

## RESOLUCIÓN (Expte. r 508/02 v, Pepsi-Cola/Coca-Cola)

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal  
Del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 22 de julio de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M<sup>a</sup> Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 508/02v (2146/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso formulado por la Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes S.L. (SERCO), por la entidad COBEGA S.A., la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas S.A. (CASBEGA), la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas NORBEGA, S.A. (NORBEGA), Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A. (COLEBEGA), Refrescos Envasados del Sur, S.A. (RENDELSUR), Bebidas Gaseosas del Noroeste, S.A. (BEGANO) y Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas S.A. (ASTURBEGA), contra la Providencia del Servicio de fecha 18 de diciembre de 2001, por la que se les requería, al amparo del artículo 37.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, su contestación a un cuestionario relativo a prácticas comerciales en su mercado local, en el marco del expediente sancionador 2146/00 que se sigue en el Servicio como consecuencia de denuncia formulada por Pepsico España y Schweppes, S.A. contra The Coca-Cola Company y las Compañías del sistema Coca-Cola en España.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 2 de enero de 2002 se presentó ante este Tribunal por los representantes legales de la Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes, S.L. (SERCO), de la entidad COBEGA S.A., la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas S.A. (CASBEGA), la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas NORBEGA S.A. (NORBEGA), Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A. (COLEBEGA), Refrescos Envasados del Sur, S.A. (RENDELSUR), Bebidas Gaseosas del Noroeste, S.A. (BEGANO) y Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas S.A. (ASTURBEGA) escrito por el que se interponía recurso contra la Providencia del Servicio de fecha 18 de diciembre de 2001, dictada en el marco del expediente sancionador que allí se sigue con el nº 2146/00, como consecuencia de denuncia formulada por Pepsico España y Schweppes, S.A., por la que se requería a dichas empresas hoy recurrentes la entrega “del cuestionario al que hace referencia la carta de D. José Núñez Cervera a D. Víctor Urrutia fechada el 20 de julio de 2000, en relación a las prácticas comerciales realizadas en su mercado local y la contribución de las mismas a los objetivos de negocio de la embotelladora, así como la documentación remitida por su embotelladora en contestación al mismo, apercibiéndoles de que el incumplimiento de la obligación de colaboración e información al Servicio podrá ser sancionada por el Director del mismo con multas coercitivas por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de aportación”.
2. Por Providencia de este Tribunal de 8 de febrero de 2002 se ordena dar traslado a los interesados para que formulen alegaciones, resolviéndose también en dicha Providencia sobre las peticiones formuladas por los recurrentes relativas a la suspensión de la Providencia recurrida, la práctica de pruebas y planteamiento de cuestión prejudicial, así como respecto a la confidencialidad de determinados documentos.
3. Con fecha 28 de febrero de 2002 se dictó Providencia resolviendo sobre la confidencialidad de determinados documentos y otros extremos planteados por las partes, dictándose, con fecha 8 de marzo de 2002, Auto, en el que entre otros extremos, se acuerda dar traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones al presente recurso, lo que hicieron en tiempo y forma todos los interesados presentando los correspondientes escritos, en apoyo de sus respectivas pretensiones.
4. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en sus sesiones de los días 25 de junio y 2 de julio de 2002.

5. Son interesados:

- PEPSICO ESPAÑA
- SCHWEPPES S.A.
- Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes S.A. (SERCO)
- COBEGA S.A.
- Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas S.A. (CASBEGA)
- Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas Norbega S.A. (NORBEGA)
- Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas del Noroeste S.A. (COLEBEGA)
- Refrescos Envasados del Sur S.A. (RENDELSUR)
- Bebidas Gaseosas del Noroeste S.A. (BEGANO)
- Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas S.A. (ASTURBEGA)

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El objeto del presente recurso lo constituye la Providencia de fecha 18 de diciembre de 2001, dictada por el instructor del expediente sancionador que se está tramitando en el Servicio de Defensa de la Competencia con el número 2146/00 contra las empresas hoy recurrentes y donde se está investigando si la Compañía de Bebidas Refrescantes S.L. (SERCO), empresa filial de Resa que, a su vez, lo es de The Coca-Cola Company, y las embotelladoras españolas llevan una estrategia comercial cuyo objeto o efecto sea la exclusión de la competencia en el mercado.

