los agentes de la autoridad

Las potestades de investigación que se reconocen a las autoridades de la competencia sirven a la eficacia en la reacción frente a conductas anticompetitivas. En particular, hay que destacar a este respecto que —en la realización de las inspecciones—, el personal de la CNC, siempre que haya sido debidamente autorizado por el Director de Investigación, tendrá la condición de *agente de la autoridad* (art. 40.1 LDComp). El acta de inspección que levanten los funcionarios autorizados tendrá *valor probatorio* (art. 13.4 RDComp). Como bien establece este precepto, no se trata tanto del establecimiento de una presunción de veracidad de las denuncias formuladas por agentes de la autoridad, sino más bien del reconocimiento del valor probatorio de estas denuncias⁽²⁵⁾. El juzgador deberá tomar en cuenta la denuncia —junto con las demás pruebas existentes—, a efectos de fundar la correspondiente resolución. En todo caso —como puede comprenderse—, esta cualificación dota de particular eficacia a la actuación de los inspectores en materia de defensa de la competencia.

III. POSICIÓN JURÍDICA DEL INTERESADO

Las actuaciones de investigación son obligatorias para los destinatarios, a los que, además, se impone el deber de colaborar activamente en la realización de dichas tareas. No obstante, estas potestades encuentran su límite en los derechos de defensa de los interesados⁽²⁶⁾. La jurisprudencia ha tenido, pues, que trazar la difícil frontera entre ambas exigencias⁽²⁷⁾.

1. Deber de someterse a la investigación

En el *Derecho comunitario*, la obligatoriedad del sometimiento a las actuaciones de inspección está en función del acto jurídico en base al que se ejerzan dichas potestades:

(i) El *requerimiento de información* podrá realizarse mediante una *simple solicitud* (art. 18.2 R. 1/2003), o a través de una *decisión* (art. 18.3 R. 1/2003). En ambos casos, indicará la base jurídica y el objeto de la petición, especificará la información reclamada y fijará el plazo en que habrá de facilitarse, advirtiendo de las posibles sanciones para el caso de que se proporcione información inexacta o engañosa (art. 18.2 R. 1/2003). En el supuesto de que se solicite la información por decisión, podrá imponer multas coercitivas (art. 24 R. 1/2003), debiendo informar a los destinatarios de su derecho a recurrir dicho acto ante el TJCE.

(ii) Las *inspecciones* ordenadas por simple acuerdo (art. 20.3 R. 1/2003) no son obligatorias para las empresas. En cambio, éstas están sujetas a las que se instrumenten a través de una *decisión* (art. 20.4 R. 1/2003), siempre que se respeten las exigencias legales del país en el que aquélla deba desarrollarse y —en particular—, la previa obtención de mandamiento judicial (art. 20.7 R. 1/2003).

⁽²⁵⁾ CANO CAMPOS, T., *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho Administrativo sancionador*, Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

⁽²⁶⁾ STJCE de 15.10.2002, asuntos acumulados C-238/1999 P, C-244/1999 P, C-247/1999 P, C-250/1999 P y C-252/1999 P y C-254/1999 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión*, marginal 272; STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginal 32; STPI de 20.2.1991, asunto T-112/1998, *Mannesmannröhren-Werke v. Comisión*, marginal 63.

⁽²⁷⁾ ORTIZ BLANCO, L., *EC...*, Second Edition, cit., págs. 279 y ss.

En el *Derecho español*, se impone a las empresas el deber de proporcionar —a requerimiento de la CNC— toda la información de que dispongan, que sea necesaria para la aplicación de la Ley (art. 39.1 LDCComp). El plazo de remisión será de 10 días, salvo que —por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso— se fije de forma motivada otro diferente. La colaboración no implicará la condición de interesado en el procedimiento (art. 39.2 LDCComp).

Los órganos de la CNC advertirán al destinatario del plazo de que dispone para remitir la información, así como de la multa coercitiva que podrá ser impuesta en caso de incumplimiento (art. 17.1 RDCComp). Transcurrido dicho plazo, los órganos de la CNC podrán reiterar el requerimiento, fijando un nuevo plazo, que no podrá ser superior a la mitad del establecido inicialmente, apercibiendo al destinatario de que —una vez transcurrido— se impondrá una multa coercitiva (art. 17.2 RDCComp). Ésta se regirá por lo establecido en el art. 21 RDCComp (art. 17.3 RDCComp).

2. Deber de colaboración

La *normativa comunitaria* se asienta sobre el deber de colaboración activa durante la investigación: «el Reglamento n.º 17 no reconoce a la empresa objeto de una medida de investigación derecho alguno a sustraerse a la ejecución de dicha medida basándose en que la misma podría tener como resultado aportar la prueba de una infracción de las normas de competencia por ella cometida. Le impone, por el contrario, una obligación de colaboración activa, que implica que la empresa ponga a disposición de la Comisión todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación»⁽²⁸⁾.

Idéntico planteamiento subyace a la *legislación española*, que impone a toda persona física o jurídica, así como a los órganos de cualquier Administración Pública, el deber de colaboración con la CNC (art. 39.1 LDCComp).

3. Garantía de los derechos y libertades implicados

Las facultades de investigación de las autoridades de defensa de la competencia deben ejercerse respetando los derechos de los interesados. En el *Derecho español*, la actuación pública sólo puede desarrollarse dentro de los límites que marcan los derechos fundamentales (art. 53 CE). Por su parte, la *Unión Europea* —como hemos visto— debe respetar los derechos fundamentales recogidos en la CEDH, tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que se incorporan como principios generales del Derecho comunitario (art. 6.2 TUE).

En particular, la actuación de inspección compromete los siguientes derechos:

(i) *Privacidad*: inviolabilidad de domicilio; de la correspondencia; y protección de datos personales.

(ii) *Derechos de defensa*: confidencialidad de la correspondencia con el Abogado; derecho a la no autoinculpación.

⁽²⁸⁾ STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginal 27. ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, 2nd Edit., cit., págs. 250-251.

(iii) *Propiedad privada y libertad de empresa*: protección de la información confidencial y del secreto profesional.

3.1. *Privacidad: inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y protección de datos personales*

El ordenamiento jurídico depara protección a la privacidad, en sus distintas manifestaciones. Como hemos visto, el CEDH reconoce el derecho de toda persona al *respeto a su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia* (art. 8.1). La injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho requiere que se cumplan una serie de requisitos (art. 8.2): (i) debe estar prevista en la ley; (ii) ha de ser necesaria; (iii) y debe encontrar su justificación en una serie de causas, entre las que se encuentra la protección de los derechos y las libertades de los demás. A ello habría que añadir la exigencia de que existan vías efectivas de tutela frente a cualquier abuso, lo que —en la mayor parte de los países— se garantiza con la exigencia de autorización judicial previa.

Los *datos personales* contenidos en los documentos copiados u obtenidos por la Comisión Europea durante una inspección deberán ser procesados de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 45/2001 del PE y del Consejo, de 18-12-2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones comunitarias⁽²⁹⁾.

Por su parte —en el *Derecho español*—, el amparo constitucional a la privacidad ampara los siguientes derechos: (i) intimidad (art. 18.1 CE)⁽³⁰⁾; (ii) inviolabilidad del domicilio, que excluye cualquier entrada o registro en el domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito (art. 18.2 CE)⁽³¹⁾; (iii) secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial (art. 18.3 CE); (iv) protección frente a la recopilación y tratamiento informático de datos personales (art. 18.4 CE).

La aplicación del *derecho a la inviolabilidad del domicilio* a las inspecciones en materia de defensa de la competencia ha resultado incierta⁽³²⁾. A este respecto, se plantean dos problemas, íntimamente relacionados:

(i) En primer lugar, se suscita la cuestión de *si este derecho se predica también de las personas jurídicas*. La dificultad estriba en que algunos ordenamientos constitucionales lo extienden a las personas jurídicas (alemán, italiano), mientras que otros lo restringen a las personas

⁽²⁹⁾ *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, marginal 16.

⁽³⁰⁾ RCNC de 3.10.2008, asunto *L'Oréal* (expdte. R. 0005/08): la copia de documentos ajenos a la investigación (fotos privadas de empleados, curriculum vitae, correos electrónicos privados) no constituye vulneración del derecho a la intimidad, siempre que no se utilicen o divulguen fraudulentamente (FJ 4.º). Sobre la delimitación del derecho a la intimidad, *vid.* STC 110/1984, de 26.11, FFJJ. 3.º y 5.º.

⁽³¹⁾ MATIA PORTILLA, F. J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; LÓPEZ RAMÓN, F., *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, REALA, 1985, págs. 31 y ss.; QUINTANA LÓPEZ, T., «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», *REALA*, núm. 229, 1986, págs. 145 y ss.; NIETO GARCÍA, A., «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *RAP*, núm. 112, 1987.

