

Actas del VI Congreso de la Asociación Española de
Profesores de Derecho Administrativo

Palma de Mallorca,
11 y 12 de febrero de 2011

EL DERECHO PÚBLICO DE LA CRISIS ECONÓMICA.
TRANSPARENCIA Y SECTOR PÚBLICO.
HACIA UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

Avelino Blasco Esteve
Coordinador

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2011

se apoyen en una causa legal, como obrar en poder de Administración pública distinta de la actuante y encontrarse en soporte papel, de aquellos que impliquen una falta de efectividad del derecho *ex art. 6.2 b) LAESP*. En el primer caso, las consecuencias previstas por el precepto son las naturales; en el segundo, esto es, cuando la petición del ciudadano encaja perfectamente en el derecho *ex 6.2 b) LAESP* y, sin embargo, es imposible hacerla efectiva, esas consecuencias, que al menos en la dicción literal se reconducen exclusivamente al terreno de la calidad de los servicios prestados, son claramente insuficientes. De un lado, la exigencia para el interesado de que aporte el dato vacía por completo de contenido el derecho. De otro, es evidente que el interesado se enfrenta a un supuesto de ineffectividad de su derecho que le habilita no solo para presentar una queja sino también, aunque el precepto no lo diga, para exigir las responsabilidades administrativas y patrimoniales a que haya lugar.

VII. CONCLUSIONES

El estudio de esta concreta manifestación de la transparencia administrativa, teniendo en cuenta la tensión entre los bienes jurídicos implicados, todos ellos de una destacada importancia, ofrece un escenario con claros y oscuros, que han sido expuestos con cierto detalle en los distintos epígrafes, a los que remito para evitar repeticiones. Solo quisiera insistir en que la ponderación entre ellos, en la cual no podemos perder de vista que la efectividad de los derechos e intereses legítimos legalmente reconocidos no es de la menor importancia, ha de ser abordada por el legislador al menos en sus elementos más básicos, siendo conveniente que se dotase a ese tratamiento de cierta generalidad, al menos dentro de lo posible.

BIBLIOGRAFÍA

- GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (COORD.) *La Ley de Administración Electrónica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2009.
- GUICHOT REINA, E., *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*, Fundación Registral, Madrid, 2006.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Fundación Alternativas, 2009.
- TRONCOSO REIGADA, A., «Transparencia administrativa y protección de datos personales», *Transparencia administrativa y protección de datos personales*, APDCM, 2008.

do con indicación del motivo o causa, para que los aporte en el plazo y con los efectos previstos en la normativa reguladora del procedimiento correspondiente. En este caso, el interesado podrá formular queja conforme con lo previsto en el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la [AGE]».

EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD COMO LÍMITE A LA DIFUSIÓN O ACCESO A LA INFORMACIÓN

José Carlos Laguna de Paz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

I. PLANTEAMIENTO.—II. LÍMITE AL DERECHO DE LOS CIUDADANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN A DISPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—III. LÍMITE A LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE RECARAR INFORMACIÓN SOBRE TERCEROS.—IV. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD EN RELACIÓN CON LAS COMUNICACIONES PROFESIONALES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE.

RESUMEN

En su calidad de principio general del Derecho, el principio de confidencialidad, en unos casos restringe el derecho de los ciudadanos de acceso a la información a disposición de la Administración, mientras que en otros limita la potestad pública de acceder a determinados contenidos.

I. PLANTEAMIENTO

1. Entre los principios generales del Derecho (art. 1.4 Cc) se encuentra el de confidencialidad, que opera en una doble dirección¹:
- (i) En unos casos, limita el derecho de los ciudadanos a acceder a la información de que dispone la Administración.
 - (ii) En otros casos, recorta la potestad de la Administración pública de solicitar a los ciudadanos datos o información de que dispongan sobre terceros.