La Providencia impugnada a través de este recurso requiere a cada una de las empresas recurrentes la entrega de un cuestionario, al que hace referencia una carta dirigida por el presidente del Weg (Coca-Cola West Europe Group) al Presidente de CASBEGA, en relación con las prácticas comerciales realizadas en su mercado local, así como la documentación remitida por cada embotelladora en contestación al mismo.

Los recurrentes, como fundamento de su recurso, invocan, básicamente, las siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, señalan que el objeto del presente recurso lo constituye la Providencia del Servicio por la que se les requiere la entrega de determinados documentos que las empresas recurrentes (Coca-Cola España y las siete empresas embotelladoras de productos de la marca Coca-Cola, que se encuentran vinculadas a TCCC a través de contratos de embotellamiento, distribución y enlatado que configuran un contrato de licencia similar a un tipo de franquicia y de distribución), consideran protegidos por la confidencialidad entre abogado y cliente, toda vez que se

trata de documentos elaborados a solicitud de un despacho de abogados de Bruselas “Cleary Gottlieb Steen&Halmiton” para preparar la defensa de los intereses de TCCC y las sociedades que embotellan sus productos, en un procedimiento ante la Comisión Europea, indicando que, con el presente recurso, no se trata de preservar del conocimiento de terceros determinados datos empresariales y comerciales, problema que encontraría su solución a través del artículo 53 de la LDC, mediante su calificación como confidenciales e incorporación a una pieza separada, sino la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente que se impone a todos, incluida la Administración Pública y los Tribunales de Justicia. Afirman que, por ello, el presente recurso se encuentra dentro de los presupuestos señalados en el artículo 47 de la LDC, toda vez que la no admisión del mismo causaría un perjuicio irreparable a los recurrentes, habida cuenta de que la aportación al expediente de documentos merecedores de protección no podría ser reparado mediante un ulterior recurso contra la decisión final del procedimiento, puesto que el daño se produce, precisamente, por la comunicación al SDC de los documentos requeridos. Indican, además, que este Tribunal ha admitido recursos en supuestos similares, como en la Resolución 28.1.1999 (Expte. r 305/98).

2) En segundo lugar, afirman que la documentación requerida por el Servicio “los cuestionarios remitidos por TCCC a los embotelladores españoles y las respuestas de éstos”, son documentos que se enmarcan en la defensa de TCCC y sus embotelladores para hacer frente a un procedimiento que se había iniciado por la Comisión Europea y que, si bien es cierto que en dicho procedimiento no formaban parte las embotelladoras españolas, pues se refería a empresas ubicadas en Austria, Alemania, Bélgica, Gran Bretaña y Dinamarca, en realidad, afectaba a toda Europa, habida cuenta de que el objeto de dicho expediente eran las prácticas comerciales de TCCC y sus embotelladores en toda Europa. Por ello, el Weg, a instancia de los abogados externos que asumían su defensa en el procedimiento, se dirigió a los embotelladores españoles, sirviendo la información suministrada por éstos para la defensa de TCCC en dicho procedimiento europeo. Por tanto, señalan que el **origen y destino** de dichos cuestionarios, así como de las respuestas a los mismos son los abogados externos de TCCC, generándose dicha información por y para dichos abogados externos; no siendo una información que se genere o utilice en la actividad empresarial de las empresas, hasta el punto de que, de no haber sido solicitada por los abogados externos, tal documentación no existiría. Por todo ello, señalan que la documentación requerida se encuentra protegida por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente, a la luz de la jurisprudencia comunitaria (S. TJCE de 18 de mayo de 1982, As.155/79, AM&S/Comisión, y Auto del TPI de 4 abril de 1990, Hilti/Comisión), y

también de la jurisprudencia española (entre otras, SSTC 183/1994, 58/1998), que incluyen la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en el ámbito de los derechos de defensa, del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, todos ellos, reconocidos en el art- 24.2 de la Constitución. Por todo ello, consideran que se trata de documentos que han de gozar del secreto profesional de las comunicaciones abogado-cliente, siendo dicha protección todavía más patente en el caso de la entidad COBEGA S.A. pues cuando dicha empresa recibió la carta del Weg contactó con sus abogados externos de España, quienes prestaron su asesoramiento para cumplimentar la información solicitada.

