

RESOLUCIÓN (Expt. R/0008/08, Transitorios 1)

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 3 de febrero de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero Ponente D^a M^a Jesús González López, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el expediente R/0008/08, Transitorios 1, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SALVAT LOGÍSTICA, S.A. (en adelante SALVAT), de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/07 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC en la sede de SALVAT, así como contra la Orden de Investigación que daba cobertura a la misma y contra el Acuerdo de incoación de expediente sancionador notificado simultáneamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 18 de noviembre de 2008, funcionarios de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) se personaron en la sede de la empresa SALVAT LOGÍSTICA, S.A. con el fin de llevar a cabo una inspección que les permitiese verificar la posible existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), todo ello de acuerdo con la Orden de Investigación de fecha 10 de noviembre de 2008, dictada por la Directora de Investigación de la CNC en virtud de las facultades de inspección establecidas en el artículo 40 de la LDC, y la autorización judicial del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Barcelona, dictada inaudita parte, de entrada en la sede de SALVAT, sita en la calle Atlantic, 102-110 (ZAL) de Barcelona.

2.- Con fecha 2 de diciembre de 2008, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de SALVAT en el que formulaba recurso administrativo al amparo del artículo 47.1 de la LDC contra las siguientes resoluciones y actos de la Dirección de Investigación (DI):

- El Acuerdo de incoación del expediente sancionador S/0120/08, dictado por la DI el 17 de noviembre de 2008.
- La Orden de Investigación de fecha 10 de noviembre de 2008.
- Los actos de la DI realizados con ocasión de la inspección realizada el 18 de noviembre de 2008 en la sede de SALVAT.

Tras indicar que se reserva el derecho a recurrir el auto judicial para la autorización de entrada e inspección; a recurrir en amparo al Tribunal Constitucional por lo que considera una vulneración de derechos y libertades fundamentales; a plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la LDC; a acudir a las instancias europeas; y a acudir a la vía penal para exigir posibles responsabilidades por la actuación funcional, SALVAT señala que es absolutamente necesaria la suspensión del procedimiento sancionador hasta que se resuelvan las objeciones jurídicas que plantea.

SALVAT fundamenta su recurso en:

- la *“indefensión y perjuicio irreparable”* infringido a los derechos e intereses legítimos, y las libertades y derechos fundamentales del recurrente; lo que llevaría a la imposibilidad de admitir las pruebas obtenidas, puesto que se habrían conseguido violando los derechos fundamentales del recurrente;
- el *“carácter “ciego” del procedimiento sancionador incoado”*, pues el acuerdo de incoación *“no contiene referencia alguna a los hechos que motivan la incoación, ni se ha dado el traslado tampoco de una copia de la denuncia a los denunciados”*, no siendo tampoco la Orden de Investigación más explícita. Afirma que existe una *“imprecisión absoluta”*, lo que afecta a su derecho de defensa;
- la *“falta de causa, ausencia de justificación del riesgo”* pues *“la utilización preventiva de la autorización judicial sin justificación de la oposición (lo que era imposible, pues todavía no se había producido el intento de entrada) ni*

del riesgo de esa oposición, priva de causa a la autorización judicial solicitada y obtenida y de cobertura jurídica a la invasión domiciliar y documental, convirtiendo esa invasión en una vulneración directa de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, sobre todo dada la inmediatez, urgencia, extensión e intensidad de la invasión de tales derechos”;

- *la “utilización coactiva del auto judicial”, pues “los funcionarios de la Dirección de Investigación inician la inspección exhibiendo ya el auto que evita cualquier forma de oposición, sin dejar constancia alguna de la inexistente negativa u oposición a la entrada. Cercenan la posibilidad de la negativa con la exhibición del auto judicial. Con esta actuación se evita que el inspeccionado ejercite su derecho a oponerse a la inspección...”*

- *la extralimitación de la Orden de Investigación al definir las posibles actuaciones que el artículo 40.2 LDC permite realizar a la DI, pues algunas de ellas (la investigación de las agendas de los miembros de la empresa y de los ordenadores personales) no están cubiertas por dicho artículo ni legitimadas por el auto judicial; considera que “el auto judicial que autoriza la entrada se limita a una bendición general de la actuación inspectora”;*

- *la “desproporción manifiesta: invasión coactiva y copia masiva de documentos e información”, pues se le ha impedido “no sólo la alegación previa de la confidencialidad de la información y documentación obtenida, por razón de pertenecer a las relaciones con su abogado o a hechos personales o ajenos al objeto del procedimiento, sino sobre todo el legítimo ejercicio de su derecho a impedir la obtención y copia de esa documentación confidencial con carácter previo al apoderamiento y consulta de que fue objeto por los seis inspectores, es decir, antes de que la DI se hubiera apoderado de la totalidad de los documentos, cuando no debería haber tenido acceso a muchos de los mismos y respetando el derecho del inspeccionado a la selección previa de lo que éste consideraba confidencial”.*

El recurrente concluye solicitando al Consejo de la CNC que estime su recurso y que:

- se declare la nulidad de los referidos actos y resoluciones,
- se ordene el archivo del procedimiento sancionador, y

- se ordene la devolución de la totalidad de la documentación e información aprehendidas.

A continuación, mediante OTROSÍ DIGO, el recurrente señala que, *“al amparo del artículo 37.1 d) LDC es esencial que se suspenda la tramitación del procedimiento hasta la resolución del presente recurso en la vía administrativa y en la posterior vía judicial, para evitar la persistencia en la vulneración de los derechos fundamentales alegados, con reserva expresa del derecho a la suspensión cautelar en su caso y de conformidad con el art. 129 LJCA”*, suspensión que reitera en el SUPPLICO final.

3.- Con fecha 4 de diciembre de 2008, la Directora de Investigación de la CNC, en virtud del artículo 24 del R.D. 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), emitió informe sobre el recurso interpuesto por SALVAT, proponiendo se desestime el recurso en todos sus términos, en la medida en que las actuaciones de inspección realizadas por los funcionarios de la DI estaban amparadas por la Orden de Investigación de 10 de noviembre de 2008 expedida por la Directora de Investigación, y por el Mandamiento Judicial presentado, y se desarrollaron 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 y perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de SALVAT.

4.- Con fecha 11 de diciembre de 2008, de conformidad con el artículo 47.3 de la LDC, el Consejo de la CNC acordó otorgar un plazo de 15 días hábiles a SALVAT para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones pertinentes, correspondiendo el expediente como ponente a la Consejera D.^a M^a Jesús González López.

5.- Finalmente, con fecha 30 de diciembre de 2008 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia, escrito de alegaciones de la representación de SALVAT, solicitando se estime el recurso interpuesto y reiterando se declare la nulidad de los actos y resoluciones a los que se refería el recurso, al tiempo que reclama la nulidad radical del procedimiento sancionador por los siguientes motivos:

- Inexistencia del acuerdo de incoación cuando se ordenó la investigación y cuando se solicitó y obtuvo la autorización judicial de entrada e investigación (art. 50.1 LDC),
- falta de contenido mínimo del acuerdo de incoación (art. 28 RDC),

- falta de causa (art. 40.4 LDC),
- extralimitación desprovista de cobertura legal (art. 40.2 LDC)
- desproporción manifiesta e invasión colectiva de los derechos fundamentales, y
- falta de rendición de cuentas al Juez que autorizó la entrada e investigación.