⁽³²⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 165-168.

físicas (francés)⁽³³⁾. En este contexto, inicialmente, la jurisprudencia comunitaria rechazó su aplicación, destacando que este derecho se refería a los individuos, por lo que no era aplicable a las empresas⁽³⁴⁾. No obstante, su postura se ha modificado, al compás de la evolución de la jurisprudencia del TEDH. Desde los años noventa, el Tribunal de Estrasburgo entiende que la protección de la vida privada y del hogar puede extenderse también a ciertas actividades profesionales o económicas, así como a los locales de la empresa (asunto *Niemietz*). En palabras del TEDH, «*the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises*»⁽³⁵⁾. En esta línea, el TC español ha declarado también que el derecho a la inviolabilidad del domicilio se predica no sólo de las personas físicas, sino también de las personas jurídicas⁽³⁶⁾.

(ii) La segunda cuestión —directamente relacionada con la anterior— es la *delimitación de lo que se entiende por domicilio*. En este punto, el Derecho constitucional comparado ofrece también definiciones diversas: desde los ordenamientos que lo restringen a la morada personal (Francia), hasta los que lo extienden a los locales profesionales, industriales o comerciales (Alemania, Italia)⁽³⁷⁾. Como hemos visto, la *jurisprudencia europea* —después de reconocer que las personas jurídicas son titulares de este derecho— ha ampliado el concepto de domicilio, que abarca no sólo las dependencias de la empresa, sino también los locales de negocio de algunas personas físicas (profesionales). Idéntica evolución ha sufrido también la *jurisprudencia española*. El punto de partida fue la consideración del domicilio como morada de la persona física⁽³⁸⁾. No obstante —la aceptación de que las personas jurídicas son también titulares del derecho reconocido en el art. 18.2 CE⁽³⁹⁾—, inevitablemente, conduce a su ampliación a los locales de negocio.

⁽³³⁾ MATIA PORTILLA, F. J., *El derecho...*, cit., págs. 135 y ss. Este autor entiende que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no se extiende en España a las personas jurídicas.

⁽³⁴⁾ «No puede extraerse una conclusión diferente del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 prevé que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". El objeto de la protección de este artículo abarca el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales. Por otra parte, ha de señalarse la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión». STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, *Hoechst v. Comisión*, marginal 18.

⁽³⁵⁾ STEDH de 16.4.2002, asunto *Société Colas Est y otros v. Francia* (rec. núm. 37971/1997), marginal 41. A este respecto, se toma en cuenta que: «[...] the word "domicile" (in the French version of Article 8) has a broader connotation than the word "home" and may extend, for example, to a professional person's office (see *Niemietz* [...], p. 34, § 30). [...] In *Chappell v. the United Kingdom* (judgment of 30 March 1989, Series A no. 152-A, págs. 12-13, § 26, and pág. 26, § 63), the Court considered that a search conducted at a private individual's home which was also the registered office of a company run by him had amounted to interference with his right to respect for his home within the meaning of Article 8 of the Convention» (marginal 40).

⁽³⁶⁾ El art. 18.2 CE, «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C.E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas». STC 137/1985, de 17.10, FJ 3.º.

⁽³⁷⁾ MATIA PORTILLA, F. J., *El derecho...*, cit., págs. 182-183.

⁽³⁸⁾ La inviolabilidad del domicilio se refiere al «espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella». STC 22/1984, de 17.2, FJ 5.º.

⁽³⁹⁾ STC 137/1985, de 17.10, FJ 3.º.

En todo caso —a efectos de la ejecución forzosa de actos administrativos—, importa destacar que *la Ley sitúa bajo el amparo judicial la entrada en todos aquellos lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular* (arts. 87.2 LOPJ, 20.3 LDCComp y 8.6, párrafo 3.º, LJCA).

Así las cosas —en el ámbito comunitario, a la vista de las exigencias que establece el art. 8.2 CEDH—, parece claro que las investigaciones que se realizan en aplicación del R. 1/2003 satisfacen los requisitos de reserva de ley y propósito legítimo⁽⁴⁰⁾. La jurisprudencia ha reconocido también que las inspecciones realizadas por sorpresa («*dawn raids*») no son contrarias a dichos derechos fundamentales⁽⁴¹⁾, en la medida en que pueden considerarse justificadas por razones de interés general⁽⁴²⁾. En la práctica, el aspecto más problemático puede ser decidir si la investigación respeta también la exigencia de necesidad⁽⁴³⁾. No obstante, a este respecto, no se exige que la Comisión aporte una información muy detallada, con el fin de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan controlar que la inspección no es arbitraria o desproporcionada⁽⁴⁴⁾. Es suficiente con que describa la naturaleza de la infracción, así como la indicación de que la inspección es la vía más adecuada para conseguir pruebas.

3.2. Derechos de defensa del interesado

La actividad de investigación —en sí misma— no entraña el ejercicio de la potestad punitiva. No obstante, está directamente relacionada con ésta, ya que su práctica se orienta al descubrimiento de infracciones administrativas, que podrán ser sancionadas. De ahí que se pongan en juego los derechos de defensa del interesado (art. 24.2 CE).

3.2.1. Confidencialidad del asesoramiento legal entre Abogado y cliente

La normativa europea no contempla la confidencialidad en las comunicaciones profesionales entre Abogado y cliente (*legal privilege*). No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido la existencia de este derecho, siempre que se cumplan las dos siguientes condiciones:

(i) Ha de tratarse de actuaciones orientadas a la defensa del cliente, producidas antes o después de la iniciación de procedimientos por infracción⁽⁴⁵⁾.

(ii) Han de emanar de Abogados independientes, es decir, no vinculados por una relación laboral con la empresa⁽⁴⁶⁾. Como puede verse, no están cubiertos por este derecho los servicios prestados por los abogados internos de la empresa.

En relación con el alcance de este derecho, la jurisprudencia comunitaria ha ido alumbrando una serie de *criterios*:

(40) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 167.

(41) STJCE de 26.6.1980, asunto 136/1979, *National Panasonic v. Comisión*, marginal 20.

(42) ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., págs. 308-309.

(43) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 167.

(44) STJCE de 22.10.2002, asunto C-94/00, *Roquette Frères v. Comisión*, marginales 87-89.

(45) En el Derecho inglés, el *legal privilege* no ampara el asesoramiento encaminado a la comisión de una conducta ilegal. Está por ver si los órganos jurisdiccionales comunitarios excluirán también de este derecho, por ejemplo, el asesoramiento legal acerca de cómo acordar un cartel. KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 146.

(46) STJCE de 18.5.1982, asunto 155/1979, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, marginal 21.

— Su razón de ser es salvaguardar los derechos de defensa del interesado⁽⁴⁷⁾. No se trata sólo de evitar que dicha información llegue a terceros, sino que —primariamente— lo que se busca es excluir que los inspectores puedan tener conocimiento de dicha correspondencia. De ahí que no deba confundirse este derecho con el régimen jurídico especial al que se sujeta el tratamiento de la información confidencial, ni con el deber de secreto profesional de todos los que tomen parte en la tramitación de los expedientes (art. 28 R. 1/2003 y art. 287 TCE). Estos últimos protegen los secretos y la información comercialmente sensible frente a los competidores, pero no respecto de las autoridades administrativas.

— No basta con que los documentos amparados por este derecho no puedan ser utilizados por la autoridad administrativa como prueba de la conducta anticompetitiva. El mero conocimiento de dicha información —por sí mismo— entraña el riesgo de lesión de los derechos de defensa del interesado («the fact that the Commission reads the content of a confidential document is in itself a breach of this principle»)⁽⁴⁸⁾.

— La determinación de si un concreto documento se encuentra o no cubierto por este derecho corresponde a la Comisión (art. 20.4 R. 1/2003)⁽⁴⁹⁾. Incumbe, pues, a la empresa inspeccionada la carga de probar que el documento está amparado por la excepción⁽⁵⁰⁾. Con todo, en caso de disputa, la Comisión no debe poder examinarlo hasta que el interesado no tenga la oportunidad de recabar el correspondiente amparo judicial. A estos efectos, la mejor solución puede ser su introducción en un sobre cerrado. La Comisión podrá entonces adoptar una decisión, ordenando su aportación, la cual podrá ser recurrida por el interesado ante el órgano jurisdiccional (art. 230 TCE), al que puede solicitar medidas provisionales⁽⁵¹⁾. La Comisión no podrá acceder al contenido del documento hasta que dicha decisión sea firme (por no haber sido recurrida en plazo) o se haya pronunciado cautelarmente el Tribunal⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁷⁾ «First, that protection seeks to safeguard the public interest in the proper administration of justice in ensuring that a client is free to consult his lawyer without fear that any confidences which he imparts may subsequently be disclosed. Secondly, its purpose is to avoid the harm which may be caused to the undertaking's rights of the defence as a result of the Commission reading the contents of a confidential document and improperly adding it to the investigation file. Therefore, even if that document is not used as evidence in a decision imposing a penalty under the competition rules, the undertaking may suffer harm which cannot be made good or can only be made good with great difficulty. Information covered by LPP might be used by the Commission, directly or indirectly, in order to obtain new information or new evidence without the undertaking in question always being able to identify or prevent such information or evidence from being used against it. Moreover, harm which the undertaking concerned would suffer as a result of disclosure to third parties of information covered by LPP could not be made good, for example if that information were used in a statement of objections in the course of the Commission's administrative procedure. The mere fact that the Commission cannot use privileged documents as evidence in a decision imposing a penalty is thus not sufficient to make good or eliminate the harm which resulted from the Commission's reading the content of the documents». STPI de 17.9.2007, asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión*, marginal 87.

