



RESOLUCIÓN

(Expediente, R 0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 16 de julio de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a. M^a Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R-0022/09 PELUQUERÍA PROFESIONAL, por la que se resuelve el recurso interpuesto por la representación de THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (en adelante, Colomer), de conformidad con el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 23 de abril de 2009, adoptado en el ámbito del expediente sancionador S/0086/08 Peluquería Profesional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el marco del expediente S/0086/08 Peluquería Profesional, el 23 de abril de 2009, la DI adoptó un acuerdo por el que se procedía a incorporar al mencionado expediente, previa su impresión en formato papel, una serie de documentos, contenidos en el DVD denominado EMP-1, que habían sido recabados durante la inspección efectuada por la DI en la sede de Colomer el 19 de junio de 2008, al amparo del artículo 40 de la LDC. Este acuerdo fue notificado a Colomer,

concediendo a la empresa un plazo de diez días para que, en su caso, solicitase la confidencialidad de aquellos documentos que estimase oportuno, aportando la correspondiente versión censurada de los mismos.

El 7 de mayo de 2009, Colomer respondió a la notificación de la DI solicitando la confidencialidad para determinados datos e informaciones contenidos en los documentos que la DI tenía previsto incorporar al expediente. Además, mediante OTROSÍ incluido en el mismo escrito, Colomer realizó una serie de alegaciones - reseñadas más adelante (ver apartado SEXTO de estos AH)- sobre la legalidad de diversas actuaciones de la DI en el curso de la tramitación del expediente S/0086/08 Peluquería Profesional relativas al tratamiento de la documentación obrante en el DVD del cual se habían extraído los documentos cuya confidencialidad acababa de solicitar, tratamiento que consideraba una vulneración de derechos que, en su opinión, debía conllevar la nulidad de todas las consecuencias jurídicas derivadas de tal actuación.

Por acuerdo de 12 de mayo de 2009 (notificado el 20 de mayo), la DI, tras aceptar la confidencialidad para determinados documentos solicitada por Colomer en su escrito de 7 de mayo de 2009, requería a Colomer para que comunicara a la DI, en el plazo de cinco días, el objeto de las alegaciones efectuadas en el OTROSÍ de dicho escrito, que se acaban de exponer en el apartado precedente.

En respuesta al requerimiento de la DI indicado en el párrafo anterior, el 26 de mayo de 2009 tuvo entrada en la CNC, escrito de la representación de Colomer mediante el que se identificaba las alegaciones formuladas en su escrito de 7 de mayo como un recurso de alzada, interpuesto al amparo del artículo 114 de la Ley 30/1992, contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 23 de abril de 2009, antes descrito. Según la recurrente, el acuerdo de la DI *“constituye un acto de trámite, produce indefensión y un perjuicio irreparable para los intereses de Colomer”*, por lo siguiente:

- a) La indefensión en la medida que la DI ha accedido a la correspondencia sin la observancia de las garantías legales adecuadas, lo que ha impedido a Colomer y sus empleados ejercer sus derechos para garantizar de forma idónea la protección del contenido de las comunicaciones de carácter privado.
- b) Y perjuicio irreparable en la medida que la DI ha accedido ya al contenido de las comunicaciones y conoce, por tanto, la información de carácter estrictamente privado incluida en ellas.

Por lo indicado, en opinión de la recurrente se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 107 de la Ley 30/1992 para interponer el recurso de alzada, y solicita la nulidad de cualquier actuación que se derive de los actos indicados en el recurso en relación al expediente sancionador de referencia

SEGUNDO.- El expediente S/0086/08 Peluquería Profesional en el que se inserta el acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de abril de 2009 objeto del presente recurso, tiene su origen en el acuerdo de incoación dictado con fecha 16 de junio de

2008 por la Dirección de Investigación de la CNC al estimar que existían indicios de prácticas restrictivas de la competencia en el sector de la peluquería profesional.

Con fecha 19 de junio de 2008, funcionarios de la DI se personaron en la sede de la empresa Colomer con el fin de llevar a cabo una inspección que le permitiese verificar la posible existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en acuerdos para la fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, así como verificar si los citados acuerdos se habían llevado a la práctica, todo ello en virtud de las facultades de inspección establecidas en el artículo 40 de la LDC, de la correspondiente Orden de Investigación dictada por el Director de Investigación de la CNC el 10 de junio de 2008, y de la pertinente autorización judicial, previstas en el precitado artículo 40. (La inspección se realizó simultáneamente en dos ámbitos diferentes, respondiendo a dos expedientes sancionadores distintos, el ya citado S/0086/08 Peluquería Profesional y el expediente S/0084/08 Geles).

