

RESOLUCIÓN

(S/Ref. Expte. R/0030/09, UNESA)

CONSEJO

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente
Don Fernando Torremocha y García Sáenz, Vicepresidente
Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero
Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera
Don Julio Costas Comesaña, Consejero
Doña María Jesús González López, Consejera
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 14 de diciembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0030/09, por el que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 16 de noviembre de 2009, conforme al artículo 47.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la CNC de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA, por entender que tanto la Orden de Investigación como el proceder del equipo inspector resultan gravemente contrarios a Derecho, producen indefensión al recurrente y perjuicios irreparables al haberse producido con violación de los derechos amparados en los artículos 18.1, 18.2 y 24.2 de la Constitución Española.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 2 de noviembre de 2009 el Consejo dictó Resolución en el expediente S/0051/08, incoado de oficio contra UNESA, por presunta infracción de los artículos 1 de la LDC y 81 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) consistente en la adopción por UNESA de un acuerdo para presentar un recurso ante la Audiencia Nacional por el que solicitaba la suspensión cautelar y la anulación de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, por la que se revisaban las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, relativa al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). Dicha Resolución fue notificada a UNESA el mismo día 2 de noviembre de 2009.

2.- En FD Tercero de la citada resolución, el Consejo manifestaba lo siguiente: *“A la vista de los hechos reflejados en el expediente sancionador, el Consejo no considera necesario pronunciarse sobre si la conducta de UNESA, consistente en la interposición de un recurso contencioso-*

administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, puede ser calificada como constitutiva de una infracción en el sentido del artículo 1 de la LDC. Ello es así ya que, a juicio del Consejo, el examen de la documentación aportada al expediente administrativo revela que son otros hechos distintos, anteriores y posteriores al ejercicio de la acción por UNESA, algunos determinados en el pliego de concreción de hechos y otros resultantes de la prueba practicada en la fase de resolución, los que podrían constituir actuaciones anticompetitivas en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 81 del TCE.

Efectivamente, el Informe-propuesta emitido por la Dirección de Investigación, aunque centrado en justificar que la interposición de recurso contencioso-administrativo constituye una infracción de la normativa de defensa de la competencia, evidencia que dicha actuación procesal llevada a cabo por UNESA es la materialización de un entendimiento previo entre las empresas eléctricas a ella asociadas, anterior a la convocatoria de su Comité de Dirección para el día 14 de enero. En dicho Comité de Dirección se adoptó el acuerdo de interponer el referido recurso contencioso-administrativo (con petición de suspensión cautelarísima de la Orden recurrida) por unanimidad, esto es, con el voto favorable de las empresas asociadas (3 de Endesa, 3 de Iberdrola, 2 de Unión Fenosa, 3 de Hidroeléctrica del Cantábrico y 1 de Enel Viesgo).

Es cierto que de la documentación obtenida durante la tramitación del presente procedimiento no resulta prueba directa de ese entendimiento previo, pero un análisis de conjunto de la actuación de las distribuidoras anterior y posterior al citado acuerdo de UNESA, así como de las circunstancias concurrentes, revela de forma indiciaria la existencia de una coordinación de comportamientos destinada a obstaculizar el proceso de liberalización del mercado, con los consiguientes efectos sobre la competencia en el mercado eléctrico que dicha decisión produce. (...)”.

Tras examinar la secuencia de hechos, el Consejo entendía que “Esta actitud uniforme de rechazo a dar acceso a terceros competidores a la información sobre clientes amparándose en la interposición del recurso, incluso una vez conocidos los informes de la AEPD, resulta especialmente llamativa. (...)”. Y concluía que “...la secuencia de hechos expuesta y el contexto en el que se han desarrollado revela de modo indiciario que, por parte de las empresas integrantes de UNESA, se ha producido una estrategia de coordinación en algún momento anterior a la convocatoria del Comité de Dirección el 10 de enero de 2008 para, sirviéndose de la interposición por aquélla de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, impedir de forma individual pero previamente concertada el acceso de [CONFIDENCIAL] y otros comercializadores al Sistema de Información de Puntos de Suministro en un momento crítico del proceso liberalizador. Esta estrategia se llevaría a cabo a través de diversas actuaciones –las previamente expuestas– que constituirían una manifiesta infracción de la normativa sectorial y restringirían la competencia en los términos que prohíbe el artículo 1 de la LDC.

En consecuencia, dada la existencia de una serie de indicios que revelan un entendimiento previo entre las empresas eléctricas integradas en UNESA (IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO), que habría tenido por objeto establecer una estrategia conjunta de obstaculización o restricción de la competencia en

el mercado eléctrico que podría constituir una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, este Consejo considera necesario que por la Dirección de Investigación se proceda a su examen y valoración a efectos de una posible incoación de expediente sancionador”.

En el FD Cuarto de la misma Resolución, el Consejo configuraba a UNESA como “...la casa común de una parte del sector, en la que se consensúan posiciones, estrategias legales e intereses de una parte, muy relevante pero de una parte del sector eléctrico, de modo y manera que a través de UNESA las cinco eléctricas asociadas facilitan su presencia y la defensa de intereses comerciales o de mercado ante la Administración, el regulador sectorial u otras asociaciones empresariales competidoras o de clientes del sector (SEDIGAS, ACIE, etc.) con una única voz”.

Y, asimismo, “...considera oportuno resaltar, dada la peculiar naturaleza de UNESA como Asociación empresarial, que el diseño en común o la coordinación de estrategias empresariales, si son aptas para producir efectos restrictivos sobre la competencia, tales como la implementación –incluso por tercero- de barreras de entrada al mercado resultarían prohibidas por la legislación de defensa de la competencia. Y de dicha documentación que obra en el expediente se desprende que las eléctricas asociadas, en el seno de los órganos de UNESA, han consensuado posiciones sobre cuestiones de gran trascendencia en el proceso de introducción de competencia en los mercados eléctricos, como lo son el Suministro de Último Recurso y la naturaleza, funciones y composición de la Oficina de Cambio de Suministrador (OCS). Así, respecto de esta oficina, consta que UNESA contrastó y consensuó una posición común con SEDIGAS, llegándose a crear un grupo de trabajo entre empresas pertenecientes a ambas Asociaciones, en el que estaban las empresas que participarían en el capital de esta oficina. Como también que las eléctricas en el seno del Comité de Directores de 14/09/07 acordaron que “no tiene sentido tratar de acercarse a la postura de Gas Natural” en relación con la creación de la OCS. En este mismo sentido, el Consejo también ha constatado que el Comité de Directores (integrado por altos ejecutivos de las eléctricas) de 23/05/07 acordó, en relación con los expedientes abiertos por la CNC a las eléctricas asociadas, que “UNESA no atienda ningún requerimiento...” de [CONFIDENCIAL].