⁽⁴⁸⁾ STPI de 17.9.2007, asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión* [Rep. 2003, II-4771], marginales 81-82, 86-87.

⁽⁴⁹⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 326.

⁽⁵⁰⁾ STJCE de 18.5.1982, asunto 155/1979, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, marginal 29; STPI de 17.9.2007, asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión*, marginal 79; STJCE de 18.5.1982, asunto 155/1979, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, 1982, ECR 1575, marginal 29.

⁽⁵¹⁾ STPI de 17.9.2007, asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión*, marginales 85-88 y 139.

⁽⁵²⁾ «Protection under LPP also requires the Commission, once it has adopted its decision rejecting a request under that head, not to read the content of the documents in question until it has given the undertaking concerned the opportunity to refer the matter to the Court of First Instance. In that regard, the Commission is bound to wait until the time-limit for bringing an action against the rejection decision has expired before reading the contents of those documents. In any event, to the extent that such an action does not have suspensory effect, it is for the undertaking concerned

— La protección de las comunicaciones escritas entre Abogado y cliente no puede verse menoscabada por el hecho de que esta documentación se encuentre en las dependencias de la empresa⁽⁵³⁾.

— Se trata de un derecho de la empresa, no del Abogado, por lo que aquélla puede decidir desvelar dicha información, si lo cree conveniente⁽⁵⁴⁾.

— En cambio, resulta dudosa la posible extensión del derecho de confidencialidad a otros agentes que también pueden estar vinculados por el secreto profesional, como contables o banqueros⁽⁵⁵⁾.

Este privilegio tampoco se encuentra expresamente reconocido en la *legislación española* en materia de defensa de la competencia. No obstante —por las mismas razones que en el ámbito comunitario—, debe sostenerse su traslación al Derecho nacional (STC 183/1994)⁽⁵⁶⁾. En este sentido se pronunció ya el TDC, vinculándolo a los derechos de defensa del interesado, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia europea⁽⁵⁷⁾. Con todo —al igual que en el ámbito comunitario—, la reciente experiencia española pone de manifiesto la dificultad de protegerlo en la práctica⁽⁵⁸⁾.

La obtención de información de manera contraria a Derecho no permitiría su posterior utilización como prueba. No obstante, los inspectores han de mantener una actitud de escrupuloso respeto a los derechos de los interesados, ya que la simple lectura de la correspondencia protegida puede aportar pistas decisivas, que —de hecho— contribuyan a orientar la investigación en uno u otro sentido. Por su parte, la empresa ha de adoptar un papel activo⁽⁵⁹⁾, justificando las

to bring an application for interim relief seeking suspension of operation of the decision rejecting the request for LPP (see, to that effect, *AM & S*, paragraph 32)». STPI de 17.9.2007, asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión*, marginal 88.

⁽⁵³⁾ «[...] it appears that that legal advice was reported on in internal notes distributed within the undertaking so that it might be the subject of consideration by managerial staff. In such a case, and although the aforesaid legal advice was not received by way of correspondence, it must be held that the principle of the protection of written communications between lawyer and client may not be frustrated on the sole ground that the content of those communications and of that legal advice was reported in documents internal to the undertaking. Thus the principle of the protection of written communications between lawyer and client must, in view of its purpose, be regarded as extending also to the internal notes which are confined to reporting the text or the content of those communications. It follows that the request for confidential treatment made by the applicant must be allowed in so far as it refers to those documents». ATPI de 4.4.1990, asunto 30/1989, *Hilti v. Comisión*, marginal 18.

⁽⁵⁴⁾ STJCE de 18.5.1982, asunto 155/1979, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, marginal 28.

⁽⁵⁵⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, cit., pág. 132.

⁽⁵⁶⁾ La intervención administrativa de la correspondencia entre el interno en un establecimiento penitenciario y su Abogado debe ser judicialmente autorizada [STC 183/1994, de 20.6 (FJ 5.º) y STC 58/1998, de 16.3 (FFJJ. 4.º y 5.º)].

⁽⁵⁷⁾ RTDC de 22.7.2002, asunto *Pepsi-Cola v. Coca-Cola* (expdte. r 508/02), FFJJ. 5.º y 6.º.

⁽⁵⁸⁾ ALLENDESALAZAR, R., «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *GJ*, núm. 7, 2009, págs. 83 y ss.

⁽⁵⁹⁾ «La protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido y por los que el simple acceso al mismo para su análisis somero causaría indefensión al afectado. Sostener lo contrario, es decir, que el simple acceso a un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del derecho de defensa, sin exigir ninguna obligación a la empresa afectada, además de contradecir la jurisprudencia europea alegada llevaría al absurdo de hacer más favorable a la empresa el silencio que la diligencia, ya que permitir a la CNC acceder a tales documentos, sin advertirle de su carácter confidencial, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección». RCNC de 3.10.2008, asunto *Stanpa* (expdte. R 0006/08), FJ 4.º.

razones por las que el documento está amparado por el privilegio legal⁽⁶⁰⁾. Si sus argumentos no son aceptados, la empresa podría negarse a aportar dicha documentación, lo que —presumiblemente— provocaría un acto administrativo de la Dirección de Investigación [art. 35.2.b) LDComp]. Este acto podrá ser recurrido ante la CNC (art. 47 LDComp) y —en último término— ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 48 LDComp y arts. 1 y 25.1 LJCA). La tramitación del recurso debe asegurar la tutela cautelar —tanto en vía administrativa (art. 111.2 LRJPAC), como jurisdiccional (arts. 129 y ss. LJCA)—, ya que el acceso al contenido del documento protegido, en sí mismo, entraña una lesión de este derecho. No obstante —si el interesado no consigue la protección cautelar—, la negativa a entregar el documento puede acarrear la imposición de multas coercitivas [art. 67.f) LDComp], o incluso, sanciones [art. 62.2.e).1.º LDComp], sin perjuicio de su posible ulterior recurso jurisdiccional.

3.2.2. Derecho a la no autoinculpación

La jurisprudencia comunitaria reconoce el *derecho a la no autoinculpación* como parte de los derechos de defensa contenidos en el art. 6 CEDH⁽⁶¹⁾. En el *Derecho español*, el derecho a no declarar contra sí mismo está protegido por el art. 24.2 CE⁽⁶²⁾. Sin embargo, no siempre es fácil trazar con nitidez la línea divisoria entre este derecho y el deber de colaboración. A este respecto, la jurisprudencia comunitaria destaca los siguientes aspectos:

— La empresa está obligada a colaborar activamente con las tareas de investigación que lleve a cabo la Comisión Europea.

— Las simples solicitudes de información —que no comportan obligatoriedad— no pueden beneficiarse del privilegio de no autoincriminación, que presupone el carácter compulsivo de la medida⁽⁶³⁾.

— El mero hecho de que la empresa sea obligada a responder a cuestiones fácticas, o a mostrar documentos existentes, no constituye una violación de los derechos de defensa⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ En alguna ocasión, la CNC ha vertido un razonamiento equívoco, que ha sido objeto de crítica: «el que la Dirección de Investigación tenga en su poder determinados documentos que no pueden ser usados para fundar una imputación como autor de una infracción de la LDC, no quiere decir que se haya vulnerado un derecho fundamental. En nuestro ordenamiento jurídico la simple tenencia de información por un funcionario debidamente autorizado en ejercicio de una potestad atribuida por Ley no es constitutivo de vulneración de derecho fundamental, es necesario que además dicha información se dedique a fines ilícitos o se divulgue indebidamente» (RCNC de 17.7.2008, asunto *Stampa*) [ALLENDESALAZAR, R., «La tercera de GJ», núm. 6, nov.-dic., 2008, págs. 5 y ss.]. No obstante, estas afirmaciones parecen destacar la carga que pesa sobre la empresa de justificar el carácter confidencial de los documentos, no que no se depare protección a las comunicaciones entre Abogado y cliente: «para analizar la alegación de STANPA referida a la inmediata infracción del derecho de defensa derivada de la supuesta existencia en poder de la Dirección de Investigación de documentos que contienen comunicaciones entre abogados y cliente, era necesario tener en cuenta cómo se realizó la inspección cuestionada y en qué términos se estableció la forma de proceder, precisamente, para evitar la recogida de documentos que contuvieran comunicaciones abogado externo cliente, verificando los documentos en los que se plasmó la actuación inspectora y la actuación posterior de la Dirección de Investigación». RCNC de 3.10.2008, asunto *Stampa* (expdte. r 0006/08), FJ 4.º.

⁽⁶¹⁾ EM R. 1/2003, marginal 37.

⁽⁶²⁾ GUILLÉN CARAMÉS, J., «Los derechos de los sujetos pasivos de la inspección en el Derecho Comunitario de la Competencia», en AA.VV., *Derechos fundamentales y otros estudios. Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, 2008, págs. 962 y ss.

⁽⁶³⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 267.

⁽⁶⁴⁾ STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginal 34; STPI de 20.2.1991, asunto T-112/1998, *Mannesmannröhren-Werke v. Comisión*, marginal 78. No obstante, hay también pronunciamientos que

Además, ello comportaría una seria restricción de las facultades de investigación de la Comisión⁽⁶⁵⁾.

— Por el contrario, «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»⁽⁶⁶⁾.