Finalmente, señalan los recurrentes la posibilidad de que el Tribunal plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo, a fin de determinar el alcance del principio de la protección de las comunicaciones abogado-cliente en el Derecho Comunitario y jurisprudencia y su aplicabilidad al presente caso.

Por todo lo expuesto, solicitan que se declare nula la Providencia del Servicio de 18 de diciembre de 2001, por ser contraria a derecho.

En contraposición a dichas alegaciones, el Servicio, Pepsico España y Schweppes S.A se oponen a la estimación del recurso, coincidiendo, básicamente, con los argumentos esgrimidos por la Abogacía General del Estado en cuanto a la procedencia del requerimiento acordado en la Providencia objeto del presente recurso y señalando, además, las denunciadas, la existencia de una serie de irregularidades en la tramitación del presente expediente, por lo que solicitan la nulidad de la Providencia de fecha 8 de febrero de 2002, así como la improcedencia de la admisión del presente recurso, al no concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

2. Previamente al análisis de las cuestiones planteadas en el presente recurso, conviene señalar, para la adecuada resolución del mismo, los siguientes antecedentes que precedieron a la Providencia hoy impugnada:

1) Con fecha 20 de septiembre de 2000, y en el seno del expediente sancionador antes expresado, se realizó por el Servicio una investigación domiciliaria, en el curso de la cual se halló una carta del presidente del Weg al presidente de CASBEGA, en la que se solicita que la embotelladora española conteste a un cuestionario relativo a las distintas prácticas comerciales realizadas en su mercado local y la contribución de las mismas a la consecución de los objetivos del negocio de la embotelladora.

2) Con fecha 30 de mayo de 2001, el Servicio acuerda requerir a las empresas denunciadas la aportación de una serie de información , así como “el cuestionario al que hace referencia la carta antes aludida y la documentación remitida por todos y cada uno de los embotelladores en contestación al mismo”. Esta información se requiere también a Coca-Cola West Europe Group. A dicho requerimiento contestan cada una de las embotelladoras aportando la información solicitada, excepto los cuestionarios aludidos, señalando respecto de ellos “que TCCC les ha comunicado que dicha información está íntegramente protegida por el secreto profesional de la correspondencia abogado y cliente, toda vez que el cuestionario ha sido elaborado, solicitado y recabado por parte de asesores externos y para la defensa de un procedimiento abierto ante la Comisión Europea por infracción de las normas de defensa de la competencia”.

3) Ante dichas contestaciones, el Servicio, con fecha 17 de octubre de 2001, remitió una consulta a la Abogacía General del Estado sobre si dicha documentación solicitada se debía considerar o no confidencial. La Abogacía contestó mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2001, señalando la obligación de las hoy recurrentes de aportar la documentación requerida.

4) Ante ello, con fecha 18 de diciembre de 2001, el Servicio dictó Providencia requiriendo a los hoy recurrentes la entrega del cuestionario remitido por el Weg, así como la contestación por cada empresa remitida.

Esta Providencia es la que es objeto del presente recurso, cuya adecuada resolución, vistas las alegaciones de las partes, requiere el análisis de las siguientes cuestiones:

a) Una primera, relativa a la procedencia o no de declarar la nulidad de la Providencia de fecha 28 de febrero de 2002 y del Auto de fecha de 8 de marzo de dicho año, dictadas en la tramitación de este expediente de recurso.

b) Una segunda, referente a la procedencia o no de admitir el presente recurso al amparo de lo dispuesto en el art. 47 de la LDC.

c) Y una tercera, relativa al fondo del asunto y que consiste en determinar si el requerimiento acordado por el Servicio es o no procedente.