¹ La presente comunicación se basa en el comentario al principio de confidencialidad realizado por su autor en la obra dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Los principios jurídicos del Derecho Administrativo», La Ley, Madrid, 2011, pp. 1207-1219.

II. LÍMITE AL DERECHO DE LOS CIUDADANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN A DISPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2. La Administración maneja un apreciable caudal de información, que fluye del ejercicio de sus propias funciones². Amparada en el principio de legalidad, la Administración recaba información de los ciudadanos:

- En el curso de procedimientos administrativos, a través de los que se articulan controles preventivos respecto del ejercicio de actividades (comunicaciones previas, declaraciones responsables, autorizaciones) y se adjudican títulos habilitantes (concesiones) o prestaciones públicas (sanitarias, educativas).
- En la imposición de deberes de identificación, comunicación, documentación o inscripción, con fines de conocimiento, estadísticos, control o de publicidad registral.
- En el ejercicio de sus facultades de investigación, inspección o control del cumplimiento de la normativa.

Por otra parte, el propio Estado también genera una gran cantidad de información, que es relevante no sólo para su propio funcionamiento, sino también para la sociedad. No hay que olvidar que la estadística se configura precisamente como una función o prestación pública.

3. Como regla, la información de que dispone la Administración debe ser accesible a los ciudadanos [art. 105.b) CE y art. 37 LRJPAC]³. La transparencia es un principio vertebrador de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos (art. 3.5 de la Ley 30/1992), a los que permite: (i) la participación en la gestión de los asuntos públicos; (ii) la tutela de los propios intereses; (iii) y el control de la legalidad de la actuación pública (por ejemplo, al mostrar quiénes son los adjudicatarios de contratos o subvenciones).

4. No obstante, en algunos casos, el principio de confidencialidad es un límite a la difusión de la información de que dispone la Administración. Con ello, tratan de protegerse otros bienes jurídicos:

- (i) El acceso a los archivos administrativos⁴ ha de restringirse en lo que afecte a la seguridad, defensa del Estado y averiguación de los delitos

² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 264-268.

³ Como muestra, *vid.* la Ley 27/2006, de 18.7, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

⁴ POMED SÁNCHEZ, L.A., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, INAP, 1989; MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del art. 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998; RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Madrid, 2008.

[art. 105.b) CE]⁵, así como «cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley» (art. 37.4 LRJPAC)⁶.

- (ii) La protección de la intimidad de los ciudadanos es también un límite para la difusión [arts. 18.1 y 105.b) CE] y/o tratamiento de la información de que dispongan las Administraciones públicas (art. 18.4 CE).
- (iii) La protección de legítimos intereses patrimoniales (art. 33 CE). Con frecuencia, la normativa sectorial impone a la Administración el deber de no comunicar, ni dar acceso a documentos o información que contenga secretos comerciales u otro tipo de información que se considere confidencial (art. 124 LCSP).

A este respecto, en particular, debe buscarse el punto de equilibrio entre el derecho de acceso al expediente y el principio de confidencialidad. Como muestra, en el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia –europeo y español⁷–, se reconoce una posición cualificada al denunciante⁸, que le reserva una intervención activa en la tramitación del expediente⁹. Sin embargo, el denunciante no puede reclamar un pleno derecho de acceso al expediente, que sólo se reconoce a las partes destinatarias de un pliego de cargos¹⁰. La razón está en que el denunciante no puede invocar el derecho de defensa, sino sólo legítimos intereses patrimoniales¹¹. De ahí que se le reconozca sólo el acceso a determinados documentos, pero no a la información que comporte secretos comerciales de sus rivales¹². Por otra parte, el imputado sólo puede tener acceso a los datos o documentos confidenciales que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa¹³.

⁵ «Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley» [art. 1.1 de la Ley 9/1968, de 5.4, reguladora de los Secretos Oficiales (LSecretosOf)].

⁶ BERMEDO VERA, J., *El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del Ordenamiento jurídico español*, REDA, núm. 57, 1988, pp. 17 y ss.