6.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 2 de febrero de 2009.

7.- Es parte interesada SALVAT LOGÍSTICA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO

El objeto del recurso interpuesto por SALVAT LOGÍSTICA S.A., lo constituye la inspección realizada por funcionarios de la Dirección de Investigación, en la sede de la empresa, el día 18 de noviembre de 2008.

Tal como se ha expuesto anteriormente en los Antecedentes de Hecho, SALVAT considera que en el transcurso de la inspección se produjeron una serie de irregularidades por lo que se refiere al respeto de sus derechos fundamentales y, como resultado de las mismas, los inspectores de la Dirección de Investigación indebidamente tuvieron acceso y retiraron copias de una serie de documentos confidenciales, físicos y electrónicos, sin respetar el derecho del inspeccionado a la selección previa de lo que éste consideraba confidencial. Para el recurrente éste es un hecho importante puesto que, en su opinión, *“se ha invertido el control de la confidencialidad, al que el inspeccionado sólo tendrá acceso en un momento posterior, cuando la Dirección señale los documentos que, a su juicio, son confidenciales y, por tanto, no debería haber conocido, aunque es evidente que ya los conoce”*. Afirma que este hecho *“afecta a la esencialidad del derecho de defensa recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, además de haber sido el centro neurálgico de muchas resoluciones de la propia Comisión, cuando era Tribunal, y de resoluciones europeas y constitucionales,...”*.

Concluye SALVAT manifestando que la DI, al invadir toda la vida de la empresa y de sus dirigentes, *“ha actuado sin cobertura jurídica ni constitucional y con una*

extralimitación invasiva de los derechos fundamentales, que ni siquiera sería admisible para la policía judicial en la fase de instrucción de un delito penal grave”.

Por tanto, el recurso se dirige contra el conjunto de actuaciones materiales llevadas a cabo por los funcionarios de la Dirección de Investigación en la sede de SALVAT al amparo de la Orden de Investigación y en ejecución de la misma. Asimismo se alega la nulidad de la Orden de Investigación y del Acuerdo de Incoación del expediente sancionador. Los motivos aducidos para declarar tal nulidad son la imprecisión absoluta y ausencia de motivación tanto en la Orden como en el Acuerdo de Incoación, en particular en lo que se refiere a la falta de información sobre la denuncia que ha dado origen a la investigación, así como a la inexistencia de Acuerdo de Incoación del expediente sancionador cuando se ordenó la inspección domiciliaria.

Al haber sido impugnada la legalidad tanto de la Orden de Investigación como del Acuerdo de Incoación del expediente resulta necesario resolver estos extremos antes de proceder a analizar la actuación de los funcionarios de la CNC durante la inspección.

SEGUNDO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, el órgano competente para resolver el presente recurso es el Consejo de la CNC:

“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”.

TERCERO.- NATURALEZA DE LAS INSPECCIONES

A la vista de las alegaciones de SALVAT, no parece ocioso traer a colación lo declarado por el Consejo de la CNC en sus últimas Resoluciones de fecha 3 de octubre de 2008 (Expte. R0004/08, CP España; Expte. R0005/08, L'Oreal; Expte. R0006/08, STANPA) sobre recursos interpuestos contra la actuación inspectora de la DI:

“Con carácter previo al examen de los distintos motivos de recurso es necesario analizar el carácter y la naturaleza de las inspecciones previstas en la LDC. Dichas inspecciones se encuentran reguladas en el artículo 40 de la mencionada Ley, que se desarrolla en el artículo 13 del Reglamento 5/20 de Defensa de la Competencia. Respecto a la anterior regulación (la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia) la nueva Ley 15/2007 ha supuesto un incremento de los poderes en materia de inspección otorgados a la Comisión Nacional de la Competencia (precinto de locales, libros o documentos; inspecciones en el domicilio particular de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, etc.), siguiendo la línea marcada en el ordenamiento comunitario por el Reglamento 1/2003. Este incremento de poderes de inspección enlaza claramente con dos de los principios que, según su exposición de motivos, sirven de guía a la nueva Ley 15/2007: la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos y la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia. En relación a los poderes de inspección ambos principios deben estar en equilibrio: la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia no puede menoscabar en forma alguna la seguridad jurídica de los operadores y las empresas, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales de las mismas y del personal a su servicio, pero tampoco la aplicación del principio de seguridad jurídica debe olvidar el propósito marcado por la Ley de una lucha eficaz contra las conductas restrictivas de la competencia.”

Las inspecciones reguladas en el art. 40 de la LDC son una herramienta particularmente adecuada para lograr esta lucha eficaz, en especial contra los cárteles, considerados por toda la doctrina jurídica y económica que estudia el derecho de defensa de la competencia como la conducta más dañina contra la competencia en el mercado y contra los intereses de los operadores económicos y los consumidores. A escala internacional todas las autoridades de defensa de la competencia consideran las inspecciones como la herramienta fundamental y más efectiva en las investigaciones sobre cárteles para obtener las pruebas y evidencias que permitan sancionar esta infracción. La naturaleza clandestina de los cárteles y la posibilidad de que las pruebas de su existencia puedan ser alteradas, escondidas o fácilmente destruidas convierten a las inspecciones en la primera herramienta de investigación que utilizan las autoridades de defensa de la competencia, siendo el elemento de sorpresa un factor clave del éxito de las mismas.

Recientemente este Consejo, en la Resolución de 24 de julio de 2008 (Expediente SNC/02/08 CASER-2) ha destacado esta especial naturaleza de las inspecciones de competencia, que es necesario que los operadores del mercado

conozcan, comprendan y tengan en cuenta para el futuro, y que la diferencia de cualquier otra inspección similar ejecutada por otras administraciones públicas:

“Asimismo debe destacarse la especial importancia que tiene en las inspecciones en materia de defensa de la competencia el carácter sorpresivo de la actuación de los inspectores, y la necesidad de que, en aras a garantizar su eficacia, se dé comienzo a las inspecciones con carácter inmediato tras la notificación de la correspondiente orden de investigación. La propia naturaleza de la documentación que se busca confirma la especial importancia del carácter sorpresivo de las inspecciones en materia de competencia. Así, mientras en el caso de las inspecciones laborales y tributarias parte importante de la documentación que se pretende obtener es documentación que las empresas tienen el deber legal de tener en su poder, consistiendo la infracción en la no tenencia de tales documentos que demuestren que la empresa cumple con sus obligaciones legales, en el caso de las inspecciones de la CNC prácticamente la totalidad de la información útil para el expediente sancionador en cuestión, consiste en comunicaciones y datos que no deben constar y cuyo descubrimiento permite la imputación de las empresas inspeccionadas.