3. En cuanto a la primera cuestión, hay que decir que se alega la nulidad de la Providencia y del Auto antes expresados, al considerar que se han

dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente previsto, estimándose que se debería haber acudido al procedimiento establecido en el artículo 103 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pues bien, dicha alegación debe ser desestimada toda vez que, en la tramitación de este expediente, no se observa vulneración del precepto citado como infringido, pues el procedimiento de lesividad previsto en el mismo requiere que se trate de “actos favorables y definitivos en vía administrativa”, presupuestos que no concurren en el presente caso, habida cuenta de que tanto la Providencia de 28 de febrero, como el Auto de 8 de marzo, son actos de trámite, que no hacen sino ordenar la tramitación de este expediente de recurso y ello conforme a las obligaciones y potestades que tiene este Tribunal para ordenar la tramitación de estos expedientes, en los que se tiene que conjugar la defensa de los intereses públicos y los derechos de las empresas. Pero, además, aún en el supuesto de que se admitiese que dichos actos se han dictado prescindiendo absolutamente de la forma legalmente establecida, en todo caso, se trataría de una irregularidad no invalidante, siendo la jurisprudencia clara en este punto, exigiendo, para que pueda apreciarse la nulidad, que los actos carezcan de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a indefensión de los interesados; entendiéndose, tan sólo, que ésta existe cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. Presupuestos que, en el caso presente, no sólo no concurren, sino que, por contra, y como se razona en el Auto de fecha 8 de marzo, su omisión, sí que podría haber ocasionado auténtica indefensión a los hoy recurrentes y no a las denunciadas a quienes se concedió nuevo plazo de alegaciones.

En definitiva, los razonamientos precedentes permiten constatar que no se ha producido indefensión a ninguna de las partes intervinientes en este expediente, procediendo, por tanto, la desestimación de la alegación de nulidad efectuada.

4. En cuanto a la segunda cuestión planteada por las denunciadas, Pepsico España y Schwepps, S.A., relativa a la inadmisibilidad del presente recurso al no concurrir los presupuestos que el art. 47 de la LDC establece, se ha de comenzar indicando que, si bien este Tribunal ha dado diferentes soluciones en supuestos similares (así, mientras que en Resolución de 18 de octubre de 1993, Expte. A 63/1993 TV Autonómicas,

y en Resolución 30 de julio de 1997, Expte. r 222/97, Igualatorio médico, se declaró la inadmisibilidad del recurso contra Providencias del Servicio similares a la hoy impugnada, sin embargo, en Resolución de 28 de enero de 1999, r 305/98, Distribuidora Prensa Asturiana, se admitió tal posibilidad), ha de tenerse en consideración que el marco normativo entonces existente era diferente al actual.

En efecto, ha de ponerse de manifiesto que, tras la modificación de la LDC producida por el Real Decreto Ley 52/1999, de 28 de diciembre, se han ampliado los presupuestos establecidos en el artículo 47 de la misma, de manera que antes sólo se disponía la recurribilidad de los actos de trámite que determinasen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produjesen indefensión mientras que, en la actualidad, se contempla también la posibilidad de recurrir aquellos actos que ocasionen un perjuicio irreparable. Este último es el supuesto contemplado en el presente caso, toda vez que, si no se admitiera ahora el presente recurso, se obligaría a los recurrentes a la entrega de la documentación requerida, vulnerándose con ello la posible “confidencialidad” alegada, de manera que la impugnación ulterior contra la decisión definitiva no podría reparar la situación producida, pues el perjuicio se produce, precisamente, por la comunicación al Servicio de los documentos requeridos.

Es decir, la confidencialidad, por razón de secreto profesional abogado-cliente, de la correspondencia intercambiada entre los abogados externos y las empresas hoy recurrentes, que es la cuestión de fondo de este recurso, ha de tener, en su caso, un carácter absoluto, no siendo posible, por ello, acudir a la vía que plantean las denunciante, consistente en que puedan ser examinados dichos documentos reservadamente por el Servicio o por este Tribunal porque ello representaría un evidente contrasentido frente a su proclamado carácter confidencial, dejando vacío de contenido real el presente recurso, así como los ulteriores que pudieran formularse.