La *asistencia letrada* durante el desarrollo de la inspección es una manifestación más de las facultades de defensa del interesado. Con todo, el derecho a ser asistido por un Abogado no se encuentra expresamente contemplado en la normativa comunitaria⁽⁶⁷⁾. La jurisprudencia ha reconocido su existencia⁽⁶⁸⁾, pero sin configurarlo como un requisito imprescindible: son legales las inspecciones llevadas a cabo sin la presencia de dicho profesional. De hecho —antes de iniciar la inspección—, los agentes habilitados solamente concederán un breve lapso temporal a la empresa, con la finalidad de que ésta pueda recabar el correspondiente asesoramiento legal⁽⁶⁹⁾.

3.3. *Libertad de empresa y propiedad privada: protección de la información confidencial y deber de secreto profesional*

La actividad inspectora debe desarrollarse sin lesionar los derechos de propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE). De entrada, esto exige proteger la información que pueda tener carácter *confidencial*. La Comisión no desvelará la información que

siembran dudas acerca de la posibilidad de que la Comisión pueda exigir copias o la presentación de documentos de trabajo, notas y conclusiones de las reuniones, que revelen la existencia de una infracción. STPI de 29.4.2004, asuntos T-236/01 y ss., *Tokai Carbon v. Comisión*, pág. II-000: «[...] the Commission requested SGL to describe the object of and what occurred at a number of meetings in which SGL participated and also the results/conclusions of those meetings, when it was clear that the Commission suspected that the object of the meetings was to restrict competition. It follows that a request of that nature was of such a kind as to require SGL to admit its participation in an infringement of the Community competition rules» (marginal 407); «The same applies to the requests for the protocols of those meetings, the working documents and the preparatory documents concerning them, the handwritten notes relating to them, the notes and the conclusions pertaining to the meetings, the planning and discussion documents and also the implementing projects concerning the price increases put into effect between 1992 and 1998» (marginal 408).

⁽⁶⁵⁾ «To acknowledge the existence of an absolute right to silence, as claimed by the applicant, would go beyond what is necessary in order to preserve the rights of defence of undertakings, and would constitute an unjustified hindrance to the Commission's performance of its duty under Article 89 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 85 EC) to ensure that the rules on competition within the common market are observed». STPI de 20.2.1991, asunto T-112/1998, *Mannesmannröhren-Werke v. Comisión*, marginal 66.

⁽⁶⁶⁾ STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginal 35. *Vid.*, también, STJCE de 15.10.2002, asuntos acumulados C-238/1999 P, C-244/1999 P, C-247/1999 P, C-250/1999 a C-252/1999 P y C-254/1999 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión*, marginal 273.

⁽⁶⁷⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 311.

⁽⁶⁸⁾ STJCE de 22.10.2002, asunto C-94/00, *Roquette Frères v. Comisión*, marginal 46; asunto 155/1979, *AM S Europe Limited v. Comisión*, marginales 18-27; STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, *Hoechst v. Comisión*, marginal 16; STJCE de 17.10.1989, asunto 85/1987, *Dow Benelux v. Comisión*, marginal 27.

⁽⁶⁹⁾ «The undertaking may consult a legal adviser during the inspection. This consultation of the lawyer can be carried out by telephone. However, the presence of a lawyer is not a legal condition for the validity of the inspection. The officials or other accompanying persons authorised by the Commission can enter the premises, notify the decision ordering the inspection and occupy the offices of their choice without waiting for the undertaking to consult its lawyer. The officials and other accompanying persons authorised by the Commission will accept only a short delay pending consultation of the lawyer before starting examining the books and other records related to the business, taking copies or extracts of those documents, sealing business premises and books or records if needed or asking for oral explanations. Any such delay must be kept to the strict minimum». *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, marginal 6.

contenga secretos comerciales (art. 16.1 R. 773/2004). Las personas que aporten información deben indicar con claridad los elementos que considere confidenciales, exponiendo sus razones, y facilitar una versión separada no confidencial en el plazo establecido por la Comisión para que formule sus observaciones (art. 16.2 R. 773/2004).

Las empresas deben indicar los documentos —suyos o de la Comisión Europea—, que, a su juicio, contengan secretos comerciales o información confidencial, así como el nombre de las empresas respecto de las cuales tales documentos deben considerarse confidenciales (art. 16.3 R. 773/2004). La Comisión podrá fijar un plazo en el que las empresas deberán: a) justificar su solicitud de confidencialidad respecto de cada uno de los documentos o declaraciones o de parte de un documento o declaración; b) facilitarle una versión no confidencial de los documentos o declaraciones, en la que se hayan suprimido las partes confidenciales; c) facilitarle una descripción sucinta de cada una de las informaciones suprimidas. Si las empresas no cumplen las reglas anteriores, se podrá presumir que los documentos o declaraciones afectados no contienen información confidencial (art. 16.4 R. 773/2004).

A este respecto, la *legislación española* prevé que —en cualquier momento del procedimiento— se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada (art. 42, párrafo 1.º, LDComp). En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la CNC previsto en el art. 11.4 del R. 1/2003 (art. 42, párrafo 2.º, LDComp).

Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley —o que los conozcan por razón de profesión, cargo o intervención como parte— deberán guardar *secreto* sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos, así como de cuantas informaciones confidenciales hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones (art. 43.1 LDComp, art. 28.2 R. 1/2003). Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave (art. 43.2 LDComp).

IV. SOLICITUD DE INFORMACIÓN

1. Solicitud

La Comisión Europea puede requerir información a las empresas, mediante una *simple solicitud* (art. 18.2 R. 1/2003), o a través de una *decisión* (art. 18.3 R. 1/2003), en las que deberá indicar:

(i) La *base jurídica*, ya que —como acabamos de ver— el requerimiento puede basarse en una simple solicitud o en una decisión, lo que comporta diferentes consecuencias de régimen jurídico.

(ii) El *objeto* de la solicitud, lo que —en último término— permitirá al órgano jurisdiccional decidir si la información requerida es o no necesaria. En la práctica, basta con que se indique la infracción que se entiende cometida y, en su caso, referencia a los elementos fácticos que apoyan dicha idea⁽⁷⁰⁾. La Comisión no está obligada a desvelar todos los hechos que conozca.

⁽⁷⁰⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 134 y 137.

(iii) La *información* requerida —en la medida en que las circunstancias permitan concretarla—, así como el plazo en que habrá de facilitarse, que debe ser razonable.

(iv) Las *sanciones* previstas para el caso de que se proporcione información inexacta o engañosa, así como ante la negativa a proporcionar la información que haya sido solicitada mediante decisión. En este último supuesto habrá de informarse también a los destinatarios de la posibilidad de imponer multas coercitivas, así como de su derecho a recurrir contra la decisión ante el TJCE.

La Comisión remitirá sin dilación una copia de la solicitud —o de la decisión— a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio tenga su sede la empresa o asociación (y a la autoridad de competencia del Estado miembro cuyo territorio se vea afectado) (art. 18.5 R. 1/2003).

Los Gobiernos y las autoridades nacionales de competencia facilitarán a la Comisión cuanta información sea necesaria para desplegar sus funciones (art. 18.6 R. 1/2003).

2. Información necesaria

Como hemos visto, la solicitud de información sólo es legítima en la medida en que sea *necesaria* para la realización de la investigación de que se trate⁽⁷¹⁾. A este respecto, el TJCE ha establecido que no basta cualquier conexión entre la información requerida y la posible infracción, sino que razonablemente ha de poder presumirse que aquélla ayudará a determinar si la infracción ha tenido o no lugar⁽⁷²⁾. No obstante, se reconoce a la Comisión Europea una amplia discrecionalidad en la determinación de si la información es necesaria. Incluso en el caso de que existan evidencias —o pruebas— de la infracción, la Comisión puede considerar necesaria mayor información, con la finalidad de permitirle su mejor delimitación, su duración o las empresas implicadas⁽⁷³⁾. En la práctica, el control judicial tendrá un alcance limitado, salvo que se trate de requerimientos de información que tengan un puro carácter preventivo, de mera recopilación de datos o manifiestamente inadecuados⁽⁷⁴⁾.

3. Obligatoriedad de facilitar la información solicitada: su alcance

Como hemos advertido, las consecuencias son distintas, en función de cuál sea el instrumento utilizado por la Comisión para el requerimiento de información:

(i) En caso de que se demande información por *simple solicitud*, se prevé la imposición de sanciones, cuando —de forma deliberada o por negligencia— se proporcione información inexacta o engañosa (art. 18.2 R. 1/2003). Estas pueden ascender hasta un 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior [art. 23.1.a) R. 1/2003]. En cambio, no se prevé sanción alguna en el supuesto de que no se facilite la información solicitada. En

⁽⁷¹⁾ GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora en el Derecho comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 242-243.

⁽⁷²⁾ La necesidad «debe apreciarse en función de la finalidad de la investigación, tal y como se precisa obligatoriamente en la propia solicitud de información [...] la Comisión sólo puede requerir la comunicación de informaciones que puedan permitirle verificar las presunciones de infracción que justifican la investigación y se indican en la solicitud de información». STPI de 12.12.1991, asunto T-39/1990, *SEP v. Comisión*, marginal 25.

⁽⁷³⁾ STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginales 14-15.