⁷ STS de 5.11.1999 (Ar. 2000/627); STS de 20.6.2006 (Ar. 4634).

⁸ En el Derecho comunitario, se exige acreditar un interés legítimo para tener derecho a presentar una denuncia encaminada a exigir el cese de una conducta contraria a los arts. 101 y 102 TFUE [art. 7.2 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, del Consejo, de 16.12.2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado y art. 5.1 del Reglamento (CE) Núm. 773/2004, de la Comisión, de 7.4.2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE].

⁹ «Los denunciantes participarán estrechamente en el procedimiento» (art. 27.1, *in fine*, R. 1/2003).

¹⁰ Art. 27.2 R. 1/2003.

¹¹ ORTIZ BLANCO, L. (edit.), *EC Competition Procedure*, 2nd edit., Oxford, 2006, pp. 401-402.

¹² Art. 8 del Reglamento 773/2004.

¹³ Esta es la solución que prevé el art. 51.2 del Real Decreto 261/2008, de 22.2, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en relación con el tratamiento de las solicitudes de exención o reducción del importe de la multa.

(iv) La *eficacia de la acción administrativa* y la salvaguardia de los bienes cuya tutela tenga encomendada, cuando una norma legal así lo permita¹⁴.

5. Los *servidores públicos* están obligados por el principio de confidencialidad:

(i) Es uno de los deberes que se imponen a los *empleados públicos* en el desempeño de las tareas que tengan asignadas [art. 52 de la Ley 7/2007, de 12.4, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP)].

(ii) Entre los principios éticos de los empleados públicos se incluye el deber de guardar secreto «de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público» (art. 53.12 LEBEP).

(iii) Finalmente, se califica como falta disciplinaria muy grave «la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función» [art. 95.2.e) LEBEmpleadoP], así como «la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido» [art. 95.2.f) LEBEP].

(iv) Además —como una manifestación específica del deber de confidencialidad—, con frecuencia, la legislación sectorial impone a los empleados públicos el deber de *secreto profesional*¹⁵.

6. Como hemos avanzado, como regla, la información de que dispone la Administración debe ser accesible a los ciudadanos. En consecuencia, es preciso *identificar los datos cubiertos por el principio de confidencialidad*:

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, el art. 13.2.h) de la Ley 27/2006, de 18.7 —por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente— permite denegar la solicitud de información ambiental, cuando su difusión pueda afectar negativamente a la protección del medio ambiente y, en particular, la que se refiera a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción.

¹⁵ Así, por ejemplo, el responsable de un fichero que contenga datos de carácter personal —así como cuantos intervengan en cualquier fase del tratamiento de dichos datos— están sujetos al deber de secreto profesional, que subsistirá incluso después de finalizar sus relaciones con el titular o responsable del fichero (art. 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal). Asimismo, la normativa de defensa de la competencia impone a todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes —o que los conozcan por razón de profesión, cargo o intervención como parte—, el deber de 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 de la Ley 15/2007, de 3.7, de Defensa de la Competencia (LDComp)]. 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).

(i) En algunos casos, la confidencialidad es directamente impuesta por la *norma*. «Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación las materias así declararlas por Ley» [art. 1.2 (LSO)]. En aplicación de la norma, el Estado puede después clasificar determinados contenidos como secretos o reservados.

(ii) En otros casos, la protección de la información tiene carácter *rogado*: es el particular el que tiene que solicitar y justificar el carácter confidencial de determinados datos¹⁶. En general, se exige que presente también una versión no confidencial de la documentación, que pueda ser mostrada a los restantes interesados.