Existe por último un factor determinante de la trascendencia que tiene la rapidez y el carácter sorpresivo de las inspecciones de la CNC, en particular, el hecho de que usualmente se lleven a cabo varias inspecciones en diversas empresas simultáneamente, de manera que la demora en el inicio de una de ellas y la posibilidad de que ésta sea informada por el resto de las empresas en las que ya se haya iniciado la inspección sobre el objeto de la misma generaría un gran riesgo de eliminación de información y pondría en peligro la eficacia de la actuación inspectora y la finalidad perseguida con la misma. Por todo ello es evidente que la denegación del acceso a una dependencia de la empresa inspeccionada y, en general, el retraso injustificado del comienzo de la inspección, constituye específicamente una clara obstrucción a la inspección”.

En relación con las características esenciales de la inspección puestas de manifiesto por este Consejo en anteriores resoluciones resulta necesario también destacar la importancia actual en las mismas del desarrollo tecnológico alcanzado por las empresas en lo relativo al almacenamiento de información y documentación en soporte informático. Este desarrollo, supone para las inspecciones de competencia dos características adicionales. En primer lugar en lo que se refiere al volumen de la información sobre la que se debe ejercer la

inspección. En estos momentos el ordenador personal de un empleado de una empresa inspeccionada puede contener mayor volumen de documentación comercial que una habitación repleta de documentos, en muchas ocasiones mezclada sin una separación clara en los archivos informáticos del ordenador con documentación personal del propio empleado. Esta situación puede repetirse en toda la empresa dando lugar a un volumen ingente de documentación sobre la que la autoridad de competencia debe ejercer su labor de inspección en un tiempo breve, sin menoscabar el funcionamiento normal de la empresa.

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

CUARTO.- SOBRE LA ORDEN DE INVESTIGACIÓN

El recurrente basa su petición de nulidad de la Orden de Investigación en dos motivos:

- La imprecisión absoluta de la Orden, sin referencia a los hechos que motivan la inspección y, en particular, por la falta de información sobre la denuncia que ha dado origen a la investigación.
- La extralimitación de la Orden de Investigación al definir las posibles actuaciones que el artículo 40.2 LDC permite realizar a la DI pues, en opinión del recurrente, algunas de ellas (la investigación de las agendas de los miembros de la empresa y de los ordenadores personales) no están cubiertas por dicho artículo ni legitimadas por el auto judicial, que “*se limita a una bendición general de la actuación inspectora*”.

En lo que concierne a la alegación de imprecisión absoluta de la Orden de Investigación, sin referencia a los hechos que motivan la inspección y, en especial, a la falta de información sobre la denuncia que ha dado origen a la investigación debe constatarse que en la misma se menciona el acceso por parte de la DI a información “*relacionada con un supuesto acuerdo para la*

fijación de precios, así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, en el sector de las actividades transitarias por carretera” (primer párrafo de la Orden), citándose a continuación la prohibición en que consiste el artículo 1.1 LDC, y, más adelante, que “el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC consistentes, en general, en acuerdos para la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, así como verificar, igualmente, que los citados acuerdos se han llevado a la práctica”, lo que se recoge igualmente en el propio auto judicial.

Finalmente, conviene resaltar el interés manifestado por la Jefe de Equipo (punto 12 del Acta de inspección) en que el Director General de SALVAT leyera con detenimiento tanto el auto judicial, así como la Orden de Investigación, solicitándole que, una vez leída y aclarada cualquier duda u observación al respecto, procediera a su recepción (punto 14 del Acta) o como consta en acta, en algún momento se le indicara expresamente que el objeto de la inspección hacía referencia al transporte de mercancías por carretera (punto 15 del Acta). En consecuencia, debe reconocerse que la totalidad de documentos objeto de recepción por SALVAT en el transcurso de la inspección contienen referencias más que suficientes a los hechos que motivaban la misma, por lo que no cabría ampararse en una vulneración del artículo 28 del RDC para recurrir las resoluciones y actos de la DI en cuestión.

El segundo argumento alegado a favor de la nulidad de la Orden de Investigación se refiere a la extralimitación de la Orden al definir las posibles actuaciones que el artículo 40.2 LDC permite realizar a la DI pues, en opinión del recurrente, algunas de ellas (la investigación de las agendas de los miembros de la empresa y de los ordenadores personales) no están cubiertas por dicho artículo ni legitimadas por el auto judicial.

No puede compartirse este argumento. En primer término el art. 40.2 de la LDC autoriza al personal de la CNC habilitado para la inspección para “*verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material*” (letra b), así como para “*hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos*” (letra c), por lo que las agendas y los ordenadores personales de los miembros de la empresa se encuentran incluidos dentro de la previsión legal. Por otra parte la Orden de Investigación fue examinada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Barcelona y se autorizó la entrada en los “*términos precisos de la Orden de Investigación de 10 de noviembre de 2008 dictada por la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia*”, que “*tiene una*

apariencia de legalidad que colma el control prima facie que este órgano jurisdiccional puede realizar en sede procesal, conforme a la jurisprudencia constitucional antes citada". Por tanto, dicha Orden de Investigación tiene apariencia de buen derecho, que no se puede destruir por una alegación genérica de que se ha infringido el derecho a la intimidad personal porque se incluya entre las actuaciones posibles la inspección de las agendas y los ordenadores personales de los miembros de la empresa. Tanto en los ordenadores de la empresa como en las agendas se puede encontrar mezclada información comercial y personal de los inspeccionados sin que sea fácil, a primera vista, deslindarla, puesto que, incluso, dicha dificultad es apuntada por los propios inspeccionados. Pero los propios titulares del derecho han podido señalar aquello que es personal y que no debe ser recabado, pudiendo señalarlo también con posterioridad, tal como se recoge en el Acta de Investigación (punto 36).

Es evidente que los inspectores de la DI sólo están interesados en la información relevante para la investigación que se pueda encontrar en dichos soportes y, a este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 6º de su Sentencia 143/1994, en el ámbito tributario, que *"resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial"*, indicándose además en dicha sentencia que se puede tener interés legítimo en mantener resguardado del conocimiento de terceros estas actividades, pero que *"dicho interés desborda el ámbito de estricta constitucionalidad, para introducirse en la esfera de lo puramente económico"*. Por tanto, no parece admisible que suponga una potencial intromisión en la esfera personal de los trabajadores de la empresa inspeccionada el recabar la información relacionada con la conducta inspeccionada que se encuentre en agendas y ordenadores, que son instrumentos de trabajo de los miembros de la empresa. Es cierto que puede darse el caso que esa información se encontrase mezclada con información personal, pero en este caso, la mera inspección no supone una violación del derecho a la intimidad, puesto que como se señala en la STC 37/1989, FJ 7ª *"la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto"*.

Como se desprende de lo expuesto en este Fundamento Jurídico, este Consejo considera que no se puede aceptar ninguna de las referidas alegaciones, y, en consecuencia, no cabe tachar de nula la Orden de Investigación de 10 de noviembre de 2008 que contó con todas las garantías procesales exigidas por la

Ley y la Constitución Española, que no constituyó vía de hecho y que garantizó en todo momento los derechos de la recurrente.