Esta solución resulta, además, acorde con la práctica comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a raíz del asunto AM&S, a diferencia de la práctica existente anteriormente, según la cual la Comisión tenía necesariamente acceso completo a todos los documentos y, posteriormente, decidía sobre su carácter y naturaleza, ha señalado que, en los casos en los que exista controversia acerca de si un determinado documento queda o no cubierto por la confidencialidad rectora de las comunicaciones entre abogado y cliente, y siempre que la empresa presente pruebas que demuestren que la documentación en cuestión está protegida por el beneficio de dicha confidencialidad, la



Comisión carece del derecho a acceder a dichos documentos, correspondiendo la decisión al Tribunal.

En definitiva, en estas circunstancias, y al amparo del art. 47 de la LDC antes citado, el Tribunal estima que el presente recurso reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 47 de la LDC.

5. Por lo que se refiere ya al fondo del presente recurso, la cuestión a resolver consiste en determinar si los cuestionarios remitidos por TCCC a los embotelladores españoles y las respuestas de éstos a aquéllos se encuentran o no protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Los argumentos de denegación contenidos en el informe de la Abogacía General del Estado consisten, básicamente, en entender que las embotelladoras españolas son ajenas a la relación profesional entre las empresas contra las que se dirige el procedimiento europeo y a la firma de abogados encargada de la defensa de éstas; es decir, la Abogacía General del Estado no cuestiona que los referidos documentos remitidos por TCCC a las embotelladoras españolas y las respuestas de éstas, no hayan sido elaboradas para la defensa de la primera en el procedimiento comunitario que contra ella se seguía, sino que considera que dicha documentación no se encuentra protegida por el referido principio, al no ser las empresas hoy recurrentes, parte en el referido procedimiento comunitario y no ser, tampoco, clientes de los citados abogados externos.

Pues bien, para el análisis de esta cuestión ha de comenzarse poniendo de manifiesto que el artículo 37 de la LDC faculta al Servicio para la realización de todos los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos, disponiendo el artículo 32 de la citada Ley el deber de las empresas de suministrar toda la información y datos para cuya entrega sean requeridos por el Servicio para la aplicación de la LDC, bajo la amenaza de sanción económica si incumplen esta obligación.

Sin embargo, ha de indicarse que, pese a que de la redacción literal de la LDC, parece que esta facultad se configura como ilimitada, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, de modo unánime, entienden que dicha facultad puede estar limitada en casos, tales como los derivados del derecho a no autoinculparse, que consagra con carácter general el art. 24 de la Constitución Española, (límite al que se refirió la sentencia del TC 70/1990, de 26 de abril relativa a un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación de la Ley General Tributaria), así como las derivadas también de las relaciones abogado-cliente, resultante del ejercicio de defensa de la

empresa. Supuesto, éste último, en el que se centra el caso que analizamos.

Esta cuestión, como señalan los recurrentes, ha sido ampliamente examinada en el Derecho Europeo, donde se ha configurado la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente como un principio de derecho comunitario, especialmente a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 18 de mayo de 1982 (asunto AM&S) y del auto del Juzgado de Primera Instancia de 4 de abril de 1990 (asunto Hilti). En efecto, el Reglamento Europeo, al igual que la LDC, no contiene ninguna norma que regule la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente frente al poder de investigación de la Comisión, guardando el más absoluto silencio al respecto. Ante dicha situación, y hasta el año 1982, se estimaba que la Comisión tenía siempre acceso completo a todos los documentos, pudiendo, posteriormente, decidir cuáles debían ser tratados como confidenciales, exigiéndose que se debía de tratar de escritos y comunicaciones de las empresas con abogados externos y que hubieran sido producidos con ocasión de la defensa de una empresa en un procedimiento, no alcanzando dicho principio a otros escritos que fueran anteriores al procedimiento, aunque guardasen conexión con él.