En el curso de la investigación, y tras informar previamente a la empresa del procedimiento y de los criterios a seguir para la búsqueda en los ordenadores [punto (17) del Acta de inspección], los inspectores procedieron a examinar los ordenadores de determinados empleados de Colomer [punto (18) del Acta], seleccionando una serie de documentos que se copiaron en un CD, una copia del cual quedó en poder de la empresa [punto (19) del Acta]. Tal como igualmente recoge el Acta [punto (21)], tras la verificación de dichos documentos, la DI procedería a la devolución de aquéllos que no estuvieran relacionados con el objeto de la investigación, sin perjuicio de que la empresa, puesto que se quedaba con una copia, pudiera remitir un listado a la CNC identificando aquella documentación que considerase, motivadamente, que no tenía relación con el objeto de la investigación. En el punto (22) del acta también se recoge que la empresa solicitó que la información recabada durante el desarrollo de la inspección tuviera el tratamiento de información confidencial y que, atendiendo a dicha petición, se estimó cautelarmente dicha petición, requiriendo a la empresa para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, en el plazo de 10 días justificara razonadamente para cada uno de los documentos recabados los motivos por los que se solicitaba dicha confidencialidad y aportara, en su caso, una versión censurada de los mismos. Transcurrido ese plazo sin recibir contestación, la documentación quedaría incorporada al expediente incoado.

TERCERO.- El 3 de julio de 2008, la DI adoptó un acuerdo -notificado a todas las empresas inspeccionadas en el ámbito de este expediente sancionador- indicando el plazo para presentar los escritos de confidencialidad de los documentos en formato electrónico recabados en las inspecciones llevadas a cabo el día 19 de junio de 2008. El citado acuerdo disponía que, teniendo en cuenta los distintos escritos presentados por las empresas inspeccionadas subrayando la dificultad de justificar individualizadamente la confidencialidad de los documentos en formato electrónico en el plazo concedido a tal efecto, la DI, una vez analizado el contenido de los documentos en formato electrónico obtenidos en cada inspección, notificaría a las distintas empresas los documentos en dicho formato que se incorporarían al

expediente incoado, concediendo, desde ese momento, un nuevo plazo de diez días para que las empresas afectadas presentaran, en su caso, el correspondiente escrito justificando la confidencialidad de los documentos en formato electrónico incorporados al expediente y las versiones censuradas de los mismos.

El precitado acuerdo indicaba expresamente que, sin esperar a recibir la notificación de la DI, las empresas afectadas podrían presentar escrito relativo a la confidencialidad de los documentos en formato electrónico, aportando la correspondiente versión censurada, así como cualquier cuestión relativa a dichos documentos.

CUARTO.- El 10 de febrero de 2009, la DI procedió de oficio, a devolver a Colomer determinados documentos recabados en el curso de la inspección por considerar que se encontraban protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, puesto que contenían un resumen del informe elaborado por un despacho de abogados. La DI adjuntaba copia de las versiones censuradas de dichos documentos -en las que se había suprimido las partes correspondientes al mencionado resumen- que serían incorporadas al expediente.

QUINTO.- Como se ha señalado el 23 de abril de 2009, la DI adoptó un nuevo acuerdo por el que se procedía a incorporar al expediente S/0086/08 Peluquería Profesional, y previa su impresión en formato papel, una serie de documentos, contenidos en el DVD denominado EMP-1, que habían sido recabados durante la inspección efectuada por la DI en la sede de Colomer el 19 de junio de 2008. Este acuerdo fue notificado a Colomer, y, haciendo referencia a lo establecido en el anterior de fecha 3 de julio de 2008, concedía a la empresa un plazo de diez días para que, en su caso, solicitase la confidencialidad de dichos documentos y para que aportase versión censurada de los mismos en formato papel en el supuesto de que estimase que alguno de ellos contuviera información sensible que debiera ser tratada confidencialmente. Transcurrido ese plazo sin recibir contestación, la documentación quedaría incorporada al expediente.