A este respecto, el Consejo “... quiere llamar también la atención de la Dirección de Investigación sobre la necesidad de extremar la vigilancia sobre la posible coordinación de comportamientos competitivos que en el seno de UNESA pudiera darse entre sus asociados por si pudieran ser en su caso constitutivo de infracción de la normativa de competencia”.

Y, finalmente, resolvía: “**SEGUNDO.** Interesar de la Dirección de Investigación la valoración de los indicios puestos de manifiesto en la Fundamentación Jurídica de la presente resolución y que, a juicio del Consejo, revelan un entendimiento previo entre las empresas eléctricas integradas en UNESA, es decir, IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO, a efectos de determinar si procede la incoación de un expediente sancionador, por si resultase de los mismos la existencia de una estrategia conjunta de obstaculización o restricción de la competencia en el mercado eléctrico, constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia”.

3.- Con la misma fecha de la Resolución precitada, la DI dictó una Orden de Investigación, en la que se acordaba el inicio de una información reservada, bajo la referencia DP 40/09, *“para verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación en el seno de UNESA”*. Para ello se autorizaba a determinados funcionarios para proceder a la realización de una inspección en la sede de UNESA, a partir del día 5 de noviembre siguiente.

En dicha Orden se justificaba la inspección en la llamada de atención hecha por el Consejo en el FD Cuarto de su Resolución de 2 de noviembre de 2009 -transcrita en el AH anterior-, así como en la caracterización de UNESA como *“casa común del sector”* y en la referencia al *“diseño en común o la coordinación de estrategias empresariales”* efectuadas en el mismo FD.

Asimismo, se indicaba que *“La posible conducta colusoria que investiga esta Dirección de Investigación tendría como objeto y/o efecto principal el diseño y la coordinación de estrategias y comportamientos competitivos de las empresas asociadas en UNESA en los distintos mercados del sector eléctrico en España.”*

A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de UNESA y/o de sus asociadas que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, así como verificar, igualmente, que tales actuaciones se han llevado a la práctica”. A continuación se citaban una serie actuaciones que, entre otras, podrían realizarse durante la investigación.

4.- Asimismo, la Orden de Investigación explicaba que *“Para que la CNC pueda determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos y al contexto en el que se aplican, así como la identidad de todas las empresas implicadas, es necesario llevar a cabo inspecciones de conformidad con el artículo 40 de la LDC y para garantizar la eficacia de dichas inspecciones, es indispensable realizarlas sin previo aviso a UNESA ni a sus asociadas”,* por el riesgo de que la documentación relativa a la infracción que pudiera ocultarse o destruirse.

A continuación, se indicaba la posible multa a la que se enfrentaría la UNESA en caso de demostrarse la existencia de tales conductas restrictivas, así como la sanción establecida en la LDC en caso de que la entidad no se sometiera a la inspección u obstruyera por cualquier medio la labor de inspección de la CNC (artículo 62.2 de la LDC), (lo que constituiría un agravante sobre la multa precitada). Seguidamente, se exponía el catálogo de posibles conductas obstructoras de la inspección.

5.- A la vista de lo expuesto, la Orden de Investigación ordenaba a UNESA que *“se someta a inspección por la posible existencia de prácticas anticompetitivas en el seno de UNESA que supondrían una violación del artículo 1 de la LDC y/o del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea en relación con el diseño y la coordinación de estrategias y comportamientos competitivos de las empresas asociadas en UNESA en los distintos mercados del sector eléctrico en España”,* y que *“permita al personal autorizado por la Dirección de Investigación de la CNC a realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 40 de la LDC”*.

Finalmente, se indicaba al responsable de la entidad a inspeccionar que tenía derecho a contar con asistencia letrada, interna o externa, y que podía solicitar la confidencialidad de los documentos y ficheros recabados, así como que se respetase el derecho a la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente.

6.- Dicha inspección se llevó a cabo los días 5 y 6 de noviembre de 2009. Tal como consta en el Acta de Inspección (apdos. 7 a 8), personados los funcionarios autorizados en la sede de UNESA, y habiendo informado al responsable de la misma del objeto de su visita –efectuar la inspección- y de su derecho a contar con asistencia letrada, le hicieron entrega del Auto judicial que les habilitaba para realizar la inspección. Sólo tras hablar telefónicamente con sus abogados externos, el citado responsable accedió a firmar el recibí del Auto judicial (apdos. 9 a 12 del Acta).

7.- A continuación, se facilitó al responsable de UNESA la Orden de Investigación, tras cuya lectura manifestó que, a su criterio, el objeto reflejado en ella y al que hacía referencia el Auto judicial resultaba totalmente indeterminado, lo que impedía conocer el alcance real de la inspección a realizar, por lo que no accedía a firmar el conforme de la citada Orden sin que previamente hubiera sido analizada por sus abogados externos. Igualmente solicitó a los inspectores una información más detallada sobre el objeto de la inspección, a lo que el Jefe de Equipo respondió explicando que el objeto de la inspección se indicaba en la Orden de Investigación. Ante la insistencia del Sr. xxx en relación con este extremo, el Jefe de Equipo señaló que las consideraciones sobre el objeto de la inspección no podían discutirse durante el curso de la inspección y que la Asociación podría efectuar cuantas alegaciones estimase convenientes en relación con esta u otras cuestiones a lo largo del procedimiento. Añadió que la inspección había de llevarse a efecto conforme a lo señalado en el Auto judicial y en la Orden de Investigación, con independencia de la valoración que el extremo señalado le mereciera a UNESA, e igualmente, atendiendo al Auto judicial, con independencia de que UNESA diera o no su conformidad a la Orden de Investigación, advirtiendo que una falta de colaboración para facilitar el inicio de la inspección pudiera constituir una obstrucción a la labor inspectora (apdos. 13 a 14 del Acta).