⁽⁷⁴⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC antitrust procedure*, 5th edition, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2005, pág. 131.

este caso, la Comisión puede dirigir una carta recordatorio, así como adoptar una decisión solicitando la información, que tendrá carácter vinculante.

La Comisión debe fijar el plazo dentro del que debe ser proporcionada la información (art. 18.2 R. 1/2003), que variará en función de las circunstancias concurrentes, pero que —en todo caso— debe ser suficiente para que no deban entenderse menoscabados los derechos de la empresa⁽⁷⁵⁾

(ii) Cuando se solicite por *decisión* (art. 18.3 R. 1/2003), los interesados están *obligados* a aportar la información requerida, aunque después pueda ser utilizada para determinar la existencia de una infracción⁽⁷⁶⁾. La información no puede ser denegada, alegando que es confidencial, que contiene secretos comerciales (art. 28 R.1/2003), o incluso —dentro de ciertos límites—, que está sujeta al deber de secreto profesional⁽⁷⁷⁾. Tampoco corresponde a la empresa valorar la necesidad de la solicitud de la información. Por otra parte, el hecho de que haya tenido lugar —o que vaya a realizarse— una inspección (art. 20 R. 1/2003) no es obstáculo para la solicitud de información (art. 18 R. 1/2003), ya que ambos son procedimientos independientes⁽⁷⁸⁾.

A este respecto, se prevé la posibilidad de imponer *sanciones* de hasta un 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, en caso de que proporcionen información inexacta, incompleta o engañosa, o no faciliten la información en el plazo fijado [art. 23.1.b) R. 1/2003].

Además —con el fin de obligar a las empresas a proporcionar la información solicitada—, la Comisión podrá imponer *multas coercitivas* de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior [art. 24.1.d) R. 1/2003]. Las multas se impondrán por cada día de retraso, contado a partir de la fecha que se fije en la decisión correspondiente. Cuando las empresas cumplan la obligación, la Comisión podrá fijar el importe definitivo de la multa coercitiva en una cifra inferior a la inicialmente establecida (art. 23.2 R. 1/2003). Se aplicará lo dispuesto en el art. 23.4 por analogía.

(iii) Como hemos visto, el carácter finalista de la investigación —ligada a una concreta conducta— impide utilizar la infracción fuera del marco legal en que fue conseguida (art. 18.3 R. 1/2003). No obstante, dentro de ciertos límites, dicha información sí podrá ser utilizada para la apertura de un procedimiento nacional⁽⁷⁹⁾.

Estarán obligados a *facilitar la información* solicitada en nombre de la empresa los *propietarios o sus representantes* (art. 18.4 R. 1/2003). También pueden aportar la información los Abogados de la empresa. Ahora bien, la empresa responderá del carácter completo, exacto y no desvirtuado de las informaciones proporcionadas. La razón de ser de esta regla está en

(75) ORTIZ (Coord.), cit., pág. 275.

(76) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, cit., págs. 137 y ss.; ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, 2nd edit., cit., 275 y ss.

(77) STJCE de 4.4.1960, asunto 31/59, *Brescia v. High Authority*, marginal 5, pág. 82. KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 143 y ss.

(78) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 133.

(79) STJCE de 16.7.1992, asunto C-67/1991, *Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada y otros*, marginal 39.

seleccionar adecuadamente a las personas encargadas de proporcionar una información que puede ser esencial para la determinación de la existencia de una infracción⁽⁸⁰⁾.

Por otra parte, nada impide que la empresa aporte información o documentos que no le hayan sido solicitados, pero que considere relevantes para su defensa⁽⁸¹⁾.

4. Entrevistas

Con el fin de recopilar información en relación con el objeto de una investigación, la Comisión Europea podrá oír a toda persona que acepte ser entrevistada (art. 19.1 R. 1/2003). Las entrevistas no se limitan, pues, al personal de la empresa que se sospecha infractora, sino que pueden extenderse a todos aquellos que puedan aportar datos relevantes. Con todo —como puede verse—, la recopilación de información a través de esta vía se realiza sobre una base *voluntaria*. Además —a estos efectos—, la normativa establece una serie de reglas:

— Cuando la entrevista se realice en los locales de la empresa, la Comisión informará a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se lleve a cabo la entrevista, cuyos agentes podrán colaborar en su práctica (art. 19.2 R. 1/2003).

— Al comienzo, los agentes de la Comisión indicarán la base jurídica y el objeto de la entrevista y recordarán su carácter voluntario (art. 3.1 R. 773/2004). Asimismo, informarán de su intención de guardar constancia de lo declarado.

— La entrevista podrá realizarse por cualquier medio, incluido el teléfono o soportes electrónicos (art. 3.2 R. 773/2004).

— La Comisión podrá registrar las declaraciones utilizando cualquier procedimiento (art. 3.3 R. 773/2004). Se pondrá a disposición de los declarantes una copia de sus declaraciones para su aprobación. Cuando sea necesario, la Comisión fijará un plazo para que los declarantes puedan comunicarle cualquier corrección que deba hacerse a la declaración tomada.

El carácter voluntario de la entrevista no permite la imposición de sanciones por la aportación de información incorrecta, salvo que —de acuerdo con el Derecho nacional aplicable— de ello pueda derivarse una responsabilidad civil o penal⁽⁸²⁾.

V. INSPECCIÓN

Las autoridades también pueden poner en práctica inspecciones, con ánimo de descubrir infracciones a las normas de defensa de la competencia. La solicitud de información suele reservarse para la obtención de datos respecto de determinados contratos o para definir la posición en el mercado de las empresas⁽⁸³⁾. En cambio, las inspecciones —en particular, las realizadas por sorpresa— tienen como finalidad obtener información respecto de las infracciones más graves, como cárteles o abusos de posición dominante. Por otra parte, la experiencia

⁽⁸⁰⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 132-133.

⁽⁸¹⁾ *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, marginal 14.

⁽⁸²⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 291.

⁽⁸³⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., págs. 293-294.

enseña que las inspecciones son también útiles como elemento disuasorio: al ser investigadas, las empresas —por sí mismas— suelen poner término a la práctica anticompetitiva⁽⁶⁴⁾.

1. Autoridades y órganos competentes

Las actuaciones de inspección pueden ser desarrolladas, tanto por las autoridades europeas como nacionales.

1.1. Inspecciones realizadas por las autoridades europeas: auxilio de las autoridades estatales y respeto al Derecho nacional aplicable

La actividad de inspección de la Comunidad Europea se realizará en *colaboración* con las autoridades locales. (i) Cuando la inspección haya sido ordenada por simple *acuerdo* (voluntaria para la empresa), la Comisión Europea *advertirá* a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio haya de llevarse a cabo con suficiente antelación (art. 20.3, *in fine*, R. 1/2003). (ii) En cambio —antes de adoptar la *decisión* que ordena la inspección (obligatoria para la empresa)—, la Comisión *consultará* a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio aquélla deba efectuarse (art. 20.4 R. 1/2003).

La *Comisión puede poner en práctica actividades de inspección en el territorio de los Estados miembros*, conforme al Derecho nacional aplicable. No obstante, la Administración comunitaria carece de poderes coercitivos en el territorio de los Estados miembros, por lo que los inspectores no pueden entrar por la fuerza en los locales de la empresa. En caso necesario, deberán solicitar la asistencia de las autoridades nacionales (art. 20.5 R. 1/2003). Cuando los agentes de la Comisión constaten que una empresa se opone a una inspección, el Estado miembro les prestará la asistencia necesaria —si es preciso—, requiriendo la acción de la Policía (art. 20.6 R. 1/2003). A tal fin, gozarán de las potestades que se reconocen en el art. 20.2 R. 1/2003.

La *Comisión Europea también puede encomendar la realización de las inspecciones a las autoridades de competencia de los Estados miembros* (art. 22.2 R. 1/2003). Los agentes de la Comisión se verán acompañados por funcionarios del país en el que se lleven a cabo dichas prácticas, que ejercerán sus facultades conforme a lo que establezca su Derecho nacional. En el ámbito español, la CNC es la autoridad competente para colaborar con la Comisión Europea y con otras autoridades nacionales de competencia (art. 15 RDComp).

Asimismo, se prevé la *cooperación entre autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros*. Las autoridades nacionales podrán realizar en su territorio —en nombre y por cuenta de la autoridad de competencia de otro Estado miembro— actuaciones de inspección o investigación, conforme con su Derecho nacional, con el fin de demostrar la existencia de una infracción de los arts. 81-82 TCE (art. 22.1 R. 1/2003). El intercambio y utilización de la información recopilada se llevará a cabo en aplicación del art. 12 TCE R. 1/2003.

1.2. Inspecciones realizadas por las autoridades españolas

Las autoridades españolas pueden llevar a cabo las inspecciones que crean oportunas en relación con las actuaciones que entren dentro del ámbito de sus atribuciones. En la mayor

⁽⁶⁴⁾ XXXIII Informe sobre la Política de Competencia, 2003, marginal 28.

parte de los casos, la responsabilidad en materia de conductas anticompetitivas se atribuye al Estado, correspondiendo las tareas de inspección a la CNC. Por su parte, las CCAA también podrán practicar las inspecciones que estimen necesarias, dentro del limitado ámbito de actuación que en materia de defensa de la competencia —en la práctica— tienen reconocido.