SEXTO.- El 7 de mayo de 2009, Colomer respondió a la notificación de la DI solicitando la confidencialidad para determinados datos e informaciones contenidos en los documentos que la DI tenía previsto incorporar al expediente y, además, mediante el OTROSÍ incluido en el mismo escrito, realizando una serie de alegaciones que a continuación se resumen:

1. Se alega que *“en el transcurso de la Inspección, los inspectores realizaron copias masivas de documentación y correspondencia almacenadas en los ordenadores de diversos empleados de la Compañía. Como consecuencia de esta actuación, la Dirección de Investigación no sólo tuvo acceso a información incluida en el ámbito de aplicación de la orden del Director de Investigación, sino que accedió y copió un gran número de intercambios de correspondencia no relacionados con la investigación, incluyendo documentación comercial sensible... así como otras comunicaciones de carácter personal de los empleados de Colomer...”*

2. Se alega también que *“la CNC ha mantenido en su poder y analizado en detalle, sin presencia de las personas ni la empresa afectadas, durante más de diez meses, numerosa documentación no relacionada con el objeto de la Inspección; alguna de la cual es de carácter personal. Durante todo este período de tiempo, en ningún momento, la CNC se ha dirigido a Colomer, ni a los empleados afectados, para que éstos pudieran identificar los documentos y comunicaciones que tuvieran naturaleza privada. (...)”*

Ni Colomer ni sus empleados fueron informados en ningún momento de la posibilidad de enviar a alguno de sus representantes legales para estar presente en el examen de la correspondencia incautada”.

3. Colomer señala la *“falta de idoneidad y desproporcionalidad”* con la que, en su opinión, se practicó esta diligencia por los funcionarios de la CNC, puesto que, según dice, de los más de 400 mensajes de correo electrónico incluidos en el DVD original, sólo 25 de ellos han sido considerados relevantes para su incorporación al expediente.
4. Entiende la recurrente que, dado que la intervención de correos electrónicos supone una injerencia en el secreto de de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la inspección de la correspondencia intervenida debe realizarse en condiciones que garanticen su protección y, por ello, las facultades de la CNC en este aspecto deben estar sujetas a las mismas garantías que las que ejerce directamente un Juez. Invoca diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, refiriéndose concretamente al art. 584, que prescribe la cita del interesado para, en su presencia o la de la persona por él designada, proceder a la apertura y registro de la correspondencia postal.
5. Colomer apoya estas alegaciones haciendo mención al Addendum al acta de inspección, indicando que en dicho escrito se señalan diversas alternativas a la forma de proceder de la CNC más respetuosas con los derechos de la empresa y que Colomer ofreció durante la citada inspección.

SÉPTIMO.- A requerimiento de la DI, Colomer confirmó que el anterior escrito de 7 de mayo de 2009 debía interpretarse como un recurso de alzada interpuesto al amparo del artículo 114 de la Ley 30/1992, contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 23 de abril de 2009, tal como se ha recogido en el AH Primero.

OCTAVO.- Conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), una copia del citado recurso fue remitida por el Consejo de la CNC el día 29 de mayo de 2009 a la DI, para su informe y remisión de copia del expediente. La DI emitió su informe con fecha 2 de junio de 2009.

NOVENO.- El Consejo de la CNC en su reunión de 15 de julio de 2009 ha examinado y fallado la siguiente Resolución.

DÉCIMO.- Es parte interesada THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA: CARÁCTER DEL RECURSO DE COLOMER Y SU INTERPOSICIÓN EN PLAZO

Habida cuenta que la recurrente dice interponer su recurso contra el acuerdo de la DI de 23 de abril de 2009 al amparo del artículo 114 de la Ley 30/1992 -que regula el recurso de alzada-, mientras que la LDC establece para tal proceder el cauce previsto en su artículo 47 -recurso administrativo contra actos de la DI-, resulta conveniente, como cuestión previa, dilucidar el carácter que debe atribuirse a dicho recurso.

Según indica la recurrente en su escrito de 26 de mayo de 2009, *“la interpretación que debe darse a ese escrito (el de 7 de mayo de 2009, descrito en el AH Quinto) es el de interposición de recurso de alzada ante el Consejo contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la Comisión de fecha 23 de abril de 2009”*.

Esta calificación no puede ser compartida por el Consejo ya que, de conformidad con el artículo 45 de la LDC, los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, al indicar que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

Así lo señala la DI en su Informe al recurso, donde considera que dicho recurso se ha interpuesto conforme a lo indicado en el artículo 47 de la LDC y que la remisión al artículo 114 de la Ley 30/1992 ha de hacerse a su apartado 2, que establece literalmente:

“El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente.