QUINTO.- SOBRE EL ACUERDO DE INCOACIÓN

Además de la anulación de la Orden de Investigación (y de las actuaciones derivadas de la misma), en el recurso se solicita igualmente la anulación del acuerdo de incoación del expediente sancionador S/0120/08 Transitarios, de 17 de noviembre de 2008, por las siguientes razones:

El recurrente entiende que el Acuerdo de Incoación adolece de imprecisión absoluta y de falta de contenido mínimo ya que *“no contiene referencia alguna a los hechos que motivan la incoación, ni se ha dado el traslado tampoco de una copia de la denuncia a los denunciados”*. Asimismo estima que el acuerdo de investigación era inexistente cuando se ordenó la investigación y cuando se solicitó y obtuvo la autorización judicial de entrada e investigación (art. 50.1 LDC).

En lo que se refiere a la imprecisión absoluta y falta de contenido mínimo del Acuerdo de Incoación, SALVAT argumenta que *“el acuerdo de incoación...no contiene referencia alguna a los hechos que motivan la incoación y no se ha dado traslado de una copia de la denuncia a los denunciados. Ni siquiera se les ha comunicado hasta ahora el resultado y contenido de la información reservada DP 012/08 a que se alude en el acuerdo de incoación. La cuestión afecta a la esencialidad del derecho de defensa al impedir la posibilidad de defenderse de lo que no se conoce”*.

Debe rechazarse el argumento de que el Acuerdo de Incoación carece de una mención suficiente de las razones para incoar el expediente ya que consta expresamente en el mismo que, como consecuencia del acceso por parte de la DI a determinada información relacionada con posibles conductas anticompetitivas en el sector de las actividades transitarias por carretera, fue iniciada una información reservada para determinar con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificaran la incoación de expediente sancionador. De conformidad con la información a la que se ha tenido acceso, sigue el Acuerdo de Incoación, la DI considera que se han observado *“indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC”*, en concreto, conductas *“relativas a la fijación de precios, así como otras condiciones comerciales de servicio, de forma directa o indirecta, podrían haber comenzado en el año 2003 y continuar en vigor, afectando al sector de las actividades transitarias por carretera”*. De ahí que se incoe expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas tanto por el artículo 1 de la

vigente LDC, como del anterior texto legal (la Ley 16/1989, de 17 de julio) y por el artículo 81 TCE.

En cuanto a la ausencia de “*traslado de una copia de la denuncia a los denunciados*” debe tenerse en cuenta en todo caso que el art. 49.1 LDC establece que el procedimiento sancionador por conductas prohibidas previsto en el mismo “*se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia (...)*”. En el caso que nos ocupa no ha existido una denuncia, sino, como se indica en el Acuerdo de incoación (y también en la Orden de Investigación), se ha tenido “*acceso a determinada información relacionada con posibles conductas anticompetitivas en el sector de las actividades transitarias por carretera...*”, y es en virtud de esa toma de conocimiento por parte de la Dirección de Investigación de la posible existencia de conductas presuntamente infractoras de la LDC por lo que dicho órgano abre, por propia iniciativa, un periodo de información reservada, efectúa una investigación domiciliaria e inicia un procedimiento. Por tanto, al no existir denuncia, no resulta posible dar traslado de la misma, de acuerdo con lo indicado en el artículo 28.2 del RDC.

Del mismo modo, el contenido de la información reservada, confidencial por definición mientras no se haya iniciado un procedimiento, podrá ser accesible en el marco del expediente abierto, al que el recurrente tendrá acceso –como así se le indica en el Acuerdo de incoación- y obtener copia de los documentos que lo integran y que no hayan sido declarados confidenciales.

En todo caso, el derecho de defensa del recurrente no se ha visto vulnerado en ningún caso, puesto que, como ya se ha repetido, tanto la Orden de Investigación como el Acuerdo de incoación se refieren a los hechos que motivaban una y otro. Y, en definitiva, la acusación formal, a efectuar por la Dirección de Investigación, en su caso, no tiene lugar sino mediante el Pliego de concreción de hechos de infracción, que es “*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. r 171/96, Unión Explosivos 2). En otras palabras, como seguía diciendo el TDC en la misma Resolución, “*dado que no existe imputación de un cargo [al recurrente] del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión*”.

SEXTO.- SOBRE LA INEXISTENCIA DE ACUERDO DE INCOACIÓN PREVIO A LA INVESTIGACIÓN

Con respecto a la inexistencia del acuerdo de incoación cuando se ordenó la investigación y cuando se solicitó y obtuvo la autorización judicial de entrada e

investigación (art. 50.1 LDC), entiende SALVAT que *“sin acuerdo de incoación del expediente sancionador no existe expediente sancionador, ni pueden autorizarse ni practicarse los actos de instrucción del mismo, porque no puede ordenarse la investigación de un expediente sancionador inexistente porque no ha sido incoado”*, invocando el art. 50.1 LDC. Afirma que *“el Juez al que se solicitó la autorización para la entrada investigación fue engañado, dicho sea con todos los respetos, porque no había sido incoado todavía el expediente sancionador del que podían formar parte esa solicitud y autorización de entrada y los propios actos en que consistió la investigación”*.

Si bien el recurrente se refiere al art. 49 LDC para contraponerlo al art. 50 LDC, e incluso cita la información reservada que figura en el art. 49.2, no parece tener en cuenta que este último dice que

“Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador”.

No parece que, a tenor literal de la norma, pueda ponerse en duda que la Dirección de Investigación está facultada para llevar a cabo una investigación domiciliaria previa a la incoación de un expediente sancionador. Y la consecuencia es que, si para efectuar esa investigación domiciliaria, se considera necesario obtener una autorización judicial, la solicitud de la misma tampoco requiere la previa incoación de expediente sancionador a la empresa que se desea investigar. Y, por lo mismo, el pretendido engaño al Juez al que se solicitó la autorización jamás ha existido.

Finalmente, y con independencia de lo anterior, conviene dejar sentado que el acuerdo de incoación no es susceptible de recurso alguno, al ser un acto de trámite que no reúne los requisitos de procedibilidad exigidos por el artículo 47 LDC. Así lo ha declarado el extinto TDC, entre otras, en su resolución de 27 de abril de 1998 (Expte. r 274/98, Air España): *“... la incoación de expediente sancionador es un acto de procedimiento que no impide su continuación, sino que la inicia. Y tampoco produce indefensión porque el artículo 36 de la LDC [Ley 16/1989] no prevé que en la incoación de expediente sancionador tenga que indicarse cuáles son los indicios de la existencia de infracción y la ausencia de dicha indicación no impide la defensa de sus intereses pues, a lo largo del procedimiento que así comienza, los imputados tienen multitud de oportunidades para defenderse de las imputaciones, rebatir las pruebas y aportar los elementos*

de defensa que consideren necesarios. Precisamente, la Providencia impugnada indica claramente qué prácticas van a ser objeto de investigación e instrucción, así como cuáles son las empresas imputadas, que son los elementos imprescindibles para la incoación de expediente sancionador”.

SÉPTIMO.- SOBRE LA INSPECCIÓN EN LA SEDE DE SALVAT Y LA UTILIZACIÓN PREVENTIVA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, SIN JUSTIFICACIÓN DE LA OPOSICIÓN NI DEL RIESGO DE DICHA OPOSICIÓN

En su recurso y sus alegaciones posteriores SALVAT expone los siguientes motivos como causa de nulidad de la actuación de los funcionarios de la DI en la inspección efectuada en su sede.