En relación con el ejercicio de las facultades de inspección por conductas anticompetitivas, la CNC y los órganos competentes de las CCAA —y éstos entre sí— podrán solicitarse mutuamente la asistencia de su personal (art. 14 RDComp).

2. Requisitos

2.1. Necesidad de la inspección

La actividad de inspección entraña una limitación de los derechos de los interesados. Esto explica que sólo pueda ponerse en práctica si —a la vista de las circunstancias concurrentes— esta medida resulta necesaria y proporcionada. No obstante —como hemos visto—, la Comisión disfruta de un apreciable margen de discrecionalidad a la hora de apreciar dicha necesidad.

2.2. Título jurídico que habilita para la inspección

La Comisión Europea puede llevar a cabo inspecciones en base a dos títulos jurídicos distintos: (i) mediante *simple acuerdo* (art. 20.3 R. 1/2003); (ii) o a través de una *decisión* (art. 20.4 R. 1/2003). Se trata de procedimientos distintos, que no guardan conexión entre sí, por lo que su utilización puede ser discrecionalmente decidida por la autoridad administrativa⁽⁸⁵⁾, a la vista de las circunstancias concurrentes y de la disposición a cooperar que haya podido mostrar la empresa en estadios anteriores de la investigación⁽⁸⁶⁾.

2.2.1. Inspecciones ordenadas por simple acuerdo

Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión Europea para proceder a una inspección ejercerán sus poderes previa presentación de un *mandamiento escrito* que indique (art. 20.3 R. 1/2003):

(i) El *objeto* y la *finalidad* de la inspección. Como hemos visto, los órganos de defensa de la competencia no pueden dirigir a las empresas investigaciones de carácter genérico. La determinación del objeto y finalidad de la inspección —que, necesariamente, ha de ser una infracción a los arts. 81-82 TCE— constituye para la empresa una garantía fundamental para la salvaguarda de sus derechos de defensa⁽⁸⁷⁾. No obstante, a estos efectos, basta con que la

⁽⁸⁵⁾ STJCE de 26.6.1980, asunto 136/1979, *National Panasonic v. Comisión*, marginal 11; STJCE de 17.10.1989, asuntos 97-99/1987, *Dow Chemical Ibérica v. Comisión*, marginal 19.

⁽⁸⁶⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., págs. 303-304.

⁽⁸⁷⁾ «The Commission is likewise obliged to state in that decision, as precisely as possible, what it is looking for and the matters to which the investigation must relate (*National Panasonic v. Commission* [...], paragraphs 26 and 27). As the Court has held, that requirement is intended to protect the rights of defence of the undertakings concerned, which would be seriously compromised if the Commission could rely on evidence against undertakings which was obtained during an investigation but was not related to the subject-matter or purpose thereof (Case 85/1987 *Dow Benelux v. Commission* [1989] ECR 3137, paragraph 18, and *Roquette Frères*, paragraph 48)». STPI de 11.12.2003, asunto T-66/1999, *Minoan Lines SA v. Comisión*, marginal 55.

Comisión describa la naturaleza de la infracción objeto de investigación, pero no tiene que desvelar toda la información de que disponga.

(ii) Las posibles *sanciones* previstas para el caso de que la documentación requerida se presente de manera incompleta o se proporcionen respuestas inexactas o desvirtuadas a las preguntas formuladas.

Con suficiente antelación, la Comisión advertirá de la inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio haya de llevarse a cabo (art. 20.3 R. 1/2003).

Las inspecciones ordenadas por simple *acuerdo* de la Comisión Europea sólo pueden realizarse sobre la base del consentimiento del interesado. No obstante —una vez que la empresa da su conformidad—, no puede establecer restricciones a la inspección, que se llevará a cabo con el mismo alcance que si hubiese sido ordenada mediante una decisión⁽⁸⁸⁾.

2.2.2. Inspecciones acordadas por decisión

Las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión Europea haya ordenado mediante *decisión* (art. 20.4 R. 1/2003). La decisión indicará los siguientes aspectos: (i) objeto y finalidad de la inspección; (ii) fecha en que dará comienzo; (iii) sanciones que podrán ser impuestas (arts. 23 y 24); (iv) derecho a recurrir la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión adoptará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección.

La decisión debe indicar con claridad los hechos concretos que trata de investigar: «la exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la verificación constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas. De ello se sigue que el alcance de la obligación de motivar las decisiones de verificación no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. En este aspecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de verificación todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, debe, en cambio, indicar con claridad los indicios que pretende comprobar»⁽⁸⁹⁾. Esto es lo que permitirá a la empresa controlar si los inspectores se exceden de su habilitación, ya que sólo están facultados a verificar la documentación relativa al objeto de la investigación.

Con todo, en la práctica, la observancia de estas limitaciones puede resultar problemática, ya que es la propia Comisión la que ha de determinar los documentos relevantes que deben serle presentados⁽⁹⁰⁾. La jurisprudencia reconoce que el derecho de entrada a los locales de la empresa carecería de significación si los inspectores solamente pudieran acceder a los documentos que hubieran identificado previamente: «Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por

⁽⁸⁸⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., págs. 302-303.

⁽⁸⁹⁾ STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, *Hoechst v. Comisión*, marginal 41.

⁽⁹⁰⁾ STJCE de 18.5.1982, asunto 155/1979, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, marginal 17; STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, *Hoechst v. Comisión*, marginales 26 y ss; STJCE de 18.10.1989, asunto 374/1987, *Orkem v. Comisión*, marginales 15 y 16. VAN BAEL & BELLIS, *Competition...*, 4 th. Edition, cit., págs. 1060-1061.

el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o, incluso, con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas»⁽⁹¹⁾. Los agentes han de poder obtener también aquellos documentos cuya existencia desconocieran antes del acceso: el objeto de la investigación es lo que debe servir de criterio, no la consideración apriorística de los resultados esperados, que pueden cambiar al realizar la inspección⁽⁹²⁾. En resumen, es suficiente con que la Comisión indique el tipo de infracción que se entiende cometida, así como la implicación de la empresa⁽⁹³⁾.

El desarrollo de las inspecciones puede ser previamente advertido a la empresa, con la finalidad de que pueda preparar la documentación⁽⁹⁴⁾. El problema es que también da ocasión para destruir las pruebas que permitirían identificar la infracción. En los primeros momentos, las inspecciones por sorpresa («*dawn raids*») fueron aplicadas por la Comisión en contados casos. No obstante —a partir de los años noventa, en que se endurece la política europea de la competencia—, este tipo de investigaciones han sido más frecuentes, ya que constituyen un medio muy útil para conseguir la información pertinente⁽⁹⁵⁾. Las inspecciones habrán de realizarse en base a una decisión adoptada conforme al art. 20.3 R. 1/2003. A este respecto hay que tener en cuenta que la normativa no exige que la Comisión informe previamente a la empresa que va a ser inspeccionada, sino sólo a las autoridades del Estado miembro en que se lleve a cabo. Por otra parte, la exigencia de que la decisión sea notificada a sus destinatarios, como condición para su eficacia (art. 254.3 TCE), no impide la realización de inspecciones por sorpresa⁽⁹⁶⁾.

En el *Derecho español*, el personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación (en realidad, se trata de una orden), que indique (art. 13.3 RDCOMP): (i) el objeto y la finalidad de la inspección; (ii) los sujetos investigados; (iii) los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección; (iv) la fecha en la que la inspección vaya a practicarse, y su alcance; (v) las sanciones previstas para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan su desarrollo.

Se plantea la cuestión de si pueden utilizarse los hallazgos de la inspección para la incoación de procedimientos sancionadores distintos del que motivó la investigación. Si no guarda relación con la investigación, la respuesta parece que debe ser negativa. No tendría sentido rodear la inspección de garantías —formales y materiales—, si la información pudiera después ser utilizada para la sanción de infracciones que nada tuvieran que ver con la investigación inicial.

2.3. Consentimiento del interesado o autorización judicial

En caso de que las empresas se opongan a la inspección, debe solicitarse *mandato judicial* al órgano nacional competente (art. 20.6 y 7 R. 1/2003). El Juez nacional deberá verificar la autenticidad de la decisión, así como la adecuación de las medidas coercitivas contempladas,

(91) STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, *Hoechst v. Comisión*, marginal 27.

(92) STJCE, asunto 31/59, *Brescia v. High Authority*, marginales 80-81; STJCE de 17.10.1989, asunto 85/1987, *Dow Benelux v. Comisión*, marginal 38.

(93) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 163.

(94) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 161 y ss.

(95) ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 307.

(96) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 163-164.

que no pueden ser arbitrarias ni desproporcionadas (art. 20.8 R. 1/2003). A estos efectos —en particular— se tomará en cuenta: la gravedad de la infracción; la importancia de las pruebas buscadas; la participación en la infracción de la empresa; y la razonable probabilidad de que los libros y registros relativos al objeto de inspección se conserven en los locales para los que se solicita el mandamiento judicial. A estos efectos, el Juez nacional podrá pedir a la Comisión explicaciones detalladas sobre las razones para sospechar la infracción, su gravedad y la naturaleza de la participación de la empresa. Sin embargo, no podrá poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección, ni exigir que se le facilite la información de que disponga la Comisión Europea. Corresponde al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión.