8.- Asimismo, los inspectores explicaron que, de acuerdo con los poderes de inspección establecidos en el art. 40 de la LDC, se iba a recabar tanto información en formato papel como en formato electrónico y que, por ello, se procedería a la inspección de los despachos y ordenadores de determinados empleados y/o directivos de la asociación. Por lo que se refiere a la búsqueda de documentos se subrayó por el Jefe de Equipo que la inspección se centraría en los hechos mencionados en la orden de investigación entregada a UNESA, basándose en criterios objetivos, proporcionados y relacionados con el objeto de la investigación. Tras solicitar nuevamente al responsable de UNESA que firmase la Orden de Investigación y que facilitase el inicio inmediato de la inspección, el Jefe de Equipo añadió que la presencia de los abogados externos de la asociación no constituía requisito necesario para dar comienzo a la inspección, haciendo hincapié en la importancia que tenía el rápido inicio de las inspecciones de competencia ante el riesgo de que pudiera producirse cualquier actuación por parte de la entidad inspeccionada que pusiera en peligro la efectividad de la inspección, tales como la destrucción de documentos u otras actuaciones similares. Reiteró las consecuencias a que podía dar lugar la negativa a colaborar con el desarrollo de la inspección y facilitar su inicio inmediato, no obstante

lo cual el responsable de UNESA insistió en su solicitud de no iniciar la inspección hasta que estuvieran presentes sus abogados externos, y más aún ante la aclaración de los inspectores de que se requería la colaboración de las personas cuyos despachos u ordenadores fuesen investigados a fin de que identificasen los documentos que afectasen a su intimidad o los que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Sólo tras la personación de sus abogados externos y de que éstos aconsejaran a UNESA la conveniencia de acceder de inmediato a facilitar la inspección pudo iniciarse ésta (apdos. 15 a 26 del Acta). Finalmente, tras la lectura de la Orden de Investigación por dichos abogados, el responsable de UNESA firmó el conforme de la misma, consignando que lo hacía “a la vista del Auto judicial” (apdo. 35 del Acta).

9.- El Jefe de Equipo informó a los representantes de la asociación que la inspección se realizaba en el marco de una información reservada de conformidad con el art. 49.2 de la LDC, sin que existiera expediente sancionador incoado, por lo que no podía accederse al mismo ni a la documentación recabada en el curso de la inspección, documentación que sería tratada cautelarmente como confidencial. Informó, asimismo, de cómo se llevaría a cabo la búsqueda y selección de información en los equipos informáticos, mediante un sistema de depuración y filtrado sucesivo. Tras una primera evaluación y selección de la información almacenada en los equipos inspeccionados, el resultado de dicha selección se copiaría y trasladaría a los ordenadores del equipo inspector donde se procedería a sucesivos filtrados mediante inspección visual y empleo de palabras clave. Planteada por uno de los abogados la posibilidad de acceder a dichas palabras clave, el Jefe de Equipo le informó que la relación de las mismas definitivamente utilizada se le facilitaría al finalizar la inspección, aclarando que dichas palabras constituirían un instrumento de ayuda en el proceso de análisis y selección de información, y que por lo tanto no determinaban por sí mismas el criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNC (apdos. 37 a 40).

10.- El 16 de noviembre de 2009, a través de sus representantes legales, UNESA interpuso recurso contra la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de la entidad, fundamentándolo en las siguientes alegaciones:

- a) Vulneración por la Orden de Investigación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución Española por falta de motivación de la misma.
- b) Vulneración por la actuación inspectora de la DI del derecho al secreto de las comunicaciones, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.1, 18.2 y 24, respectivamente, de la Constitución Española.
- c) La nulidad de la Orden de Investigación, en virtud del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), determina de forma automática la nulidad de la inspección y la imposibilidad de utilizar la totalidad de la documentación, tanto en papel como electrónica, recabada en la inspección.

La recurrente solicitaba que el Consejo declarase “*contraria a Derecho, y por tanto, desprovista de efectos jurídicos, la Orden de Investigación de fecha 2 de noviembre de 2009 autorizando la*

inspección llevada a cabo por la CNC los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA sita en la calle Francisco Gervás, nº 3 de Madrid y consiguientemente, se prohíba a la CNC la utilización de todos los documentos físicos y en formato electrónico obtenidos por sus funcionarios en la sede de UNESA, ordenando su devolución a la Asociación”.

11.- Conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC, el 23 de noviembre la DI remitió Informe rebatiendo las alegaciones de UNESA y proponiendo que “...se **desestime** el recurso interpuesto en todos sus términos respecto de la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009 de la Dirección de Investigación de la CNC y de los actos de la Dirección de Investigación realizados con ocasión de la inspección realizada los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA en la medida en que las actuaciones de inspección realizadas por el equipo de inspección de la CNC estaban amparadas por la mencionada Orden de Investigación y por el Auto ED 15/09-M de 4 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid, desarrollándose la inspección de acuerdo con las facultades de inspección indicadas tanto en la LDC como en el RDC por funcionarios de la CNC debidamente autorizados, sin que en ningún supuesto se produjera indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de UNESA y sin que quepa, por tanto, la devolución de la documentación recabada en dicha inspección puesto que no ha habido actuación contraria a Derecho”.

12.- El Consejo deliberó y falló este asunto en su reunión de 9 de diciembre de 2009.

13.- Es interesada la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente

Se promueve el presente recurso contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA.

Sentado lo anterior, analizaremos los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo, a la vista de los cuales parece que la pretensión anulatoria de la actuación de la Dirección de Investigación se funda en las siguientes alegaciones:

1. En primer lugar, considera la asociación recurrente que la Orden de investigación de la DI vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución Española por falta de motivación.

2. En segundo término, manifiesta que la actuación inspectora constituye una manifiesta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.1, 18.2 y 24 de la CE.

3.- Por último, invoca la nulidad de la Orden de Investigación, en virtud del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

Procedimiento Administrativo Común, que determina de forma automática la nulidad de la inspección y la imposibilidad de utilizar la totalidad de la documentación, tanto en papel como electrónica, recabada en la inspección.

SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Al interponerse el recurso objeto del presente expediente “*en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 LDC*”, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si la Orden de Investigación dictada por la DI y la subsiguiente inspección son, como pretende la recurrente, actos administrativos recurribles ante el Consejo o si, por el contrario, no son actos recurribles y, por tanto, procede la inadmisión del recurso.