- La ausencia de causa de la autorización judicial solicitada y obtenida, ya que la DI no justificó la oposición a la inspección ni tampoco el riesgo de de esa oposición pudiera producirse. Para SALVAT la *“utilización preventiva de la autorización judicial sin justificación de la oposición (lo que era imposible, pues todavía no se había producido el intento de entrada) ni del riesgo de esa oposición, priva de causa a la autorización judicial solicitada y obtenida y de cobertura jurídica a la invasión domiciliar y documental, convirtiendo esa invasión en una vulneración directa de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, sobre todo dada la inmediatez, urgencia, extensión e intensidad de la invasión de tales derechos”;*
- Relacionada con la anterior, la *“utilización coactiva del auto judicial”*, previa a cualquier acto de oposición por parte de la empresa impide que el inspeccionado ejercite su *“derecho a oponerse a la inspección...”*. Según SALVAT *“los funcionarios de la Dirección de Investigación inician la inspección exhibiendo ya el auto que evita cualquier forma de oposición, sin dejar constancia alguna de la inexistente negativa u oposición a la entrada. Cercenan la posibilidad de la negativa con la exhibición del auto judicial. Con esta actuación se evita que el inspeccionado ejercite su derecho a oponerse a la inspección...”*.
- La vulneración de los derechos e intereses legítimos, y las libertades y derechos fundamentales del recurrente, causándole *“indefensión y perjuicio irreparable”*. Lo que llevaría a la imposibilidad de admitir las pruebas obtenidas, puesto que se habrían conseguido violando los derechos fundamentales del recurrente;

- Por último la desproporción manifiesta: invasión coactiva y copia masiva de documentos e información durante la inspección, impide el legítimo ejercicio del derecho *“a impedir la obtención y copia de esa documentación confidencial con carácter previo al apoderamiento y consulta de que fue objeto por los seis inspectores, es decir, antes de que la DI se hubiera apoderado de la totalidad de los documentos, cuando no debería haber tenido acceso a muchos de los mismos y respetando el derecho del inspeccionado a la selección previa de lo que éste consideraba confidencial”*.

En el presente fundamento jurídico se analizarán conjuntamente los dos primeros motivos alegados por la recurrente, falta de causa de la autorización judicial y utilización preventiva del auto judicial, estrechamente relacionados, mientras que los restantes se analizarán en los fundamentos octavo y noveno.

En lo que respecta a la **falta de causa**, el recurrente argumenta alegando lo dispuesto en el art. 40.4 LDC que *“las facultades de inspección que precisan autorización judicial tienen que justificar la existencia de riesgo de la oposición o la oposición misma a la actuación inspectora”*, lo cual, en su opinión, no se ha justificado por la Dirección de Investigación en el presente caso.

Respecto a la alegada falta de justificación por parte de la DI del riesgo de oposición a la entrada domiciliaria, la lectura de la Orden de Investigación en su conjunto demuestra que la misma sí incluye datos específicos que permiten apreciar la existencia de un claro riesgo de oposición por parte de la empresa a la inspección. No puede obviarse que la Orden describe como conducta a investigar objeto de la inspección un acuerdo horizontal de precios entre competidores que se remonta al año 2003. Por su parte la LDC, en su artículo 62.4.a), califica este tipo de conductas colusorias como una infracción muy grave que puede ocasionar, si se acreditara la existencia de dicha conducta, la imposición de una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Con la inclusión de estos datos puede considerarse que la Orden de Investigación justifica adecuadamente el alto riesgo de oposición a la inspección por parte de la empresa, dado que el objeto de la investigación se concreta en una conducta anticompetitiva especialmente grave, claramente susceptible de provocar la probable oposición de la empresa a la inspección. Como se recordaba en el Fundamento Jurídico Primero de esta Resolución *“la naturaleza clandestina de los cárteles y la posibilidad de que las pruebas de su existencia puedan ser alteradas, escondidas o fácilmente destruidas convierten a las inspecciones en la primera herramienta de investigación que utilizan las*

autoridades de defensa de la competencia, siendo el elemento de sorpresa un factor clave del éxito de las mismas”.

Por todo lo dicho puede colegirse que el riesgo de oposición está plenamente justificado en la Orden, toda vez que lo que pretende la inspección es la verificación de la *notitia criminis* a cuyo conocimiento ha tenido acceso la DI. Por ello puede presumirse una resistencia, que se manifestaría en mayor o menor grado, a facilitar el acceso al lugar donde se encuentre la información que permita dicha verificación, máxime cuando la inspección se lleva a cabo sorpresivamente y, por tanto, sin que la empresa pueda prepararse para la misma, así como en varios de los principales operadores del sector que se supone que participan o han participado en prácticas anticompetitivas.

Unido lo anterior a lo también apuntado en el Fundamento Jurídico Primero en cuanto a que el desarrollo tecnológico alcanzado en relación con el almacenamiento de información y documentación en soporte informático conlleva la necesidad de inspeccionar un volumen ingente de documentación, al tiempo que evitar su posible eliminación, conduce a la conclusión de que el disponer de la autorización judicial de entrada no puede conceptuarse como de innecesario.

Por otro lado, en el marco de las inspecciones tributarias y enlazando con el segundo argumento de SALVAT respecto a la utilización preventiva de la Orden Judicial, el Tribunal Constitucional, al analizar alegaciones similares a las aquí expuestas, se ha pronunciado del siguiente modo en su Auto núm. 126/1990, de 26 marzo:

“Sostener, como hace el demandante de amparo, que el requerimiento y la negativa del interesado son condición necesaria de la eficacia habilitante de la resolución judicial y de su mismo pronunciamiento sería tanto como mantener que el auto de entrada y registro sólo surte tales efectos, y únicamente puede ser dictado contra el consentimiento del interesado, pero no en defecto del mismo. Frente a esta interpretación, que de ser compartida podría comprometer indefinidamente la actuación de la Inspección de los Tributos en aquellos casos, por otra parte nada difíciles de imaginar, en que no pudiera requerirse expresamente al interesado y no pudiera tenerse constancia de su negativa por causas incluso imputables a su conducta, se impone con claridad que la finalidad de la previsión del requerimiento no es tanto la de subordinar la expedición de la autorización judicial a la manifestación de la prohibición del titular del domicilio, como la de no tener por permitida la entrada domiciliaria sin que sea realmente consentida por su titular, a menos que, cualquiera que sea la actitud de éste, medie autorización judicial”.