Idéntica exigencia se impone a la inspección de cualesquiera otros locales de la empresa o el domicilio particular de sus directivos y empleados (art. 21.1 R. 1/2003), que requerirán también la previa obtención de un mandamiento de un Juez del Estado miembro afectado (art. 21.3 R. 1/2003).

En el *Derecho español* se establece también la obligación de las empresas y asociaciones de empresas de someterse a las inspecciones ordenadas por el Director de Investigación (art. 20.3 LDComp y art. 8.6, párrafo 3.º, LJCA)⁽⁹⁷⁾. No obstante —si el interesado se opone o existe el riesgo de tal oposición—, deberá solicitarse autorización al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo para la realización de las inspecciones que impliquen restricción de derechos fundamentales, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas (art. 20.4 LDComp). Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la CNC para el ejercicio de las funciones de inspección.

3. Facultades que se reconocen a los inspectores

La normativa —europea y española— reconoce a los agentes y personas acreditadas por la Comisión amplias facultades de inspección (art. 20.2 R. 1/2003 y art. 40.2 LDComp). Su práctica debe, no obstante, armonizarse con los derechos del interesado. A este respecto, hay que destacar que la actuación de los inspectores está sujeta a control judicial⁽⁹⁸⁾. En caso de que se extralimiten de sus competencias, la empresa puede interponer un recurso de anulación, que puede determinar la imposibilidad de utilizar como prueba los documentos ilícitamente obtenidos.

3.1. Acceso a los locales de la empresa, a cualquiera de sus dependencias y al domicilio de directivos y empleados

La inspección se extiende: (i) a todo tipo de locales, terrenos y medios de transporte de las empresas objeto de investigación (art. 20 R. 1/2003); (ii) así como al domicilio de sus directivos y empleados (art. 21 R. 1/2003).

En relación con las facultades que se reconocen a los inspectores, pueden destacarse los siguientes aspectos:

⁽⁹⁷⁾ En la práctica española, las inspecciones hasta ahora desarrolladas, en general, han contado con la colaboración de las empresas investigadas: sólo en una ocasión se ha requerido mandamiento judicial (caso 1603/1997 contra compañías aéreas). Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro Blanco...*, cit., pág. 52.

⁽⁹⁸⁾ VAN BAEL & BELLIS, *Competition...*, 4 th. Edition, cit., pág. 1061.

— El art. 20.2.a) R. 1/2003 no confiere a los inspectores de la Comisión Europea la facultad de entrar por la fuerza en los locales de la empresa o de realizar la inspección contra la voluntad de los empleados. No obstante —si encuentran oposición—, los inspectores podrán solicitar la asistencia de las autoridades nacionales de la competencia, que en caso necesario podrán aplicar medios coactivos para llevarla a cabo⁽⁹⁹⁾.

— No puede exigirse a la Comisión la identificación previa de todos los espacios y documentos que deban ser controlados. Dentro de los límites que marca el objeto de la investigación, los inspectores han de poder decidir los lugares y objetos que consideran necesario controlar⁽¹⁰⁰⁾. En caso contrario, la inspección resultaría ineficaz, ya que la propia inspección puede descubrir documentos cuya existencia era desconocida.

— Las facultades de inspección se extienden a cualquier dependencia desde la que la empresa realice sus actividades, independientemente del título jurídico en virtud del cual sea utilizada (propiedad, arrendamiento, etc.)⁽¹⁰¹⁾. Lo relevante es la determinación del nombre o marca comercial de la empresa, que delimita el objeto de la investigación.

— En cambio, las facultades de investigación no se extienden al despacho de los profesionales externos que presten servicios a la empresa (Abogados, Contables, bancos), aunque éstos puedan tener en depósito documentación del sujeto investigado⁽¹⁰²⁾. Así resulta de la necesaria interpretación restrictiva de las facultades de investigación que hay que hacer, en atención a los derechos fundamentales implicados. En caso de que los inspectores quieran consultar dicha documentación, deberán solicitar a la empresa que la recupere, pero no podrán entrar en las oficinas de estos profesionales.

Como hemos avanzado, la inspección puede también abarcar *otras dependencias de la empresa* (cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte), *así como el domicilio de sus directivos y empleados* (art. 21 R. 1/2003). Este precepto establece algunas diferencias de régimen jurídico respecto de las inspecciones que se realizan en los locales de la empresa. A este respecto, cabe destacar los siguientes aspectos:

— Estas inspecciones requieren dos presupuestos previos (art. 21.1 R. 1/2003): (i) existencia de una *sospecha razonable* de que en estos lugares se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa; (ii) que la inspección pueda servir para demostrar una *infracción grave* de los arts. 81-82 TCE. En realidad, estos requisitos pueden ser más aparentes que reales, ya que —de acuerdo con los principios generales a que se sujeta esta actividad— ambos resultan una exigencia ineludible para la realización de cualquier inspección.

— La inspección en estos locales, en todo caso, requiere la previa adopción de una decisión por parte de la Comisión (art. 21.1 R. 1/2003). Ésta precisará el objeto y la finalidad de la inspección, indicará la fecha de su comienzo e informará sobre el derecho de recurso contra la decisión ante el TJCE (art. 21.2 R. 1/2003). En particular, la decisión expresará los motivos en los que se basa la sospecha de la Comisión. La Comisión adoptará dichas decisiones previa consulta de la autoridad de la competencia del Estado miembro en cuyo territorio se lleve a cabo la inspección.

⁽⁹⁹⁾ STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, Hoechst v. Comisión, marginales 31-32.

⁽¹⁰⁰⁾ STJCE de 21.9.1989, asuntos acumulados 46/1987 y 227/1988, Hoechst v. Comisión, marginal 27.

⁽¹⁰¹⁾ Decisión de la Comisión, asunto *AKZO Chemicals BV*, 1994 (DO L 294), marginal 19.

⁽¹⁰²⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 170.

— Estas inspecciones requerirán la previa obtención de un mandamiento de un Juez del Estado miembro afectado (art. 21.3 R. 1/2003), mientras que el art. 20.8 R. 1/2003 sólo lo exige en caso de que exista oposición por parte del interesado.

— Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a la inspección dispondrán de los poderes contemplados en el art. 20.2, letras a), b) y c), aplicándose por analogía el art. 20.5 y 6 (art. 21.4 R. 1/2003). En consecuencia, los inspectores no disponen de la facultad de precintado, que les acompaña en la investigación en los locales de la empresa. Tampoco pueden hacer preguntas a los directores o empleados de las empresas que están siendo investigadas.

En el *Derecho español*, el personal autorizado por el Director de Investigación podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, siempre que existan indicios fundados de que puedan encontrarse allí libros u otra documentación relacionada con el objeto de la inspección, que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave (art. 13.2 RDCComp). El personal autorizado dispondrá de las facultades previstas en el art. 40.2.b), c) y d) LDCComp.

3.2. Examen de la documentación, incluida la posibilidad de obtener copias

Los inspectores de la *Comisión Europea* pueden examinar «los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material» [art. 20.2.b) R. 1/2003]. No pueden retener los documentos de la empresa, pero la normativa les reconoce la facultad de hacer u «obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación» [art. 20.2.c) R. 1/2003]. A este respecto, cabe destacar los siguientes aspectos:

— El objeto de la investigación está definido en términos de máxima amplitud: documentos relativos a la actividad económica de la empresa, «cualquiera que sea su soporte material». De ahí que la empresa no pueda denegar la utilización por parte de los inspectores de los aparatos u ordenadores necesarios para acceder a los documentos —físicos o electrónicos—, incluidos los que se encuentren en servidores externos a la empresa⁽¹⁰³⁾. Los inspectores pueden examinar todo tipo de documentos relacionados con la actividad económica de la empresa⁽¹⁰⁴⁾. No obstante, la propia Comisión reconoce que sus agentes no deben controlar los documentos que no estén relacionados con la investigación, o deben dejar de hacerlo, tan pronto como adviertan esta circunstancia. Por lo mismo, solamente podrán copiar y utilizar los documentos relacionados con la infracción. En caso de que se excedan, la empresa podrá hacer una protesta formal, que deberá quedar recogida en el acta de inspección. La Comisión no podrá utilizar como prueba la información ilegalmente obtenida⁽¹⁰⁵⁾.

— Los inspectores pueden ir acompañados de técnicos (informáticos, etc.), que les ayuden a buscar la información relevante (art. 20.3 y 6 R. 1/2003 y art. 13.1 RDCComp).

⁽¹⁰³⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 170 y ss.

⁽¹⁰⁴⁾ ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 317.

⁽¹⁰⁵⁾ ATJCE de 26.3.1987, asunto 46/1987 R, *Hoechst v. Comisión*, marginal 34; ATJCE de 28.10.1987, asunto 85/1987 R, *Dow Chemical Nederland v. Comisión*, marginal 17.

— La normativa no impone a las empresas obligación alguna de mantener copias documentales a efectos del Derecho de la competencia, como sí sucede en relación con otros deberes (fiscales, mercantiles)⁽¹⁰⁶⁾.

— La empresa no cumple simplemente poniendo a disposición de los investigadores las instalaciones. El deber de cooperar activamente en la investigación (*Orkem*) se traduce en la obligación de proporcionar a los inspectores los documentos que requieran⁽¹⁰⁷⁾.