III. LÍMITE A LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE RECABAR INFORMACIÓN SOBRE TERCEROS

7. El principio de confidencialidad también representa un *límite frente a la eventual solicitud por parte de la Administración de información sobre terceros de la que se disponga por razón del cargo o profesión*. A este respecto, es necesario hacer algunas precisiones de carácter general:

(i) El principio de confidencialidad requiere la *alteridad*, por lo que no puede jugar en relación con uno mismo. La negativa a trasladar a la Administración datos propios, cuando está amparada por el ordenamiento jurídico, ha de sustentarse en otros principios. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que el *deber de colaborar* con la Administración —y de proporcionarle las informaciones y documentos que ésta requiera¹⁷— no es contrario al *derecho constitucional a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable* (art. 24.2 CE)¹⁸. Frente a ello, buena parte de la *doctrina* se ha mostrado crítica con la jurisprudencia constitucional sobre este tema¹⁹.

¹⁶ Así por ejemplo, cualquier persona que presente documentos ante la Comisión Nacional de la Competencia, al solicitar la confidencialidad de datos o informaciones, deberá hacerlo de forma motivada, y deberá presentar, además, una versión no confidencial [art. 20 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDComp)]. Las consecuencias de no hacerlo puede ser que se considere que no hay contenidos confidenciales y se podrán publicar inmediatamente en su totalidad la resolución y el informe correspondientes (art. 61.4 RDComp).

¹⁷ STC 76/1990; STC 197/1995, de 21.12; STC 161/1997. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 183 y ss.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...*, vol. II, 2ª ed., *op. cit.*, p. 422.

¹⁹ No obstante, la doctrina ha cuestionado la compatibilidad de los deberes de colaboración con el derecho constitucional a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE). El tema sigue «abierto y sin resolver, por más que el Tribunal Constitucional, en casos diferentes, haya proclamado aplicable genéricamente al procedimiento sancionador este derecho a no declarar contra sí mismo (SSTC 197/1995; 45/1997; 7/1998)» (SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...*, vol. II, 2ª ed., *op. cit.*, p. 422). Es «muy difícil justificar la adecuación a la Constitución de la tipificación como infracción tributaria de la *falta*

- (ii) La solicitud de información por parte de la Administración debe estar cubierta por el principio de *legalidad* y –en las circunstancias concretas– ser necesaria, proporcionada y adecuada.
- (iii) La negativa a trasladar información de carácter confidencial debe justificarse en la necesidad de *proteger otros bienes jurídicos*: intimidad (art. 18.1 CE), secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), derecho de defensa (art. 24 CE), etc.
- (iv) En algunos casos, puede producirse un *conflicto de bienes jurídicos*, que –de acuerdo con los criterios legislativos– debe resolverse a favor de aquel que, en las circunstancias concretas, resulte más valioso²⁰.
- (v) El *consentimiento* del interesado enerva la prohibición.

IV. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD EN RELACIÓN CON LAS COMUNICACIONES PROFESIONALES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE

8. En los últimos años, el principio de confidencialidad se ha puesto a prueba en el ámbito de la legislación sobre defensa de la competencia, en relación con las *comunicaciones profesionales entre abogado y cliente (legal privilege)*²¹. Este derecho no está explícitamente contemplado en la normativa europea. No obstante, la jurisprudencia reconoce su existencia, 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 infracción²².

*de aportación de pruebas contables o la negativa a su exhibición... una especie de razón de Estado que ahora, como siempre, no ha sido otra cosa que otorgar primacía al principio de eficacia estatal... Pero, justamente, el Estado de Derecho se caracteriza por la protección a ultranza de los derechos del hombre, que jamás deben rendir sus banderas ante la eficacia policial, funcionarial o judicial» (PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, I, 16ª ed., Marcial Pons, pp. 459-460). Se ha dicho que el derecho a no declarar contra sí mismo ha de regir por igual en todos los procedimientos punitivos, penales o administrativos (ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.).*

²⁰ En este sentido, el art. 10.3 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, reconoce a todos los pacientes el derecho a «la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público». No obstante, el art. 11.2.f) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no exige el consentimiento del interesado cuando «la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica».