El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior.”

Por tanto, como bien indica la DI, no estamos ante un recurso de alzada regulado en la Ley 30/1992, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra las resoluciones y actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia, es decir, el regulado por el artículo 47 del citado texto legal.

Establecido el carácter del recurso presentado por Colomer, resulta preciso determinar si ha sido interpuesto en plazo, puesto que de no ser así, el artículo 47.2 LDC prescribe su inadmisión sin más trámite. A este respecto, debe señalarse que el acuerdo recurrido es el de 23 de abril de 2009 y que por recurso ha de tenerse el escrito de alegaciones de 7 de mayo de 2009, presentado por Colomer contra la citada actuación de la DI.

El hecho de que las citadas alegaciones tuvieran entrada en la CNC como OTROSI al mencionado escrito no obsta a que -como posteriormente ha confirmado la interesada en su escrito de 26 de mayo de 2009- las mismas deban calificarse como recurso ya que como dispone el artículo 110.2 de la Ley 30/92, *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*. Así lo entiende el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 22 de febrero de 2005, en la que, en un caso parecido, admite el razonamiento del Tribunal de instancia: *“Y así habremos de admitir que el error en la calificación del recurso, presentado como un escrito de alegaciones, no es obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, que es precisamente lo ocurrido en el expediente (art. 110.2 de la Ley 30/92). En consecuencia, nos encontramos con que el requerimiento de información fue impugnado por el actor como verdadero recurso administrativo desde el momento en que se postula la nulidad del mismo; otra cosa será si ello es o no admisible”*.

Por lo tanto, habiéndose interpuesto el 7 de mayo de 2009 el recurso contra el Acuerdo de la DI de 23 de abril, el Consejo considera que el mismo ha sido presentado por Colomer dentro del plazo de diez días marcado en el artículo 47 de la LDC.

SEGUNDO.- OBJETO DEL RECURSO

Volviendo al escrito de 26 de mayo de 2009, la recurrente identifica su recurso como recurso de alzada *“contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la Comisión de fecha 23 de abril de 2009”*, por el que -como ya se ha indicado en el AH Cuarto- se notificaba a Colomer la incorporación al expediente S/0086/08 Peluquería Profesional de una serie de documentos que habían sido recabados durante la inspección efectuada por la DI en la sede de Colomer el 19 de junio de 2008, concediéndole un plazo de diez días para que solicitara, en su caso, la confidencialidad de los documentos en formato electrónico, en el supuesto de que estimara que alguno de ellos contuviera información sensible que hubiera de ser objeto de tratamiento confidencial. Con base en las alegaciones recogidas en el AH Sexto, Colomer afirma que dicho acuerdo le produce indefensión y perjuicio irreparable para sus intereses, por lo que solicita la nulidad de cualquier actuación que se derive de los actos indicados en el recurso en relación al expediente sancionador de referencia.

TERCERO.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: AUSENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 47 LDC

En primer lugar y con carácter previo a cualquier otro tipo de consideración, este Consejo debe plantearse, con el fin de decidir sobre la admisibilidad del recurso, si el mismo reúne los requisitos sustantivos que establece el artículo 47 de la LDC - esto es, que se interponga contra los actos o resoluciones recurridas produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos- para que se pueda efectuar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto o si, por el contrario, debe inadmitirse por falta de tales requisitos, sin necesidad de mayores consideraciones.

1. Sobre la indefensión

Respecto a la indefensión, que es el primero de los presupuestos que va a ser analizado por este Consejo, la doctrina del extinto TDC ha sido reiterada y constante, siempre basada en lo establecido por el Tribunal Constitucional (TC) y confirmada últimamente en las Resoluciones del Consejo de la CNC de 3 de febrero de 2009, [Exptes. R/0008/08 (Transitarios 1) y R/0009/08 (Transitarios 2)], en las que se reproducía la cita del TDC en anteriores pronunciamientos cuando declaraba que *“el Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, señalando que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución Española es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado 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”*.

A la luz de la definición efectuada por el TC, son varios los motivos por los que el Consejo de la CNC entiende que Colomer **no ha sufrido la pretendida indefensión**. Así:

(i) La mayor parte de los argumentos empleados de contrario cuestionan actuaciones de la Dirección de Investigación que, como ocurre con la inspección o con el resultado del análisis de los documentos en formato electrónico efectuado por la Dirección de Investigación, son precedentes al acuerdo que constituye el objeto del presente recurso y que, como resulta evidente, no pueden ser objeto de examen en el momento presente ni, por lo tanto, de decisión por parte del Consejo.