Sin embargo, esta práctica cambió totalmente a raíz del asunto AM&S y del asunto Hilti antes citados, distinguiéndose, a partir de entonces, entre documentos propios de la actividad empresarial, sobre los que pesa la obligación de informar a la Comisión, cuando por ésta se demande a fin de ejercer el adecuado control de la actividad empresarial, o que se trate de documentos que se generen con ocasión de un asesoramiento jurídico y dirigidos exclusivamente a fundamentar de la manera más adecuada la defensa jurídica de los intereses de una empresa, en cuyo caso, y para la aplicación de dicho privilegio, se exigen los siguientes presupuestos:

1) que el asesoramiento se produzca por abogados externos, es decir, no ligados con el cliente por una relación laboral.

2) que se trate de correspondencia intercambiada en el marco y con los fines del derecho de defensa del cliente, es decir, se extiende a todo documento intercambiado entre el abogado independiente y su cliente en el marco y con los fines del derecho de defensa del último, sea éste tanto de fecha posterior al inicio del procedimiento por la Comisión, como de fecha anterior al mismo, siempre que, en este último caso, tenga un vínculo de conexión con el procedimiento en cuestión.

3) y, finalmente, que la empresa en cuestión presente pruebas a la Comisión que demuestren que la documentación está protegida por el beneficio de la confidencialidad.

6. Así las cosas, admitiendo la aplicabilidad en el Derecho español de dicho principio comunitario, que no se discute ni por el Abogado del Estado ni por los denunciantes, de manera que el mismo constituye un límite al deber de colaboración que con carácter general se establece para los administrados en el artículo 32 de la LDC, la cuestión que surge consiste en determinar si es aplicable o no dicho principio al presente caso, es decir, si el Servicio puede tener acceso y utilizar la información contenida en los cuestionarios remitidos por las empresas hoy recurrentes, al no ser dichas empresas clientes de los abogados externos que asesoraban a TCCC en el procedimiento comunitario contra ella abierto, tratándose, como señala la Abogacía General del Estado, de “terceros” ajenos a dicha relación abogado-cliente.

Pues bien, este Tribunal, partiendo de la jurisprudencia antes expuesta, considera que ha de tenerse presente que el fundamento del secreto profesional del abogado es una exigencia del Estado de Derecho que tiene un doble objetivo: a) proteger a cualquier persona que precise de la asistencia de un abogado para defender sus derechos y libertades, y b) garantizar una justa y adecuada administración de justicia, de manera que el mismo sirve no sólo a un interés privado sino también lo exige el interés general y, por ello, se configura como un derecho y deber fundamental y primordial del abogado quien debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente que se refiera al mismo o a terceros en el marco de los asuntos de su cliente.

Partiendo de este planteamiento que, como antes se ha expuesto, viene a ser reconocido, incluso, por la Abogacía General del Estado, que admite el deber de secreto de los abogados externos antes expresados respecto de los cuestionarios requeridos, pero considera que sin embargo no alcanza a las empresas recurrentes, ajenas a dicha relación abogado-cliente, el Tribunal estima que para la correcta aplicación de dicho principio de confidencialidad en las comunicaciones abogado-cliente habrá que atenderse fundamentalmente a dos criterios: de una parte, a la naturaleza y finalidad de los datos o documentos que se solicitan, que se refieran a la propia actividad de la empresa o que aludan a la necesidad de conocimiento de sus asesores jurídicos para su utilización en defensa de aquélla y, de otra, habrá de tenerse en cuenta las personas que intervienen en su elaboración, es decir, si se originan tan sólo en el seno mismo de la empresa o si, por contra, en la generación de la necesidad y en su elaboración participan, junto con aquélla, los letrados encargados de

la defensa de sus intereses de manera que los mismos van dirigidos exclusivamente a fundamentar de la manera más adecuada la defensa jurídica de sus intereses.

En este segundo caso, estaremos hablando de información que nace a demanda de las necesidades jurídicas planteadas en el seno de la defensa de los intereses de la empresa en un procedimiento y, por ende, amparada por el necesario grado de secreto vinculado al adecuado ejercicio del propio derecho de defensa.