²¹ LAGUNA DE PAZ, J.C., «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 5, 2009, pp. 46-49.

²² En el Derecho inglés, el *legal privilege* no ampara el asesoramiento encaminado a la realización de actuaciones ilegales. Está por ver si los órganos jurisdiccionales comunitarios excluirán también de este derecho, por ejemplo, el asesoramiento legal acerca de cómo acordar un cártel. KERSE, C.S., KHAN, N., *EC Antitrust Procedure*, 5th Ed., Thomson-Sweet&Maxwell, Londres, 2005, p. 146.

- (ii) Han de emanar de abogados independientes, es decir, no vinculados por una relación laboral con la empresa²³.

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

- Su razón de ser es salvaguardar los derechos de defensa del interesado²⁴. No se trata solo de evitar que dicha información llegue a terceros, sino que –primariamente– lo que se busca es excluir que la Administración pueda tener conocimiento de ella («*the fact that the Commission reads the content of a confidential document is in itself a breach of this principle*»)²⁵.
- La determinación de si un concreto documento se encuentra o no cubierto por este derecho corresponde a la Comisión²⁶. Esto significa que el interesado tiene la carga de probar que el documento está amparado por la excepción²⁷. 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.
- 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 empresa²⁸.
- Se trata de un derecho de la empresa, no del abogado, por lo que aquella puede decidir desvelar dicha información, si lo cree conveniente²⁹.
- 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 banqueros³⁰.

9. Este derecho tampoco se encuentra expresamente reconocido en la legislación española en materia de defensa de la competencia³¹. No obstante, es

²³ STJCE de 18.5.1982, asunto 155/79, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, [RJ 1982, p. 1575], marginal 21.

²⁴ STPI de 17.9.2007, asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión*, [RJ 2003, p. II-4771], marginal 87.

²⁵ 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.

²⁶ Art. 20.4 del Reglamento 1/2003. ORTIZ BLANCO, L. (edit.), *EC...*, *op. cit.*, p. 326.

²⁷ STJCE de 18.5.1982, asunto 155/79, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, [RJ 1982, p. 1575], 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*, [RJ 2003, p. II-4771], marginal 79; STJCE de 18.5.1982, asunto 155/79, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, 1982, ECR 1575, marginal 29.

²⁸ ATPI de 4.4.1990, asunto 30/89, *Hilti v. Comisión*, [RJ 1990, p. II-163], marginal 18.

²⁹ STJCE de 18.5.1982, asunto 155/79, *A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión*, [RJ 1982, p. 1575], marginal 28.

³⁰ KERSE, C.S., KHAN, N., *EC Antitrust Procedure*, 5th ed., Thomson-Sweet&Maxwell, Londres, 2005, p. 132.

³¹ A este respecto, hay que tener en cuenta que el deber de secreto profesional se configura como una de las principales obligaciones del abogado (art. 42.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía).

indudable su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico³². En este sentido se pronunció ya el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), vinculándolo a los derechos de defensa del interesado, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia europea³³. Con todo –al igual que en el ámbito comunitario–, la reciente experiencia española pone de manifiesto la dificultad de protegerlo en la práctica³⁴.

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 activo³⁵, justificando las razones por las que el documento está amparado por el privilegio legal³⁶. 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 recurri-

³² 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 5º) y STC 58/1998, de 16.3 (FFJJ 4º y 5º)].

³³ RTDC de 22.7.2002, asunto *Pepsi-Cola v. Coca-Cola* (expdte. r 508/02), FFJJ 5º y 6º.

³⁴ 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, pp. 83 y ss.

³⁵ «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 4º.

³⁶ 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 *Stanpa*) [ALLENDESALAZAR, R., «La tercera de GJ», núm. 6, noviembre-diciembre, 2008, pp. 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 *Stanpa* (expdte. r 0006/08), FJ 4º.

do 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).1º LDComp], sin perjuicio de su posible ulterior recurso jurisdiccional.