En cualquier caso, debe señalarse que tales actuaciones fueron llevadas a efecto con todas las garantías, siendo seleccionada la información recabada con arreglo a criterios de búsqueda relacionados con el objeto de la investigación, efectuándose la revisión de los archivos informáticos en presencia del representante legal y de los empleados de la empresa y dejándose copia de la documentación obtenida en el curso de tales actuaciones.

(ii) La interesada ha sido informada en todo momento del proceder de la DI respecto a los documentos en cuestión, como puede verse por el contenido del acta de inspección, [puntos (21) y (22) y por la notificación posterior del acuerdo de la DI de

3 de julio de 2008 (AH Segundo), sin que por su parte se formularan alegaciones sobre la documentación que no debiera ser examinada por la DI o se recurriesen en vía administrativa tales actuaciones, lo que supone una aceptación tácita de la corrección en el proceder del órgano instructor.

En concreto, en el punto (21) del acta de inspección se indica a la empresa que una vez analizada la información seleccionada por el equipo de inspección, que conoce perfectamente al habersele facilitado una copia, puede remitir a la DI un listado con la documentación que motivadamente considere que no tiene relación con el objeto de la investigación. Pues bien, ni en el escrito de 7 de mayo de 2009 ni en el del 26 del mismo mes y año, que son los que fundamentan el recurso aquí examinado, se procede por Colomer a identificar tales documentos, sino que simplemente se limita a señalar, como alegación meramente formal, que la incorporación de los mismos al expediente sancionador de referencia le ocasiona indefensión por vulneración de derechos, cuando su conducta revela precisamente lo contrario, es decir, que la infracción de la normativa procedimental y sustantiva denunciada no ha tenido lugar.

En definitiva, son los propios actos de Colomer los que evidencian que la actuaciones de la DI supuestamente causantes de la indefensión alegada carecen de la trascendencia que en el momento presente pretende dárseles y que, por lo tanto, no resulta admisible la indefensión alegada.

(iii) No se ha vulnerado ningún procedimiento para la obtención y examen de la documentación en cuestión. En este sentido, la alegación efectuada por Colomer respecto a que no se han respetado las garantías mínimas para el examen de la correspondencia intervenida es absolutamente infundada puesto que el procedimiento que cita, el regulado por los artículos 579, 584, y 586 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es de aplicación al proceder administrativo aquí enjuiciado, que se regula por su propia normativa, en este caso la LDC y la Ley 30/1992.

A este respecto, el Consejo debe advertir que, frente a lo que afirma la recurrente, las garantías “procesales” no pueden ser trasladadas sin más, de forma “automática”, de la vía penal a la “procedimental”, y así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (ver p.ej., la STC nº 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7º):

“... es necesario recordar que el Tribunal Constitucional tiene declarado desde la STC 18/1981), doctrina que ha sido posteriormente reiterada en numerosas ocasiones, que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el artículo 25.3 de la CE. No obstante, el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador las garantías esenciales reflejadas en el artículo 24.2 de la CE en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, pues esta operación no puede hacerse de forma

automática, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento. De modo que la aplicación de dichas garantías a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/1981, fundamento jurídico 2.º; 29/1989, fundamento jurídico 6.º; 22/1990, fundamento jurídico 4.º; 246/1991, fundamento jurídico 2.º, entre otras)”

Así pues, no pueden asimilarse sin más las garantías del proceso penal a las requeridas en el procedimiento administrativo sancionador ni servirse de aquéllas como parámetro para enjuiciar la legalidad de éstas, especialmente cuando, como ocurre en este caso, se han respetado de manera escrupulosa las exigidas por la propia normativa reguladora de la materia.

(iv) Por otra parte, tampoco comparte el Consejo la alegación incluida por Colomer como OTROSÍ en su escrito de 7 de mayo de 2009, en la que se sostiene que durante más de diez meses la CNC ha mantenido en su poder y analizado en detalle numerosa documentación no relacionada con el objeto de la inspección sin que *“durante todo este periodo de tiempo, en ningún momento, la CNC se ha dirigido a Colomer, ni a los empleados afectados, para que éstos pudieran identificar los documentos y comunicaciones recabados que tuvieran naturaleza privada”*. Esta afirmación contrasta con los hechos expuestos en el AH tercero, en el que se señala que con fecha 3 de julio de 2008, la DI adoptó un acuerdo -notificado a todas las empresas inspeccionadas- indicando el plazo para presentar los escritos de confidencialidad de los documentos en formato electrónico recabados en las inspecciones ejecutadas el 19 de junio de 2008. El precitado acuerdo indicaba expresamente que, sin esperar a recibir ninguna notificación de la DI, las empresas afectadas podrían presentar escrito relativo a la confidencialidad de los documentos en formato electrónico, aportando la correspondiente versión censurada, así como cualquier cuestión relativa a dichos documentos.