— La empresa recibirá una réplica de todos los documentos y datos copiados por la Comisión⁽¹⁰⁸⁾. También podrá exigir la entrega de una lista firmada de todas las copias y extractos tomados por los agentes durante la inspección.

— Cuando no pueda ser adecuadamente examinada in situ, la Comisión podrá realizar copias completas del material informático⁽¹⁰⁹⁾. Los documentos que no hayan sido seleccionados durante la inspección se meterán en un sobre lacrado. La empresa recibirá una réplica de la copia digital realizada por la Comisión. Ésta invitará al interesado a estar presente en el posterior proceso de apertura del sobre y selección de los documentos, que se realizará en las instalaciones de la autoridad comunitaria.

Idénticas facultades se contienen también en la *legislación española* [art. 40.2.b) y c) LDComp].

3.3. *Precinto temporal de locales y retención de libros y documentos relativos a la actividad empresarial*

Los inspectores de la *Comisión Europea* están habilitados para colocar «precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección» [art. 20.2.d) R. 1/2003]. Hay que tener en cuenta que las inspecciones —que pueden prologarse varios días—, normalmente, sólo se desarrollan en el horario comercial habitual. Se trata, pues, de garantizar que —mientras se realiza la inspección— la empresa no hace desaparecer información relevante (por la noche). En otro caso, la investigación podría no alcanzar los resultados buscados. No obstante, el precinto es una medida muy incisiva, que puede obstaculizar la actividad de la empresa. De ahí que la EM R. 1/2003 señale que, como regla, el precinto no deberá mantenerse más de 72 horas (marginal 25).

Siguiendo la estela comunitaria, la normativa española ha incorporado también la facultad de «precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección» [art. 40.2.e) LDComp]. Como singularidad, cabe destacar que se reconoce también la potestad de retener por un plazo máximo de diez días los documentos objeto de inspección [art. 40.2.d) LDComp]⁽¹¹⁰⁾.

(106) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 170.

(107) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., págs. 172-173.

(108) *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, marginal 12.

(109) *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, marginal 11.

(110) STS de 25.2.2004: «al tratarse de unos documentos incorporados a un soporte informático es evidente que no se puede delimitar, en el plazo perentorio de un registro, qué es lo que afecta a la investigación y qué cosas son ajenas a la misma».

3.4. Solicitud de información a directivos y empleados

En el curso de una inspección, los agentes podrán solicitar «a cualquier representante o miembro del personal de la empresa explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas» [art. 20.2.e) R. 1/2003 y art. 4.1 R. 773/2004]. Esta facultad puede permitir obtener información adicional, relevante para la determinación de la infracción.

La empresa debe atender a los requerimientos de los inspectores, como una manifestación más del deber de colaboración activa que pesa sobre ella. Los inspectores podrán pedir información a cualquier miembro de la empresa. No obstante, ésta debe también asegurarse de que se pone a disposición de los inspectores personas con el suficiente grado de responsabilidad y conocimiento⁽¹¹¹⁾. La Comisión podrá imponer a las empresas multas de hasta un 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio anterior, cuando de forma deliberada o por negligencia [art. 23.1.d) R. 1/2003]: (i) den una respuesta inexacta o engañosa; (ii) no rectifiquen una respuesta incorrecta, incompleta o engañosa dada por un miembro de su personal, dentro del plazo máximo establecido por la Comisión; (iii) omitan o se nieguen a dar una respuesta completa sobre hechos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección ordenada mediante decisión. No obstante, se entiende que las cuestiones que se formulen han de poder ser razonablemente respondidas por la empresa, a la vista de las circunstancias concurrentes. No podría justificarse la imposición de sanciones por respuestas incorrectas respecto de cuestiones que requieran una mayor reflexión e investigación interna [art. 23.1.d) R. 1/2003]⁽¹¹²⁾. La empresa podrá recibir asistencia legal, que no debe retrasar de manera no razonable la respuesta. Tras la inspección se pondrá a disposición de la empresa una copia de las explicaciones registradas (art. 4.2 R. 773/2004).

La eventual responsabilidad en que pueda incurrirse corresponde en todo caso a la empresa. En el supuesto de que se hayan pedido explicaciones a un miembro del personal de una empresa no autorizado para actuar en nombre de ésta, la Comisión fijará un plazo en el que la empresa podrá comunicarle rectificaciones, modificaciones o añadidos, que se incorporarán al expediente (art. 4.3 R. 773/2004). Con todo, la rectificación por parte de la empresa no necesariamente permite evitar que la Comisión Europea tome en cuenta la respuesta originaria como prueba (en conjunción con otras pruebas o para demostrar la falta de colaboración de la empresa)⁽¹¹³⁾.

4. Terminación del procedimiento: levantamiento del acta de inspección

De todas las entradas e inspecciones realizadas en locales, terrenos, medios de transporte y domicilios se levantará un acta, firmada por el funcionario autorizado y por la persona ante la que se haya realizado la inspección o por la persona a quien ésta autorice (art. 13.4 RDComp). La negativa a firmar el acta no impedirá que ésta —una vez rubricada por dos funcionarios autorizados— tenga *valor probatorio*. Al acta se adjuntará la relación de documentos que hayan sido copiados y, en su caso, retenidos y trasladados temporalmente a la CNC. El inspector expedirá a los afectados una copia del acta y de los demás documentos anexos (art. 13.5 RDComp).

(111) ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., pág. 328.

(112) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 177.

(113) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 178.

5. Control judicial

La *decisión de la Comisión por la que se ordena la inspección* (art. 20.4 R. 1/2003) puede ser recurrida ante los órganos jurisdiccionales comunitarios, en el plazo de dos meses (art. 230 TCE). La falta de interposición en plazo del recurso de anulación impedirá su impugnación posterior⁽¹¹⁴⁾. En el recurso, pueden solicitarse medidas cautelares (art. 242 TCE). Con todo —salvo que se demuestre una clara ilegalidad en la actuación de la Comisión—, es probable que no se suspenda la inspección, ya que el riesgo de desaparición de pruebas sería muy alto⁽¹¹⁵⁾. Por otra parte, la resolución del TJPI no podrá ser adoptada inmediatamente, sino que transcurrirán algunos días. En definitiva, la impugnación de la decisión puede que no consiga evitar la práctica de la inspección. No obstante, su anulación posterior comportará la ilegalidad de las actuaciones realizadas, que no podrán ser utilizadas como prueba. Además, en su caso, podrá exigirse también la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea (art. 288 TCE).

Por otra parte, la *ilegalidad puede también resultar del ejercicio de las funciones de inspección* por parte de las autoridades administrativas. A estos efectos deberá interponerse un recurso frente a la resolución que pueda haber adoptado la Comisión infringiendo los derechos de defensa del interesado⁽¹¹⁶⁾. La ilegalidad también podrá ser invocada en la impugnación de la resolución que se pronuncie sobre la conducta investigada. El órgano jurisdiccional puede impedir a la Comisión la utilización de la información ilícitamente obtenida.

En el *Derecho español*, las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la CNC, en el plazo de diez días (art. 47.1 LDComp). El Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días (art. 47.3 LDComp). Contra las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la CNC no cabe recurso en vía administrativa, por lo que sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo (art. 48.1 LDComp).

(114) ORTIZ BLANCO, L. (Edit.), *EC...*, cit., págs. 304-305.

(115) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 179.

(116) KERSE, C. S., KHAN, N., *EC...*, 5th Edition, cit., pág. 180.

LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMO INSTRUMENTOS DE DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

MARÍA ÁNGELES ALCALÁ DÍAZ

Profesora Titular de Derecho mercantil

RESUMEN

Se analizan las operaciones de descentralización empresarial, considerando sus objetivos, las ventajas competitivas de las empresas que optan por esta decisión estratégica y los inconvenientes que pueden presentar. Como solución a estos inconvenientes se crean vínculos de dependencia y subordinación entre las empresas principales y auxiliares, presente singularmente en los contratos de distribución. Dentro de éstos, el contrato de franquicia constituye el instrumento adecuado de descentralización empresarial, ya que muestra un alto grado de subordinación y dependencia interempresarial.

Palabras clave: Descentralización empresarial, subordinación y dependencia empresarial, contratos de distribución, concesión y franquicia.

ABSTRACT

The object of this article is the analysis of the diverse operations of business decentralization, taking into consideration their objectives, the competitive advantages that undertaking which choose this strategic decision enjoy, and their main disadvantages. As a solution to the disadvantages, links of mutual dependence and subordination are created between the main companies and the associated ones. Within those, the franchising contract represents the most adequate instrument of business decentralization due to its high degree of entrepreneurial subordination and dependence.

Keywords: Business decentralization; distribution agreements, business subordination and dependence, concession and franchising.

SUMARIO

- I. LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL COMO DECISIÓN ESTRATÉGICA EN LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA
 1. Concepto y evolución de las operaciones de descentralización empresarial
 2. Efectos en el sistema productivo de la descentralización: la creación de redes empresariales
 3. Función económica de la descentralización empresarial
 - 3.1. Ventajas económicas de la descentralización empresarial. Mejora de la competitividad de la empresa descentralizada