El mencionado artículo 47 LDC solo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la Dirección de Investigación que “*produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”, de suerte que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda.

Pues bien, comenzando, en primer lugar, por el requisito de la indefensión, debe traerse a colación, a efectos de una adecuada delimitación de dicho concepto, la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitorios 1) y R/0009/08 (Transitorios 2)], en la que se declara lo siguiente: “*El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 71/1984, 64/1986).”*

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquella que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.

Como resulta evidente, este no es en modo alguno el caso examinado en el presente expediente, pues la actuación de la DI que se recurre no supone imputación de cargo alguno al recurrente, por lo que hay que estar a lo declarado por el extinto TDC ya en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. R171/96, Unión Explosivos 2) al indicar que “*dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión*”.

Y no existe imputación de la que defenderse porque en el momento de producirse la actuación recurrida ni siquiera se había incoado procedimiento sancionador, toda vez que la misma se realizaba en el marco de la información reservada prevista en el artículo 49.2 LDC, precisamente *“con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación”* de dicho expediente, como argumenta el mismo precepto.

Por tanto, dicha actuación de ningún modo es definitiva, y en este sentido, como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, *“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”*, matizando que *“esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”*.

Ninguno de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el presente caso pues, como acabamos de razonar, ni estamos ante un acto definitivo ni se ha incoado, ni mucho menos resuelto, procedimiento sancionador alguno, siendo consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

Por lo que al perjuicio irreparable se refiere, tampoco entiende el Consejo que quepa apreciar su existencia en el momento procedimental (o más bien pre-procedimental) en el nos encontramos, puesto que la inspección, desarrollada con arreglo a una orden de investigación ajustada a las exigencias del artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) y posteriormente validada a efectos de entrada por un Juez de lo Contencioso-Administrativo, no ha tenido ningún tipo de consecuencia jurídica que, aún de manera indirecta, se pueda identificar con la producción de perjuicio de ningún tipo. Por el contrario, el único acto que podría ocasionarlo sería la resolución por la que se imponga una sanción a UNESA basada en pruebas indebidamente obtenidas en la inspección. Como resulta evidente, tal es un acto futuro e incierto, puesto que no hay procedimiento alguno incoado ni decisión adoptada en él. Como resulta evidente, cuando el artículo 47 habla de perjuicios irreparables se refiere a aquéllos que tengan un carácter real y actual, por lo que tampoco podría admitirse tal alegación cuando hablemos de riesgos hipotéticos y futuros. Dicho de otro modo, no puede interponerse un recurso administrativo con carácter meramente preventivo y pretender que, con base en meras conjeturas, se procede a la anulación del acto impugnado solo por la amenaza de una sanción que desconocemos si va a tener lugar.

En definitiva, dada la interpretación que debe darse a los requisitos del artículo 47 de la LDC para apreciar su existencia, difícilmente resulta admisible este recurso administrativo deducido contra actos y actuaciones producidas con ocasión de la realización de una inspección desarrollada en el seno de una información reservada, autorizada por una Orden de Investigación y convalidada por una autorización judicial, la ausencia de actuaciones posteriores impide apreciar consecuencias perjudiciales para la empresa inspeccionada. Es más, en el caso de que

dichas actuaciones tuvieran lugar, y se iniciara un procedimiento sancionador, resultaría extremadamente complicado justificar la existencia de indefensión o perjuicio irreparable sin conocer si la resolución que lo pone fin es sancionadora o no y en qué términos han sido apreciadas las pruebas obtenidas durante la inspección y durante el desarrollo del procedimiento, así como las de descargo practicadas a instancia del imputado.

TERCERO.- Improcedente alegación de vulneración por la Orden de Investigación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución Española por falta de motivación de la misma.

Con carácter previo a examinar las concretas alegaciones en que la recurrente funda este primero de los motivos impugnatorios, dos son las consideraciones que el Consejo debe efectuar para dejar adecuadamente centrado el debate y evitar que el erróneo planteamiento de UNESA desenfoque aquello que realmente puede ser examinado en un recurso como el que nos ocupa. Tales cuestiones son las siguientes:

- En primer lugar, que, como hemos expuesto previamente, mientras no exista imputación de la que defenderse difícilmente se puede hablar de indefensión, por lo que con independencia de la motivación más o menos sucinta del acto de que se trate, esta alegación no puede en modo alguno prosperar.
- En segundo término, que UNESA plantea a juicio del Consejo la falta de motivación de forma errónea, tal y como a continuación se pasa a examinar.

En efecto, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), sólo exige que la motivación sea sucinta, de suerte que, como señala en Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de junio de 2005 (recurso de casación 1304/2002) y 1 de febrero de 2006 (recurso de casación 8345/2002), permita conocer las razones que justifican la decisión.

Pues bien, basta la simple lectura de la Orden de Investigación para comprobar como en la misma se establecen con claridad el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, la fecha de la inspección y los elementos a los que se extiende, lo que permite al inspeccionado conocer los términos en que va a tener lugar la inspección y qué es lo que en líneas generales se busca. Dicho de otro modo, respetando la orden de investigación el contenido mínimo previsto por el artículo 13.3 del RDC, la misma ha de entenderse perfectamente motivada.

Partiendo de esta base, es decir, entendiendo que la motivación ha sido más que suficiente, considera el Consejo que la alegación de UNESA no puede ni siquiera ser admitida puesto que lo que pretende plantear como falta de motivación no es sino la mera disconformidad con una motivación clara y que conoce perfectamente.

1.1 .- Ausencia de justificación de la necesidad de la intervención en el domicilio y ausencia de la debida ponderación de los intereses en juego.

Según la recurrente, la DI no ha realizado la debida ponderación de derechos e intereses afectados para determinar si la lesión del derecho individual está justificada, teniendo en cuenta que el Consejo ya dispone de abundante documentación de UNESA, requerida, de acuerdo con lo previsto en el art. 51.1 LDC, en el marco del expediente que dio lugar a la Resolución de 2 de noviembre de 2009. Por tanto, no fue ni necesaria ni proporcionada la decisión de entrar en el domicilio de UNESA ya que ha quedado demostrado que podría haberse obtenido la información a través de otros medios menos invasivos.