Con respecto a la **utilización preventiva de la resolución judicial** que autoriza la inspección no puede obviarse el relato de los hechos que se contiene en el Acta de Inspección, firmada al finalizar dicha inspección por funcionarios de la CNC y personal de la empresa inspeccionada. Según ésta, la entrada en la sede de SALVAT por el equipo inspector tuvo lugar a las 11:10 horas, dándose desde entonces una serie de avatares que se reflejan en los puntos 3 a 10 del Acta. Entre ellos, la expulsión de dicho equipo a las 11:28 horas por personal de la empresa de seguridad, EULEN, a instancias de un ejecutivo de la empresa (punto 9 del Acta), siendo el equipo “invitado” a entrar a las 11:35 horas a instancias, en este caso, de otro representante de SALVAT, procediéndose a la entrega y posterior recibí del auto judicial. No parece que, en principio, el auto judicial ejerciera mucha coacción, toda vez que el responsable de la empresa a quien fue entregado y, por tanto, pudo enterarse del objeto de la inspección (punto 5 del Acta), no dudó en expulsar a los inspectores (punto 9 del Acta), como acaba de indicarse. De ahí que se considere sin fundamento la alegación referente a la negativa a SALVAT de ejercer su derecho a oponerse a la investigación, que, curiosamente, se fundamenta en actuaciones que podrían tipificarse, de acuerdo con el art. 61.2 d) de la LDC, como una infracción leve a la normativa de competencia (no someterse a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la misma).

Además, teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de no disponer de la autorización judicial de manera preventiva podría frustrar radicalmente el objetivo de la inspección, ya que la negativa de acceso a la DI provocaría la necesidad de posponer la inspección varios días hasta obtener dicha autorización, con lo que se perdería el elemento sorpresa al que el Consejo de la CNC ha atribuido “*especial importancia*” (Resolución de 24 de julio de 2008, CASER-2) y con el riesgo subsecuente de desaparición de la documentación.

Como recoge la propia autorización judicial, invocando el precitado Auto núm. 126/1990, de 26 marzo del Tribunal Constitucional, “*no rige en esta materia un principio de subsidiariedad en relación a la posible negativa expresada por parte del titular del inmueble de cuya voluntad dependa la posibilidad de entrada, de manera que ni la autorización de entrada ni su solicitud tienen porqué ser siempre y en todo caso posteriores al previo requerimiento del consentimiento de su titular y la subsiguiente negativa de éste. La autorización puede ser solicitada con carácter previo, sin perjuicio de que, naturalmente, su efectividad sólo se pondrá de manifiesto ante la negativa del titular o ante la imposibilidad de conseguir su consentimiento*”.

Es decir, que la autorización judicial cumple, aparte de su intrínseco objetivo de facilitar la entrada a un domicilio, una función preventiva, así reconocida por el

TC en diversos pronunciamientos (entre otros, la Sentencia núm. 239/1999, de 20 de diciembre), no pudiendo condicionarse su empleo a la negativa del titular a someterse a un registro. De manera que la actuación de la DI al proveerse de dicha autorización con fines de inspección y utilizarla aún en ausencia de oposición inicial, no puede en modo alguno tacharse de reprochable. Sobre todo teniendo en cuenta que los derechos constitucionales en juego hacen de la autorización judicial un elemento extraordinariamente adecuado para calibrar la proporcionalidad de la actuación administrativa.

OCTAVO.- SOBRE LA INSPECCIÓN EN LA SEDE DE SALVAT Y LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL RECURRENTE

Como ya se ha señalado en el Fundamento de Derecho Primero, las facultades atribuidas a la CNC en materia de inspecciones enlazan con los principios que sirven de guía a toda actuación de la misma: la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales de las mismas y del personal a su servicio, y la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia. Por ello, toda actuación inspectora ha de estar sustentada en la forma exigida legalmente, y así se ha hecho por parte de la DI, que no ha actuado sino en virtud de las facultades reconocidas en el artículo 40.2 de la LDC, previa Orden de Investigación emitida al efecto, facultades que pueden verse reforzadas, como ha sido el caso concreto que nos ocupa, mediante la correspondiente autorización judicial prevista en el artículo 40.4 de la misma Ley (autorización que, puede apuntarse ya a la vista de lo recogido en el Acta de la investigación, no cabe reputar de superflua).

Por lo que se refiere al transcurso de la inspección, conviene resaltar, tal y como consta en el acta de inspección -suscrita una vez finalizada ésta por dos funcionarios de la CNC, miembros del equipo de inspección, y por el representante legal de SALVAT, como ya se ha indicado anteriormente-, que tras entregarse al mencionado representante la Orden de Investigación y la notificación de incoación del expediente sancionador, así como el auto judicial, y una vez firmado por dicho representante la recepción de los citados documentos, se inició la inspección (como queda constancia en la citada acta de inspección), indicándose expresamente a la empresa su derecho a asistencia letrada interna o externa –aspecto sobre el que el equipo de inspección incidió en varias ocasiones-, si bien también se indicó que la presencia de abogado no era condición para la realización de la inspección. A tal efecto, abogados externos de la empresa se personaron en la sede de SALVAT LOGÍSTICA, S.A. a las 13:30 horas.

En cuanto a la pretendida “*indefensión y perjuicio irreparable*” infringida a los derechos fundamentales del recurrente es preciso dejar sentado desde ahora que no se ha producido en ningún momento. SALVAT mezcla en esta alegación demasiadas cosas, sin distinguir entre los derechos fundamentales supuestamente vulnerados y, en algunos casos, simplemente citándolos, pero sin precisar el hecho en el que se concreta la supuesta vulneración:

- Derecho de defensa (art. 24 CE)
- Derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)
- Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)

A continuación se examinan las pretendidas vulneraciones de estos derechos.

En primer lugar, la doctrina del extinto TDC **respecto a la indefensión** alegada es reiterada y constante, siempre basada en lo establecido por el Tribunal Constitucional (TC). Valga por todas la Resolución de 22-02-2000 [Expte. r400/99 (Prensa Vizcaya 2); igual a ésta, la de 08-05-2000, Expte. r 410/00 (Prensa Vizcaya 3)] en la que el TDC, citando al TC 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*”. Resulta evidente que SALVAT ha sido informada en todo momento de sus derechos, como puede verse por el Acta de investigación, que en el transcurso de la investigación ha podido alegar lo que ha considerado conveniente, y que ha seguido ejerciendo su derecho de defensa mediante el recurso que ahora se examina.

En segundo lugar, **no existe “perjuicio irreparable”** alguno, pues toda la actuación inspectora es revisable por otras instancias; de hecho, como acaba de decirse, el recurrente está haciendo uso de ese derecho al plantear el recurso. Aún en el caso de referirse en concreto, como parece por lo solicitado en el *petitum*, a los documentos cuya confidencialidad pretende que no se le ha permitido objetar, estaríamos a lo ya declarado por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones de 3 de octubre de 2008 (Expts. R0005/08 L’Oreal y R0006/008, STANPA) en cuanto a que “*el pretendido perjuicio irreparable sólo tendría lugar, en su caso, si se produjera revelación de dicha información o su uso para fines*

ilegítimos”, al margen del hecho, como puede constatarse por el acta de inspección, que dicho perjuicio irreparable ni se manifestó por la empresa ni se puede presumir que se haya causado a ésta por el equipo de inspección, de acuerdo con los hechos siguientes:

- El representante de la empresa solicitó al iniciar la inspección la confidencialidad de la información que se vaya a recabar durante la inspección (puntos 17 y 24 del Acta), señalándose acto seguido por el equipo de inspección que dicha petición será atendida con carácter cautelar, como posteriormente se confirmó expresamente al finalizar la inspección (punto 37 del Acta).
- Al iniciar la inspección y a lo largo de ésta (puntos 20, 21, 24 y 29 del Acta), se insistió por el equipo de inspección en manifestar a la empresa que tanto respecto de la información en formato papel como en formato electrónico la empresa y/o su representante legal identificarán aquella información que pudiera estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o que pudiera afectar a la intimidad del personal de la empresa. A estos efectos, como se indica en el punto 33 del Acta, se identificó por parte de la empresa determinados archivos en formato electrónico que no se han recabado por el equipo de inspección tras estimarse que quedaban cubiertos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente (punto 33 del Acta).