7. Pues bien, en el presente supuesto, teniendo en cuenta las manifestaciones de los propios abogados de TCCC, reiterando su participación en la elaboración de los documentos requeridos por el Servicio, que, sin duda, han de tener un grado de confiabilidad, pues, de no ser ciertas dichas manifestaciones, podría incurrirse, incluso, en responsabilidad penal, así como la existencia de otros elementos periféricos de carácter objetivo, como la coincidencia de la elaboración de dichos cuestionarios con la apertura del procedimiento comunitario, el fax aportado por los recurrentes y las afirmaciones en tal sentido de las propias empresas hoy recurrentes, quienes, no se puede desconocer, facilitaron toda la documentación requerida por el Servicio, excepto la que constituye el objeto del presente recurso, resulta procedente aceptar las afirmaciones de los recurrentes relativas a que la elaboración del cuestionario expresado y las contestaciones al mismo tenían su origen y finalidad en la defensa de TCCC en el proceso comunitario, respondiendo al asesoramiento de sus abogados externos, de manera que, si no hubiera existido dicho procedimiento, los referidos documentos no existirían.

Al ser esto así, no discutiéndose, además, dicho extremo por la Abogacía General del Estado, ha de indicarse, frente a la tesis sostenida por ésta relativa a que se trata de una alegación realizada por terceros respecto de la inicial relación abogado-cliente en la que la información se produce, que lo que dota de carácter confidencial a esa información es su origen y, por tanto, dicho carácter acompaña a la misma en todo momento, protegiéndola, frente a cualquier intento de revelación, provenga de quien provenga y cualquiera que sean las circunstancias que se produzcan. De otra forma, se podría estar consagrando un verdadero fraude frente al secreto profesional del Letrado, al abrir la vía a través de la cual, por terceros o en circunstancias ajenas al procedimiento originario, se pudieran demandar secretos que, en forma alguna, pueden perder dicha naturaleza.

Por tanto, no se puede sino concluir que los escritos a los que se refiere el requerimiento acordado por la Providencia recurrida, que son

consecuencia de la preparación de la defensa de TCCC, deben estar cubiertos por la confidencialidad abogado-cliente, pues se trata de correspondencia intercambiada en el marco y con los fines de defensa de aquélla, sin que, por ello, pueda sostenerse la merma de las facultades de investigación de la Administración, pues tal argumento juega con los evidentes límites que toda actuación administrativa ha de respetar. En este caso, uno tan esencial como el que remite al propio ejercicio del derecho fundamental a la defensa, cuando, además, dicha documentación a la que se refiere el requerimiento impugnado podrá ser conveniente, pero no se acredita ni se afirma en momento alguno que sea esencial para la investigación que está efectuando el Servicio, pues no se puede ignorar que, incluso para las injerencias llevadas a cabo por la autoridad judicial, el principio de proporcionalidad exige un juicio de ponderación entre la vulneración legítima del derecho que se pretende, la envergadura de éste y la propia necesidad de tal diligencia de investigación de cara al efectivo descubrimiento de lo acontecido; de modo que, en la actuación de averiguación de los hechos, ha de acreditarse que ésta resulta del todo imposible si no se acude a tal grave perturbación del derecho, lo que en este caso no ocurre.

De cuanto antecede se deduce la procedencia de estimar el presente recurso, sin necesidad del planteamiento de cuestión prejudicial alguna al Tribunal de Justicia Europeo, toda vez que no es preciso para la resolución del presente recurso acudir a dicho mecanismo ya que queda excluida ante la existencia de argumentos suficientes para construir sobre ellos la adecuada satisfacción de las pretensiones de las partes.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal por mayoría, con los votos en contra de los Vocales Excmos. Sres. Castañeda Boniche, Comenge Puig y Martínez Arévalo

## **RESUELVE**

**Único.** Estimar el recurso interpuesto contra la Providencia de fecha 18 de diciembre de 2001, declarando nulo y dejando sin efecto el requerimiento en ella acordado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer, ante la Audiencia Nacional, recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.