Por tanto, Colomer dispuso de sobradas oportunidades de identificar ante la DI documentos y comunicaciones recabados que considerase tuvieran naturaleza privada, sin que durante el mencionado periodo de tiempo señalase nada al respecto ni identificase ningún documento o comunicación en concreto. Respecto a la identificación de documentos confidenciales, ya se ha advertido por este Consejo en su Resolución de 3 de octubre de 2008 (Expte. R005/08 L’Oreal), que la protección de la confidencialidad de determinados documentos exige del interesado *“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”.

También en el ámbito comunitario, la jurisprudencia europea exige un comportamiento activo de la empresa en el ejercicio de sus derechos. Así el TPI en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, -Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals/Comisión-, exige de las partes interesadas la obligación de proporcionar a los agentes de la Comisión, sin necesidad de desvelar el contenido de los documentos de que se trate, *“los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección legal”.*

Es evidente que dicho comportamiento aquí no ha existido en el presente caso, ni durante las actuaciones anteriores a la aquí examinada, ni con posterioridad, con ocasión de los escritos que motivan el presente recurso, obviando las diversas oportunidades que le ha conferido la Dirección de Investigación para identificar los documentos que Colomer estimase que, por su naturaleza, no debieran ser examinados ni tomados en consideración por la CNC.

(v) Por otro lado, siendo el Pliego de concreción de hechos de infracción *“el único acto que define la acusación y las personas imputadas”*, tal como ya declaró en su momento el extinto TDC en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. r171/96, Unión Explosivos 2), *“dado que no existe imputación de un cargo [a la recurrente] del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”*. Por ello, en principio, la incorporación de cierta documentación al expediente no sería en ningún caso susceptible de generar una situación de indefensión ya que, al no existir imputación de ninguna infracción administrativa, la recurrente tendría siempre garantizado el ejercicio pleno de sus derechos de defensa cuando ésta se produzca, debiendo someterse las pruebas utilizadas para formular la imputación a contradicción. Pero, incluso en este supuesto, la incorporación de dichos documentos ha sido comunicada y notificada a la recurrente con el fin de que pudiera remitir sus alegaciones y llevar a cabo las actuaciones que en su caso considerara convenientes a sus derechos e intereses, como lo demuestra el presente recurso. Hay que resaltar que Colomer, tras la notificación del acuerdo de 23 de abril de 2009, en el mismo escrito de recurso, solicitó la confidencialidad para determinados documentos de los que iban a ser incorporados al expediente, solicitud que le fue aceptada como se ve en el acuerdo de la DI de 12 de mayo de 2009, (notificado el día 20 del mismo mes).

(vi) Por último, como hace notar la DI en su informe, llama la atención que se alegue la citada indefensión respecto al acceso a la documentación en formato electrónico recabada en la inspección realizada en el ámbito del expediente S/0086/08 Peluquería Profesional, pero no así en la realizada el mismo día y al mismo tiempo en Colomer en el ámbito del expediente S/0084/08 Geles, siendo idéntico el tratamiento efectuado por esta DI en relación con la información recabada en dichas inspecciones en ambos expedientes sancionadores.

Por tanto, en el proceder de la DI no puede apreciarse indefensión para la recurrente que permita sustentar el presente recurso administrativo.

2.- Sobre el perjuicio irreparable

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, alega la recurrente que *“la actuación de la Dirección de Investigación recurrida ha ocasionado un perjuicio irreparable en la medida que ésta ha accedido ya al contenido de las comunicaciones y conoce, por tanto, la información de carácter estrictamente privado allí contenida”*.