En el mismo sentido, por lo que se refiere a la **supuesta vulneración de la intimidad** alegada, a la vista de lo apuntado no puede entenderse que se haya producido, ya que la totalidad de documentos y datos obtenidos de la inspección no han sido desvelados por los funcionarios de la CNC (a cuyos efectos cabe subrayar el tratamiento cautelar de confidencialidad de toda la información recabada), al margen del deber de secreto de dichos funcionarios, establecido expresamente en el artículo 43 de la LDC, que incluye el deber de secreto de cualquier persona que tenga acceso a la tramitación del expediente. Por otra parte, en este aspecto concreto de la intimidad, no son los supuestamente afectados, sino la empresa a través de su representante legal, quien invoca un derecho que le es ajeno, pues, como ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 183/1994, de 20 de junio, el titular de este derecho sería el empleado. A mayor abundamiento, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que no se considerarán con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley y que la Ley sólo puede autorizar esas intromisiones por imperativos de interés público.

Respecto a la alegación genérica que hace el recurrente sobre la **vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio**, debe señalarse en primer lugar que aunque dicho derecho, aplicable en principio a las personas físicas, ha extendido su aplicación en determinadas condiciones a las personas jurídicas - tal como ha establecido el TC en su Sentencia 137/1985-, en el caso que nos ocupa no pudo existir ninguna vulneración del derecho invocado ya que la entrada del equipo de inspección se llevó a cabo en la sede de la recurrente previa exhibición de una autorización judicial emitida por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Barcelona, en la que se acuerda *“autorizar a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia para entrar en los locales de la empresa Salvat Logística, S.A. sitos en C/ C/ (...), a fin exclusivo de proceder a partir del día 18 de noviembre de 2008 y durante el tiempo estrictamente necesario a la inspección, todo ello en los términos precisos de la Orden de Investigación de 10 de noviembre de 2008 dictada por la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia...”*. Lo anterior pone de manifiesto que de ningún modo puede haberse producido vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, porque la entrada fue autorizada judicialmente. Por tanto, la actuación de la Dirección de Investigación tiene apariencia de buen derecho al haber cumplido con lo establecido en el artículo 18.2 de la Constitución Española que señala que ninguna entrada o registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial.

En cuanto a la **supuesta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones**, el recurrente no la concreta en un hecho determinado. Hay que señalar que el TC, en su Sentencia núm. 114/1984, indica que lo que protege el artículo 18.3 es la libertad de las comunicaciones, y que esta puede ser violada tanto por la interceptación de la comunicación como por el conocimiento antijurídico de lo comunicado. En la actuación inspectora de la DI no se ha producido interceptación de las comunicaciones electrónicas ni de ningún otro tipo de la recurrente, y por tanto no se ha conculcado el derecho al secreto de las comunicaciones de SALVAT en este primer sentido. Sí se ha procedido, en cambio, por parte de los inspectores de la DI, a la verificación del contenido de comunicaciones ya producidas que se encontraban almacenadas o archivadas en formato papel o en formato electrónico en las dependencias de la empresa inspeccionada. Este Consejo considera que tampoco se ha producido violación del derecho al secreto de las comunicaciones, en la segunda acepción del mismo, puesto que el acceso al contenido de comunicaciones ya producidas y almacenadas en equipos informáticos o archivos no se produce de forma antijurídica, sino que se efectúa por funcionarios investidos de la condición de agentes de la autoridad (art. 40.1 LDC) debidamente amparados por la autorización judicial donde se establece que se realice la inspección en los términos precisos de la Orden de Investigación. En dicha Orden se señala

expresamente que la investigación podrá abarcar tanto el registro de las comunicaciones internas y externas (incluyendo faxes e información comercial), archivos físicos e informáticos así como la inspección de ordenadores personales; todo ello para verificar la existencia de conductas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y de acuerdo con las facultades de inspección indicadas expresamente en el artículo 40.2 de la LDC.

Por lo expuesto, la alegación ha de ser rechazada.

NOVENO.- SOBRE LA INSPECCIÓN EN LA SEDE DE SALVAT, SU PRETENDIDA EXTRALIMITACIÓN Y DESPROPORCIÓN, CON INVASIÓN COACTIVA Y LA COPIA MASIVA DE DOCUMENTOS E INFORMACIÓN

En cuanto a la calificación de *“extralimitada y/o desproporcionada”* o la referencia a la *“copia masiva”* de documentos e información efectuada en la sede de SALVAT, así como con el alegado impedimento por parte del equipo inspector de que la empresa pudiera alegar con carácter previo la confidencialidad de información y documentación obtenida, por razón de pertenecer a las relaciones con su abogado o a hechos personales o ajenos al objeto del procedimiento, o con referencia al denominado por el recurrente *“inversión del control de la confidencialidad”*, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- SALVAT fue y no sólo del objeto de la investigación, sino también de las facultades de inspección de los funcionarios de la CNC, reiterándose lo dispuesto en el artículo 40.2 de la LDC, específicamente lo referente a la facultad establecida en su letra c) de hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de libros o documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material, sin menoscabo de su derecho de realizar cualquier tipo de alegación en cualquier momento del procedimiento iniciado con la notificación de incoación del expediente sancionador.
- En concreto, tras la firma por el representante de la empresa del recibí del auto judicial (punto 15 del Acta), se le informó a éste de cómo, de acuerdo con la Orden de Investigación, 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 empresa y que tanto en ese momento como cuando se procediera materialmente a dicha inspección, se solicitaba tanto al

representante de la empresa como al personal de la empresa inspeccionado su presencia, en particular de los usuarios de los ordenadores inspeccionados y el personal de los despachos inspeccionados, reiterando el personal inspector al personal de la empresa la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o relacionados con su intimidad (punto 21 del Acta). Además de ello, como ya se ha indicado, al iniciar la inspección el representante de la empresa solicitó la confidencialidad de la información que se fuera a recabar, señalando la Jefa de Equipo que dicha petición sería atendida con carácter cautelar (punto 17 del Acta).

- También se le informó que de toda la información recogida en formato papel, una copia iba a quedar en manos de la empresa, así como el original, para que tuviera conocimiento pleno de la información recabada. Respecto de la documentación en formato electrónico (punto 18 del Acta), se le indicó que se procedería a una selección de documentos digitales a partir de criterios objetivos, proporcionados y relacionados con el objeto de la investigación. De la documentación en formato electrónico que resultara de dicha selección se harían, igualmente, dos copias, quedándose la empresa con una de ellas. Las copias se efectuarían, como así fue, en discos no reutilizables que fueron desprecintados en presencia de personal de la empresa y su representante legal.

- También se informó a la empresa que al finalizar la inspección quedaría en su poder, además de copia del acta de inspección, una copia de la información recabada por el equipo de inspección, debidamente cotejado (punto 19 del Acta). En la citada información se incluye la relación de documentos recabados en el curso de la inspección, tanto en formato papel como en formato electrónico. Como consta en el Acta, se insistió por la Jefa de Equipo que tanto respecto de la información en formato papel, como en formato electrónico, la empresa y/o su representante legal podrían identificar aquella información que pudiera estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o que afectase a la intimidad del personal de la empresa para que, tras un somero análisis por el equipo de inspección, y si éste así lo considerase, no fuera incorporada a la información recabada durante la inspección (puntos 20, 21 y 33 del Acta). A tal efecto, como se indica en el punto 27 del Acta, proporcionados por SALVAT el nombre de los asesores legales externos de la empresa, se borraron los ficheros seleccionados donde se mencionaban dichos nombres.

- Se informó al representante de SALVAT que durante el transcurso de la inspección se solicitaría la presencia en todo momento de personal de la empresa y/o su representante legal, en particular de los usuarios de los ordenadores inspeccionados y el personal de los despachos inspeccionados, reiterándose que con anterioridad a proceder a dicha inspección se les solicitaría la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o relacionados con su intimidad.
- Cabe destacar que, en ningún caso, se produjo una copia indiscriminada de documentos, sino una búsqueda de los documentos que, a juicio de los inspectores, pudieran estar relacionadas con el objeto de la investigación, dado que el análisis exhaustivo de los documentos de una empresa resulta imposible tal y como reconoce el Consejo de la CNC, citando al Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1504/2003, de 25 de febrero, pues *“al tratarse de unos documentos incorporados a un soporte informático es evidente que no se puede delimitar, en el plazo perentorio de un registro, qué es lo que afecta a la investigación y qué cosas son ajenas a la misma”*.
- Como consta en el acta de inspección, se procedió a eliminar de la información seleccionada toda la información detectada relativa a las relaciones abogado externo-cliente, tanto de las copias en formato electrónico como en formato papel. Además, como también se recoge en el acta, se hace mención expresa a que la CNC devolvería a la empresa cualquier documento protegido por la relación abogado externo-cliente y que fuera detectado posteriormente, bien de oficio por la CNC o por la empresa, dado que ésta tiene copia de toda la información recabada en la inspección, sin que dichas actuaciones hayan tenido lugar, ni de oficio por la CNC ni por la propia empresa, puesto que no se ha detectado posteriormente información de dicha naturaleza.

En definitiva, sin perjuicio de su derecho a recurrir la actuación inspectora, la empresa tiene un deber de diligencia en lo que se refiere a identificar los documentos que considere merecedores de protección como consecuencia de derivar de las relaciones abogado-cliente, tal como ya estableció la Sentencia AKZO, y ha recogido el Consejo en su Resolución de 3 de octubre de 2008 (Expte. R0005/08, L'OREAL): *“...la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido y por los que el*

simple acceso al mismo para su análisis somero causaría indefensión al afectado”.

Tal como se desprende del Acta de inspección, la recopilación de la información se hizo aplicando una previa criba o filtrado de la misma, suprimiendo de la documentación en formato electrónico, a instancia de la empresa, documentación personal o cubierta por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente (punto 33 del Acta). Además, como se indica en el Acta de inspección, si la empresa consideraba que eso no era suficiente para descartar todos los documentos dignos de protección y puesto que disponía de una copia de la documentación que se había recabado en la inspección, podía haber identificado dichos documentos.

Finalmente, como se indica en el punto 37 del Acta de inspección, a la empresa se le estimó cautelarmente su solicitud de que la información recabada durante el desarrollo de la inspección, tanto en formato papel como en formato electrónico, tuviera el tratamiento de información confidencial.

DÉCIMO.- SOBRE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como se ha indicado, el recurrente, al interponer el recurso administrativo contra la actuación inspectora formula, mediante el OTROSÍ DIGO, una petición al amparo del artículo 37.1 d) LDC de suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso administrativo.

Dicha solicitud se justifica por el recurrente en las siguientes razones:

“Según el artículo 37.1 d) LDC el procedimiento podrá suspenderse mediante resolución motivada cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 LDC o cuando se interponga el recurso contencioso-administrativo.

La prejudicialidad evidente en la constatación de la vulneración de los derechos fundamentales que se denuncian y la consiguiente nulidad de todo lo actuado, hace absolutamente necesario la aplicación motivada de la suspensión referida y que no prosiga el procedimiento sancionador hasta que hayan sido resueltas las objeciones jurídicas que aquí se plantean”.

Sin embargo, el artículo 37.1.d) LDC lo que establece es la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento cuando

se interponga el recurso previsto en el artículo 47 de la LDC, cosa que el recurrente ha hecho con su precitado escrito de 29 de noviembre de 2008, pero no habilita a la parte actora para solicitar la suspensión del procedimiento. Por otro lado el artículo 37.3 LDC establece que *“la suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento”*, por lo que cabe entender que la suspensión del procedimiento sancionador está configurada por la LDC como potestativa para la Administración.

A la vista de lo examinado en la presente resolución la suspensión del procedimiento sancionador no resulta justificada ya que no se ha acreditado la ilegalidad del acuerdo de incoación del mismo, ni tampoco de la orden de investigación que dio origen a la inspección practicada en la sede de SALVAT. Asimismo, de lo expuesto en los apartados precedentes puede deducirse claramente la inexistencia de la pretendida vulneración de derechos fundamentales del recurrente. Antes al contrario, la actuación inspectora ha sido respetuosa con tales derechos y en ningún momento el recurrente ha sufrido indefensión. En último término no se ha acreditado ningún daño o perjuicio irreparable para los derechos del recurrente. Por todo ello, no cabe tachar de nulidad ninguna de las actuaciones inspectoras, y, en consecuencia, no procede acceder a la petición de suspensión del procedimiento.

UNDÉCIMO.- CONCLUSIÓN

Examinadas las alegaciones formuladas por el recurrente, este Consejo considera que, en el transcurso de la inspección, no se ha producido la vulneración de ninguno de los derechos fundamentales de SALVAT -sobre todo considerando que la invocada vulneración se hace de forma genérica en muchos casos, como ya se ha apuntado anteriormente-, y que tampoco existe peligro de violentar dichos derechos durante la tramitación del expediente objeto de la actuación inspectora recurrida hasta que se dicte la Resolución. Unido lo dicho a que la actuación inspectora se ha ajustado al procedimiento prescrito, tanto en la Ley 30/1992 como en la más específica normativa de competencia, lleva a este Consejo a desestimar la petición formulada por SALVAT en cuanto a declarar la nulidad de los actos y resoluciones de la DI y respecto a ordenar el archivo del procedimiento sancionador, así como la suspensión del mismo.

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

RESUELVE

Desestimar las peticiones de SALVAT LOGÍSTICA, S.A., en relación con la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC el día 18 de noviembre de 2008, denegando la suspensión del procedimiento sancionador y, en consecuencia, continuar su tramitación.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, 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.