Hay que decir, en primer lugar, que es una norma de rango legal, el art. 40 LDC, la que permite que el personal de la CNC debidamente autorizado pueda realizar las inspecciones que considere necesarias para el adecuado cumplimiento de sus fines. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera esta previsión legal como básica para admitir una injerencia domiciliaria de la Administración. Así lo recoge la STEDH de 16 de abril de 2002 (Stés. Colas Est c. Francia, apdo. 43) –citada por la recurrente–, en la que, además, reconoce que *“los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para considerar la necesidad de la injerencia”* (apdo. 47) y en la que, igualmente, considera justificada la injerencia *“a fin de evitar la desaparición o el ocultamiento de elementos se prueba de prácticas contrarias a la libre competencia”*, siempre que, en paralelo, la misma legislación ofrezca garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (apdo. 48).

De manera que, haciendo uso de esta facultad prevista legalmente, la DI decide en cada caso y en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, en qué supuestos resulta o no necesaria una investigación domiciliaria y en qué casos, por existir riesgo de oposición a la inspección, resulta necesario solicitar auto judicial que autorice la entrada. Esta decisión sobre la necesidad de la inspección se adopta teniendo en cuenta que en una inspección se buscan documentos distintos a aquéllos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información previsto en el artículo 39 de la LDC. En relación con la información concreta requerida por el Consejo de la CNC en el marco del expediente S/0051/08 al que alude la recurrente, cabe señalar que la aportación de dichos documentos no podía ser denegada, en la medida en que existe una obligación legal de que las empresas mantengan un Libro de Actas. Por el contrario, existe otro tipo de información para la cual existe un riesgo de destrucción u ocultación y que es precisamente por la cual la CNC está legalmente habilitada para llevar a cabo inspecciones de carácter sorpresivo con las facultades previstas en la LDC. Así lo ha reconocido el TEDH en la sentencia que se acaba de citar (*“a fin de evitar la desaparición o el ocultamiento de elementos se prueba de prácticas contrarias a la libre competencia”*) y el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) cuando, al razonar sobre la admisión de la prueba de indicios, advierte de las dificultades de prueba de las conductas cuya persecución se encomienda a la CNC:

“Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

Es evidente que si la DI ha decidido realizar una inspección es porque, por un lado, necesita elementos de juicio adicionales para cumplir con la finalidad que la LDC atribuye a las informaciones reservadas, es decir, obtener elementos de juicio para valorar si procede o no incoar un procedimiento sancionador y porque, por otro, se buscan documentos distintos a aquéllos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información previsto en el artículo 39 de la LDC.

Adicionalmente, tras esta primera ponderación sobre la necesidad de realizar una inspección domiciliaria que realiza la DI, de acuerdo con las facultades legales previstas en el art. 40 de la LDC, también el Poder Judicial ha realizado la necesaria ponderación de derechos e intereses afectados por la investigación domiciliaria decidida, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, al ser requerida su intervención, de acuerdo con el art. 40.4 de la LDC al estimarse el posible riesgo de oposición a la inspección ordenada. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“la autorización judicial, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental”* (por todas, SSTC 50/1995, de 23 de febrero, F. 5, y 126/1995, F. 3).

La doctrina jurisprudencial (STC núm. 136/2000 de 29 mayo) limita la intervención del juez autorizante a un control de apariencia sobre la competencia del órgano autor del acto y la proporcionalidad de la medida. Por tanto, al valorar la solicitud de autorización judicial de entrada, el órgano judicial habrá de verificar si la orden de entrada, en este caso, la Orden de Investigación de la DI de 2 de noviembre de 2009, está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende y si se respeta el principio de proporcionalidad, debiendo el titular del órgano judicial formarse un juicio conducente al otorgamiento o denegación de la autorización instada mediante la individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo, verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en domicilio y garantizar que la irrupción se produzca sin más limitaciones al derecho fundamental que el estrictamente necesario sin que en ningún caso se pueda extender el acto de intervención a la fiscalización de la legalidad del acto y su ejecutividad que va más allá del control de dicha garantía, como se ha indicado en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 144/1987 y 76/1992).

Así pues, al dictarse el Auto de 4 de noviembre de 2009, la justificación de la necesidad de la inspección y la ponderación de intereses en juego no ha sido únicamente verificada por la propia DI sino ratificada por el juez administrativo, que ha intervenido como garante de la procedencia del acceso al domicilio para realizar la inspección delimitada por la Orden de Investigación de la DI de 2 de noviembre de 2009, sin más limitaciones que las estrictamente necesarias y ello en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución.

De acuerdo con todo lo expuesto cabe concluir que la DI, a quien la LDC atribuye directamente la facultad de realizar cuantas inspecciones sean necesarias para la debida aplicación de la LDC, justificó adecuadamente la necesidad de la inspección ordenada, resultando además que la ponderación de derechos e intereses afectados y el control de necesidad y proporcionalidad de la

decisión de realizar una investigación domiciliaria fue ratificada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al que se sometió la cuestión.

Las apreciaciones que se acaban de efectuar justifican, a juicio de este Consejo, la proporcionalidad de la medida sin que resulte aplicable la sentencia TEDH en el asunto *Société Colas Est et Autres c. Francia* en la que el motivo por el que se anula una inspección por falta de proporcionalidad es el no haberse solicitado autorización judicial de entrada, lo que no es absoluto aplicable a la inspección realizada en UNESA, que se realizó con la debida autorización judicial.

1.2.- La ausencia de indicios sobre las conductas investigadas

Señala la recurrente que la Orden de Investigación justifica de forma imprecisa y genérica la necesidad de entrada y registro en la sede de UNESA, manifestando que no se pueden desarrollar inspecciones genéricas y que la referencia de la Orden de Investigación al pronunciamiento del Consejo de la CNC de 2 de noviembre de 2009 sobre el expediente S/0051/09 no es un indicio suficiente que justifique la necesidad de la investigación domiciliaria ya que se trata de afirmaciones insólitas que sólo recogen hechos generales sin ninguna concreción.

En primer lugar, debe señalarse que la aportación de los elementos indiciarios no forma parte del contenido que el artículo 13 RDC exige a la Orden de Investigación, por lo que la alegación de falta de motivación es absolutamente improcedente sin necesidad de efectuar mayores consideraciones.

En cualquier caso, y solo a efectos de completar un argumento de por sí suficiente para no seguir examinando esta alegación, debe señalarse que tal y como se indica en el párrafo 37 del Acta de la inspección y en la propia Orden, tras la notificación por el personal inspector de la CNC a la empresa de la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, se comunicó a ésta que dicha inspección se realizaba en el marco de una información reservada de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC. Por tanto, la inspección no se realizó en el ámbito de un expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, sino en el ámbito de una información reservada, con el fin, precisamente, de determinar si concurrían o no las circunstancias que justificaran la incoación del expediente sancionador.

En el supuesto concreto de esta información reservada, una de las vías a través de las cuales la DI recibe la noticia de la posible existencia de conductas ilícitas es la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de noviembre de 2009, expediente S/0051/08, UNESA, resultando necesario determinar si concurren los hechos de los que alerta el Consejo que justifiquen la incoación de expediente sancionador. Esta afirmación se hace sin perjuicio de que puedan estar investigándose en el marco de la citada información reservada otros posibles indicios que pudiera tener la DI y que, por motivos más que evidentes, este Consejo desconoce.

1.3.- Ausencia de fundamentación de la existencia de riesgo de ocultación o destrucción de documentos

En opinión de la recurrente, la mera alegación, sin una fundamentación o aclaración razonable de que en la sede de UNESA se encuentra cierta documentación y que ésta podría destruirse u ocultarse si no se accede al domicilio, no justifica la adopción de la Orden de Investigación.

En primer lugar debe señalarse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 RDC, se trata de un elemento que no debe constar en la Orden de Investigación y el hecho de que se haga mención a este extremo en la misma es sencillamente manifestación de la voluntad de la CNC de explicitar, en la medida de lo posible, los motivos que hacen necesaria una investigación domiciliaria.

Resulta obvio, como ya se ha expuesto previamente, que estamos antes pruebas que el imputado no esta obligado a aportar y que difícilmente se pueden obtener de otra forma distinta a una inspección.

1.4.- Ausencia de concreción de la infracción y, por tanto, del objeto de la investigación

La recurrente señala que la Orden de Investigación no contiene una serie de elementos básicos que enumera en los folios 20 y 21 del escrito del recurso. El artículo 13.3 del RDC establece el contenido que ha de tener la autorización escrita del Director de Investigación que habilita al personal inspector para realizar una inspección, debiendo ésta indicar expresamente el personal autorizado para proceder a una inspección, el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma, así como las sanciones previstas en la LDC para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección del personal autorizado de la CNC.

Entrando en el detalle de la citada Orden de Investigación de la DI de 2 de noviembre de 2009, ésta, además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección y señalar la fecha de realización de la citada inspección, define el objeto y la finalidad de la inspección, indicándose el contenido de la Resolución del Consejo del a CNC de 2 de noviembre de 2009, que constituye la motivación de la inspección, la sospecha de indicios de coordinación en UNESA que han llevado a la DI a proceder a su verificación, la infracción que la DI debe investigar, es decir, la existencia de actuaciones de UNESA y/o de sus asociadas que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del TCE.

A la vista de lo anterior, debe indicarse que el origen, el objeto y la finalidad de la inspección, de los que UNESA tuvo conocimiento desde el inicio de la inspección (como consta en el acta), están definidos en la Orden de Investigación, tratándose de un objeto amplio pero no genérico, determinado por la propia naturaleza del sector, formado por diversos mercados, y de la propia composición de la asociación cuyos asociados con son empresas verticalmente integradas que operan en esa diversidad de mercados de dicho sector eléctrico.

Asimismo la citada Orden de Investigación indica, tal y como exige el artículo 13.3 RDC, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que habían de ser objeto de la inspección, en particular, el registro de comunicaciones internas y externas, incluido el libro de "faxes" y la correspondencia comercial, las agendas de los miembros de la asociación, los archivos físicos e informáticos, los ordenadores personales, el Libro de Actas del Consejo o de los órganos directivos y los documentos contractuales.

Así pues, respecto a esta alegación realizada por la recurrente, que señala que la Orden no contiene elementos básicos como la definición del mercado de producto y del mercado geográfico, el momento en que se produjeron las conductas y los documentos exactos que se iban a examinar y que, por tanto, adolecía de un defecto esencial que provoca indefensión, ha de

indicarse en primer lugar que el artículo 13.3 RDC no señala que dichos elementos deban formar parte del contenido de la Orden de Investigación y de la definición de su objeto, por lo que su ausencia no puede constituir un defecto esencial del acto.

En definitiva, la Orden de Investigación, como ya se ha señalado, indica expresamente el objeto y la finalidad de la inspección, así como el resto de los elementos previstos reglamentariamente, por lo que se ajusta escrupulosamente a lo establecido en el artículo 13.3 del RDC sin que pueda alegarse la ausencia de motivación de la misma por no contemplar los elementos alegados que han sido debidamente analizados.

CUARTO.- Improcedente alegación de vulneración por la actuación inspectora de la DI del derecho al secreto de las comunicaciones, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.1, 18.2 y 24, respectivamente, de la Constitución Española.

Partiendo de la base, como ha venido siendo una constante a lo largo de la presente resolución, de que difícilmente unas actuaciones inspectoras pueden ocasionar indefensión o perjuicio irreparable, puesto que ninguna consecuencia se ha derivado de ellas por el momento y, para el caso de derivarse, se prevé toda una serie de trámites para defenderse adecuadamente, debemos indicar que tampoco aprecia el Consejo las vulneraciones alegadas respecto al segundo de los motivos impugnatorios invocados por UNESA. Para justificar tal afirmación debe procederse al análisis concreto de cada una de las concretas alegaciones realizadas en el escrito de recurso:

El procedimiento de recogida de información electrónica seguido por la Dirección de Investigación y el tipo de información recabada

La recurrente alega que dicho procedimiento de recogida es desproporcionado ya que implica la recopilación masiva de documentación electrónica, y por tanto, de comunicaciones protegidas por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente, vulnerando así el derecho de defensa.

El procedimiento de recogida de información

Se afirma en el recurso que *“el copiado de información en el disco duro de la CNC es tal que según se indica verbalmente a esta representación, supera los 4 terabytes de datos”*.

Como acertadamente expone la DI en su informe al presente recurso, para un adecuado conocimiento del procedimiento seguido y el volumen de información obtenido en la inspección de la sede de UNESA los días 5 y 6 de noviembre de 2009, debemos acudir al contenido del acta de inspección, párrafos 29, 38, 39, 46, 50 y 53 y a la información que consta en la relación de copias digitales, de la que se deduce lo siguiente:

- el equipo inspector realizó una primera selección de información en los equipos inspeccionados para descartar la información no relacionada con el objeto de la inspección;
- el resultado de la primera selección sobre los PC de los inspeccionados se trasladó a los equipos informáticos del equipo inspector;
- la información contenida, originariamente, en los PC de los inspeccionados ocupaba un total de 2,6 Terabytes, sobre los cuales se realizó la primera selección, por lo que es imposible que al disco duro de los portátiles de la CNC llegasen 4 Terabytes de información como señala la recurrente;

- una vez en los equipos informáticos del equipo de inspección, la información se sometió a sucesivas fases de filtrado, tanto visual, como a través de criterios adicionales basados en el uso de palabras significativas;
- el elevado volumen de información a filtrar por parte del equipo inspector hizo que esta tarea se prolongase en el tiempo haciendo necesario continuar con el filtrado el día siguiente, 6 de noviembre, para lo que se precintó una única sala donde se depositaron los equipos informáticos de la CNC;
- desde las 8.43 del día 6 de noviembre hasta la finalización de la inspección se continuó con la tarea de filtrado de la información por parte del equipo inspector;
- finalmente el tamaño de la información recabada fueron 3,86 GB, lo que supone que se recabó aproximadamente el 1,5 por mil de la información total existente en los PC inspeccionados

A la vista de todo lo expuesto y dados los hechos acontecidos, de acuerdo con el acta y la relación de copias digitales que se adjuntan, sólo puede concluirse que las alegaciones realizadas por la recurrente son gratuitas en cuanto carecen de fundamento al no ajustarse a la realidad de los hechos acontecidos y de la actuación real que el equipo inspector llevó a cabo. Por el contrario, queda demostrado que la Inspección ha desarrollado un ímprobo esfuerzo para filtrar debidamente el ingente volumen de información a examinar.

El tipo de documentos recabados

Respecto al tipo de información recabada, señala la recurrente que *“durante este proceso se ha podido recopilar documentación de carácter privado y personal que no tendría en ningún caso relación con las actividades de UNESA como asociación empresarial, vulnerando en este caso el derecho a la intimidad del personal de la Asociación (...).”* (subrayado propio).

En primer lugar, debe hacerse constar que la recurrente no afirma que se hayan recabado “de facto” documentos de carácter privado, no relacionados con el objeto de la Orden de Investigación o protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, sino que, simplemente, alude a la posibilidad de que se hayan podido recabar tales documentos, por lo que se alega una vulneración de derechos constitucionalmente protegidos basada en una mera conjetura. Dicha alegación, además de absolutamente infundada, ignora la reiterada jurisprudencia que exige, para apreciar la vulneración de derechos constitucionales, que se proceda a la identificación del daño o la lesión efectiva que la actuación administrativa haya producido en los derechos que se invocan, por todas las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 288/2006, de 9 de octubre de 2006 y nº 95/2009, de 20 de abril de 2009.

A este respecto, debe recordarse a UNESA que los recursos administrativos tienen un carácter exclusivamente revisor de la legalidad de los actos impugnados, de suerte que para que para que se proceda a su estimación es necesario justificar la existencia de vicios o defectos reales, siendo absolutamente improcedente pretender que el Consejo de la CNC se dedique a valorar meras hipótesis.

En todo caso, para zanjar definitivamente el debate sobre la posible obtención de documentos de carácter privado y personal y los documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente resulta necesaria la remisión al acta de inspección, en la que consta lo siguiente:

- Párrafos 22, 23, 28, 29, 34 y 45: se alude a la presencia del personal de la asociación y de los abogados externos en el examen de despachos y ordenadores así como y la necesaria colaboración de éstos en la identificación de los documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.
- Párrafo 38: se plasma el compromiso de la Dirección de devolver información protegida.
- Párrafo 48: se deja constancia, respecto a la confidencialidad abogado-cliente, de la identificación de varios documentos en los que, tras un somero análisis por el equipo inspector, se coincide con la valoración de la asociación, afirmando la confidencialidad del documento, por lo que dicho documento queda excluido de la investigación. Con carácter previo a esta identificación, hasta ocho personas consultadas respecto a la existencia de este tipo de documentación (abogado-cliente) manifiestan directamente al equipo inspector “*que no les consta la existencia de documentos de esta naturaleza*”.
- Párrafo 49: Se expone, respecto a documentos de carácter personal, la exclusión, de numerosos documentos tanto digitales como en soporte papel tras su identificación por el afectado y su análisis por la inspección.

A la vista de lo expuesto y dada la evidencia que se desprende del contenido del Acta, es obvio que la inspección realizada en la sede de UNESA garantizó y respetó plenamente la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente y la privacidad de los inspeccionados y, por tanto, los derechos de defensa de la empresa inspeccionada, así como el derecho al secreto de las comunicaciones.

No cabe, por tanto, recriminación alguna a la actuación del equipo de inspección en relación con este asunto y sólo resta a la DI, en caso de que se identifique algún documento de este tipo cuando se proceda al análisis pormenorizado de la información, devolver, como es la práctica habitual de la CNC, tales documentos. Ello por no decir que, además, la totalidad de documentos y datos obtenidos de la inspección reciben el tratamiento confidencial de modo cauteloso y que, conforme al artículo 43 de la LDC, tanto los funcionarios como cualquier otra persona que acceda al expediente durante su tramitación está vinculado por un deber de secreto.

La supuesta grabación de información tanto en los DVDs como en los discos duros de los ordenadores de la DI

UNESA, sin concretar como afecta a su derecho de defensa, apunta a la posibilidad de que el equipo de inspección haya recabado y sacado de la asociación inspeccionada no sólo la información grabada en los DVDs de los que la asociación se ha quedado copia, sino también, de forma encubierta, la información que ha quedado en los discos duros de los equipos de la CNC tras los sucesivos filtrados, y ello porque la recurrente duda de la efectividad del sistema de borrado de archivos utilizado por la DI.

Respecto a la primera cuestión, que la DI se lleva la información recabada tanto en los DVDs como en los discos duros de los equipos de la CNC, procede remitirse al acta, firmada por la asociación, en cuyos párrafos 41 y 55 se deja constancia de que el Jefe de Equipo informa a los representantes de UNESA que al finalizar la inspección quedará en poder de la asociación, además de copia del acta de inspección, una copia de la información recabada por el equipo de inspección, debidamente cotejada, para que tenga conocimiento pleno de la información recabada.

En cuanto a las dudas sobre la eficacia del programa de borrado de archivos electrónicos

utilizado por la DI también se ha recogido en el párrafo 56 del acta de inspección que, ante la pregunta de los abogados de UNESA, se expone que explica que para el borrado de la información de la que no se hace copia *“se está usando el programa de borrado seguro Erase IT, en su versión 5.8, que realiza un proceso reiterativo, reescribiendo la información borrada varias veces, de manera que resulte irrecuperable”*.

En efecto, como señala la Dirección de Investigación en su Informe al presente recurso (página 26), *“los programas de borrado seguro, a diferencia del sistema de borrado de Windows, no permiten la recuperación de la información mediante técnicas convencionales. Recuperar los archivos eliminados con un sistema de borrado seguro exigiría llevar los equipos de la CNC a alguno de los escasos laboratorios existentes a nivel mundial -de hecho no existe ninguno en España- especializados en la recuperación de tales archivos, sin garantías de éxito y con unos costes económicos muy elevados”*.

Clarificado el proceder de los inspectores y los términos en que tuvo lugar el acopio de información, el Consejo entiende que cualquier otro tipo de conjetura o insinuación resulta simplemente intolerable, máxime cuando nos encontramos ante funcionarios públicos que dejan constancia de su actuación en un acta con manifiesto valor probatorio y presunción de certeza a su favor, además de validada con la firma del representante de la empresa inspeccionada.

La aportación de los criterios de búsqueda al finalizar la inspección

La recurrente señala que, a pesar de que los criterios de búsqueda (palabras clave) fueron solicitados por los representantes de UNESA el propio 5 de noviembre al comienzo de la inspección, no se proporcionaron hasta el momento en que la misma finalizó, *“en clamoroso desprecio a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009, en el asunto Stanpa”*.

Dado que UNESA, como viene siendo una constante a la hora de examinar el presente recurso, no justifica en modo alguno en qué afecta a su derecho de defensa el momento de entrega de la relación de las palabras clave por la inspección, no debiera ni siquiera valorarse la argumentación en que se funda para realizarla.

En cualquier caso, debemos remitirnos al Acta de inspección cuyo párrafo 40 recoge lo siguiente: *“El Sr. xxx plantea al Jefe del Equipo inspector la posibilidad de acceder al contenido de las denominadas “palabras clave”. El Jefe del Equipo de inspección le informa que dicha relación podrá ser facilitada al finalizar la inspección una vez que se disponga de la relación definitivamente utilizada, añadiendo que dicha relación constituye un instrumento de ayuda al proceso de análisis y selección de información, que por lo tanto no determina por sí mismo el criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNC”*.

Por tanto, no es estrictamente cierto que se exija en ese momento, en el que además del Jefe de Equipo estaba presente otro inspector, que se aporten las palabras clave sino que se plantea cuál va a ser el proceder del equipo de inspección en relación con tal extremo y si se va a cumplir con la denominada “Sentencia Stanpa”, ante lo cual el jefe de Equipo indica que se adjuntará una relación de dichas palabras al finalizar la inspección.

La mencionada “Sentencia Stanpa” de la AN de 30 de septiembre de 2009, que resuelve un recurso contra la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 y las inspecciones relacionadas con el expediente administrativo correspondiente, ha declarado que los criterios de búsqueda de

documentos utilizados en las inspecciones no pueden ser confidenciales para el interesado, ya que determinan la selección de los documentos que serán copiados.

No obstante, la denominada “Sentencia Stanpa” no señala el momento en que deben aportarse tales palabras, sino que se deben aportar, lo cual, sin duda alguna, se ha producido en el presente caso. A este respecto no parece lógico que los criterios de selección de información utilizados por la DI durante las inspecciones deban ser conocidos con antelación por las empresas, que podrían cambiar la ubicación de la información o destruirla, impidiendo el cumplimiento del fin de la inspección. Las posibilidades que brinda la moderna tecnología para eliminar documentación electrónica en breve tiempo y desde accesos remotos (fuera del lugar donde se realiza la inspección) obliga a los funcionarios de la CNC a ser extremadamente cautelosos con los criterios de búsqueda que van a utilizar para evitar la destrucción de posibles pruebas durante el transcurso de la propia inspección.

Por otra parte, es manifiesto que dichos criterios no se esconden a la empresa o asociación inspeccionada, o por sus directivos, empleados y representantes legales cuando la inspección se realiza, ya que en todo momento acompañan a los inspectores en su búsqueda.

El examen de los archivos de la asesoría jurídica interna

Finalmente la recurrente alega que parte de la investigación se centró en los archivos de la asesoría jurídica interna de UNESA, desconociéndose una vez más, puesto que la recurrente no lo especifica, en qué medida este hecho afecta a los derechos de la empresa constitucionalmente protegidos.

En cualquier caso, se trata de una afirmación, cuanto menos inexacta, ya que, como se puede comprobar en el Acta de la inspección, párrafos 43 y 44:

- se inspeccionó la documentación en soporte papel de ocho personas, de las que sólo una pertenece a la asesoría jurídica de UNESA
- se inspeccionaron los equipos informáticos de nueve personas de las que sólo una, la misma que en el caso anterior, es miembro de la asesoría jurídica de UNESA

Por tanto, la afirmación de la recurrente de que la inspección se centró en archivos de la asesoría jurídica carece de todo fundamento.

QUINTO.- Improcedente alegación de nulidad del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992

Por último, en lo atinente a la alegación de nulidad de la Orden de Investigación, que UNESA funda en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, simplemente señalar, puesto que no resultan necesarias mayores consideraciones al respecto, que dado que el Consejo considera justificada a lo largo de la presente resolución la ausencia de vulneración alguna de derecho fundamental por parte de la Dirección de Investigación, resulta improcedente el examen del citado motivo impugnatorio.

En consecuencia, puede decirse que, en la actuación de la DI, no se dan los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para considerarlo recurrible, por lo que procede la inadmisión del recurso deducido por UNESA.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por el representante de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la UNESA, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.