Respecto a la producción de perjuicio irreparable con ocasión de la obtención de documentos no relacionados con el objeto de la investigación y comunicaciones de carácter personal, que es precisamente lo que se alega de contrario, este Consejo ya se ha pronunciado en la previamente citada Resolución de 3 de octubre de 2008, asunto L'OREAL en la que se señala que *“la recopilación y copia de documentos en este tipo de inspección ha de ser lo más exhaustiva posible, siempre dentro de la proporcionalidad en relación con el objeto de la inspección, lo que hace posible que, involuntariamente, se produzca no sólo la copia de documentos ajenos al objeto de la investigación, sino incluso de documentos de carácter estrictamente personal”*. Además considera que *“esta pretendida agresión al derecho fundamental a la intimidad debe ser examinada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación con actuaciones inspectoras de la Administraciones Públicas, tiene establecido que el acceso o lectura de documentos que puedan contener datos que afecten a la zona más estricta de la vida privada no constituye en sí misma una infracción del derecho sino una posible vulneración futura y eventual, en la medida en que estos datos se revelen o se utilicen fraudulentamente violando la intimidad del inspeccionado. En este sentido se manifiesta la STC 110/1984...”* (Resoluciones CNC de 3 de octubre de 2008 (Exptes. R005/08 L'Oreal y R006/008, STANPA).

Pues bien, entiende el Consejo que difícilmente se puede alegar perjuicio irreparable en la actuación de la DI cuando la documentación obrante en el expediente administrativo evidencia que se ha protegido en todo momento la confidencialidad de los documentos recabados durante la inspección y que en ningún caso han sido revelados, es decir, no han trascendido más allá del ámbito de actuación propio órgano instructor, ni han sido empleados de forma fraudulenta por éste en el seno del procedimiento sancionador que nos ocupa. En este sentido, debemos destacar que el órgano instructor:

- (i) Ha estimado la solicitud efectuada por la empresa en el mismo acto de inspección.
- (ii) Ha dado a la empresa la oportunidad de solicitar la confidencialidad para los documentos que se iban a incorporar al expediente.
- (iii) Ha procedido de oficio a la devolución de aquellos documentos que pudieran considerarse afectados por el privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

(iv) Ha cumplido en todo momento con la obligación de secreto que impone el artículo 43 LDC a todos los que toman parte en la tramitación de los expedientes. Esta afirmación en modo alguno es discutida de contrario.

Respecto a esta última cuestión, resulta obligada la cita de la previamente mencionada STC110/1984, en la que con meridiana nitidez se señala que *“merece especial mención el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación, asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto”* y añade que *“quienes obtienen, el secreto, por su condición de servidores del Estado, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que pueden existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone”*.

Pues bien, ni puede apreciarse ni Colomer cuestiona en sus escritos de impugnación que por parte del órgano instructor y del personal a su servicio se haya llevado a cabo actuación alguna que infrinja el deber legal de secreto que debe regir su actuación, apreciación esta que unida a las precedentes excluye el vicio procedimental argumentado de forma ciertamente sucinta por aquélla.

En adición a lo hasta ahora razonado, considera el Consejo que no resulta apropiado alegar la producción de perjuicios irreparables cuando la intervención del interesado a lo largo de la tramitación del procedimiento ha venido marcada por la ausencia de actuación alguna tendente a poner de manifiesto qué concreta información recabada como consecuencia de la actuación inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia no puede ser tomada en consideración a la hora de enjuiciar la conducta examinada en el expediente sancionador de referencia. Es decir, Colomer no ha procedido a identificar, a pesar de conocer los documentos de los que la Dirección de Investigación había obtenido copia durante la inspección y haber tenido oportunidad para ello, aquéllos que a su juicio constituyeran información que, por su naturaleza, debiera quedar excluida de análisis por parte del órgano instructor. Por el contrario, se ha limitado a efectuar alegaciones meramente genéricas y formularias que contrastan con el resultado que se obtiene del estudio de lo actuado en vía administrativa, ajustado absolutamente a las exigencias procedimentales contenidas en la normativa reguladora de la materia.

En consecuencia, no cumpliéndose los requisitos materiales de indefensión o de perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos contenidos en el artículo 47 de la LDC, considera el Consejo que el recurso es inadmisibile en cuanto a la solicitud de nulidad del acto recurrido.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

UNICO.- INADMITIR el recurso interpuesto por la representación de THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la Comisión de fecha 23 de abril de 2009, por el que se decidió la incorporación al expediente S/0086/08 Peluquería Profesional de una serie de documentos que habían sido recabados durante la inspección efectuada por la DI en la sede de Colomer el 19 de junio de 2008.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese al interesado haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación