

RESOLUCIÓN (Expt. R/0004/08, CP España)

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 octubre de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero Ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el expediente R/0004/08, CP España, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. (en adelante CP España), 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 CP España.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 17 de junio de 2008, funcionarios de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) se personaron en la sede de la empresa COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, 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 las Órdenes de Investigación de Geles y Dentífricos de fecha 10 de junio de 2008, dictadas por el Director 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 26 de Madrid, dictada inaudita parte, de entrada en el local de CP España, en la calle General Arranz número 88 de Madrid.

2.- Con fecha 1 de julio de 2008, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia, escrito de la representación de CP España, en el que formula recurso administrativo contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC el día 17 de junio de 2008 en la sede de la empresa y se solicita que se declare:

- que las actuaciones de los funcionarios de la Dirección de Investigación (DI) no tienen cobertura legal en la LDC, ni en cualquier otra norma, ni en la Orden de Investigación de Dentífricos, ni en la Orden de Investigación de Geles, ni en el Mandamiento Judicial;

- que la actuación de la inspección de la DI vulneró derechos fundamentales de CP España al suponer una injerencia desproporcionada en los mismos;

y se ordene a la DI la devolución íntegra a CP España, de la totalidad de los documentos electrónicos y físicos obtenidos durante la inspección, junto con todas sus copias, físicas y/o electrónicas, que no se encuentren dentro del objeto de la investigación, y en particular los documentos protegidos por el secreto profesional de las comunicaciones entre abogado y cliente, y todos aquéllos que les respondan, reenvíen o incluyan de cualquier modo.

En este mismo escrito, a través de OTROSÍ DIGO, la representación de COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A., solicitó como medida provisional, que el Consejo de la CNC ordene inaudita parte, es decir, sin darle traslado de la solicitud a la Dirección de Investigación, lo siguiente:

- a) que le remita todos los documentos físicos y electrónicos obtenidos durante la inspección domiciliaria en las oficinas de CP España el 17 de junio de 2008 junto con todas sus copias, físicas y/o electrónicas,
- b) que le remita todas las notas y documentos que ha preparado a resultados del acceso a cualesquiera documentos que se encuentren o puedan encontrarse fuera del objeto del expediente y/o que están o pudieran estar protegidas por el secreto de las comunicaciones entre abogado-cliente,
- c) que se abstenga inmediatamente de continuar revisando, leyendo o accediendo de cualquier otro modo a los mencionados documentos, y

- d) todo lo antedicho mientras dure la tramitación del recurso y hasta que el Consejo de la CNC haya adoptado una decisión definitiva y firme al respecto.

A tal fin CP España sugiere que el Consejo disponga que los documentos afectados por la medida provisional adoptada y sus copias queden bajo la custodia del Secretario del Consejo de la CNC, y que se adopten las medidas necesarias para que nadie pueda tener acceso a tal documentación.

Subsidiariamente, y para el caso de que el Consejo de la CNC no considere que concurren los requisitos necesarios para adoptar la medida provisional sin dar audiencia previa a la Dirección de Investigación y/o cualesquiera interesados, se solicita la adopción de la medida provisional previos los traslados correspondientes.

3.- Con fecha 1 de julio de 2008 se recibió el expediente en la Secretaría del Consejo de la CNC, asignando la denominación R 0004/08 CP España.

4.- Con fecha 2 de julio de 2008, mediante Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, se acordó desestimar las medidas solicitadas por CP España para su adopción antes de iniciar la tramitación del recurso interpuesto, y en consecuencia continuar con la tramitación ordinaria del mismo.

En esta Resolución el Consejo además acordó hacer algunas consideraciones sobre las pautas de comportamiento que se debían seguir para mantener el pleno respeto a los derechos invocados por la recurrente, señalando en concreto que el órgano de inspección debía devolver a CP España los documentos que se refieren a comunicaciones abogado externo-cliente o no estuvieran relacionados con el objeto de la inspección.

5.- Con fecha 4 de julio de 2008, Colgate Palmolive S.A., presentó un escrito ante la Dirección de Investigación solicitando la devolución de determinada documentación.

6.- Con fecha 11 de julio de 2008, el Director de Investigación de la CNC, en virtud del artículo 24 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, emitió informe

sobre el recurso interpuesto por CP España, 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 las Ordenes de Investigación de 10 de junio de 2008 expedidas por el Director 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, sin que en ningún supuesto se produjera indefensión y perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de CP España.

Respecto a la solicitud de devolución de los documentos obtenidos durante la inspección, la DI señaló que tan pronto se procediera al análisis de la información recabada, se procedería a la devolución de toda aquella documentación que no estuviera relacionada con el objeto de la investigación, teniendo en cuenta los documentos expresamente señalados por la empresa.

7.- Con fecha 29 de julio 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 CP España, a contar desde el día 1 de septiembre de 2008, para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones pertinentes, correspondiendo el expediente como ponente al Consejero D. Emilio Conde Fernández-Oliva.

8.- Finalmente, con fecha 18 de septiembre de 2008, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia, escrito de alegaciones de la representación de COLGATE PALMOLIVE, S.A., solicitando se estime el recurso interpuesto.

9.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 1 de octubre de 2008.

10.- Es parte interesada COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NATURALEZA DE LAS INSPECCIONES

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 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.

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.- OBJETO DEL RECURSO

El objeto del recurso interpuesto por COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA S.A., lo constituye la inspección realizada por funcionarios de la Dirección de Investigación, en la sede de la empresa, el día 17 de junio de 2008.

C.P. España S.A. considera que en el transcurso de la inspección se produjeron una serie de irregularidades por lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales de CP España y como resultado los inspectores de la Dirección de Investigación indebidamente tuvieron acceso y retiraron copias de una serie de documentos físicos y electrónicos, unos que estaban fuera de la

investigación y otros que se encontraban protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente.

Asimismo, se indica por el recurrente que se impidió una efectiva asistencia jurídica por parte de asesores internos y externos de la empresa durante buena parte de la inspección.

Estas actuaciones, a juicio de la representación de CP España ,S.A., se encuadran en el concepto de vía de hecho, definido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 160/91, de 18 de julio, y adolecen de nulidad radical o de pleno derecho en virtud del artículo 62.1 b) y e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), toda vez que provocaron indefensión y un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de CP España.

La parte recurrente, en síntesis sustenta la pretensión impugnatoria, en los siguientes motivos:

- 1) Vulneración de la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente por estar protegida por el secreto profesional.
- 2) La Dirección de Investigación no está facultada para recabar información y documentos ajenos al objeto de la investigación.
- 3) Limitación del derecho a contar con representación letrada provocando indefensión.

CUARTO.- SOBRE LA PRETENDIDA VULNERACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE ABOGADO Y CLIENTE POR ESTAR PROTEGIDA POR EL SECRETO PROFESIONAL

La primera de las alegaciones esgrimida por la parte recurrente, es la relativa a la vulneración de confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente por estar protegida por el secreto profesional.

Según la representación de CP España S.A., entre los documentos copiados y retirados por los inspectores se encontraban:

- (i) documentos físicos y electrónicos elaborados por abogados externos de la empresa, dirigidos todos ellos exclusivamente a orientar y fundamentar de la manera más adecuada la defensa jurídica de sus intereses

- (ii) correos electrónicos internos de CP España que reproducen el contenido del asesoramiento legal elaborado por los despachos Ashrust LLP y Garrigues.

- (iii) Y correos electrónicos y documentos recopilando información para los abogados externos en el contexto de la preparación de la defensa de los intereses jurídicos de la empresa.

Dicha documentación a juicio de la parte recurrente se encuentra protegida por el secreto de las comunicaciones abogado/cliente, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, (entre otras Sentencias del Tribunal de Justicia de fecha 18 de Mayo de 1978, Asunto 155/79 AM&S vs. Commission, Auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990 asunto T 30/89, Hilti/Comisión, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 Asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03 Azko) y su incautación por la inspección de la Dirección de Investigación genera un perjuicio irreparable, independientemente de que estos documentos sean utilizados o no por la Dirección de Investigación.

Pues bien, sobre estos extremos conviene destacar, en primer lugar, que los documentos a los que se refiere la empresa no han sido incautados por la Dirección de Investigación, sino copiados, al amparo del artículo 40.2 c) de la LDC, obrando los documentos originales en poder de la empresa. Durante la inspección del día 17 de junio en la sede de CP España el equipo de inspección no utilizó el poder de retener libros o documentos (cualquiera que sea su soporte) que el art. 40.2 d) de la LDC otorga a al CNC.

En segundo lugar en lo que respecta a la jurisprudencia comunitaria aludida por la recurrente, en relación con el principio de confidencialidad, hay que señalar que la misma no produce de forma automática las consecuencias aludidas por la representación de Colgate Palmolive S.A., sino que se han de

dar también una serie de requisitos, así en el apartado 82 de la *Sentencia Azko* expresamente se señala que (subrayado propio):

“la empresa afectada, sin tener obligación de desvelar el contenido de los documentos de que se trate, debe presentar a los agentes de la Comisión los elementos de prueba que permitan determinar que tales documentos tiene un carácter confidencial que justifica su protección, siempre que la empresa en cuestión estime que tal somero examen resulta imposible sin desvelar el contenido de los documentos de que se trate y que así lo explique de manera motivada, a los agentes de la comisión (...)

(...)el mero hecho de que una empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir a la Comisión acceder a dicho documento si, al margen de ello, la empresa no aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Entre otras cosas, la empresa inspeccionada podrá indicar a la Comisión quiénes son el autor y el destinatario del documento de que se trate, explicar las respectivas funciones y responsabilidades de cada uno de ellos y hacer referencia a la finalidad del documento y al contexto en el que se redactó. Del mismo modo, la empresa puede mencionar el contexto en el que se descubrió el documento y la manera en la que fue clasificado, así como remitirse a otros documentos con los que tenga relación. (...)

En un elevado número de casos, bastará un somero examen, por parte de los agentes de la Comisión, del aspecto general del documento o del membrete, título u otras características superficiales del mismo para que dichos agentes puedan verificar la exactitud de las justificaciones invocadas por la empresa y comprobar el carácter confidencial del documento de que se trate, a fin de dejarlo de lado. Mas no debe pasarse por alto que, en algunas ocasiones, incluso un somero examen del documento implica el riesgo de que, pese a su carácter confidencial, los agentes de la Comisión adquieran conocimiento de informaciones amparadas por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Tal podría ser el caso, en particular, si el carácter confidencial del documento en cuestión no se dedujera claramente de los signos externos.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a raíz del asunto *AM&S* ha señalado que, en los casos en que exista controversia acerca de si un determinado documento queda o no cubierto por la confidencialidad rectora de las comunicaciones entre abogado-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 tal decisión al Tribunal”.

Respecto a la jurisprudencia nacional relativa al secreto de las comunicaciones Abogado-Cliente, el Tribunal Constitucional ha señalado entre otras, STC 110/1984, que en los casos de dudas sobre si la documentación afecta al secreto profesional del Abogado deben ser los Tribunales de Justicia los que decidan definitivamente sobre la cuestión; pero eso sí, sin que la simple negativa del inspeccionado suponga la enervación de las facultades de inspección.

Por tanto, la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido y por los que el simple acceso al mismo para su análisis somero causaría indefensión al afectado. Sostener lo contrario, es decir, que el simple acceso a un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del derecho de defensa, sin exigir ninguna obligación a la empresa afectada, además de contradecir la jurisprudencia europea alegada llevaría al absurdo de hacer más favorable a la empresa el silencio que la diligencia, ya que permitir a la CNC acceder a tales documentos, sin advertirle de su carácter confidencial, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección.

En el presente caso, tal y como ha quedado acreditado en las actas de inspección, el equipo de inspección actuó con máxima cautela. En primer lugar procedió a descartar toda la información relativa a las relaciones de abogado externo-cliente, tanto en formato electrónico como en papel, que fuera adecuadamente identificada durante el transcurso de la inspección, tanto la detectada directamente por los propios inspectores, como la solicitada en forma razonada por la empresa sometida a inspección.

En segundo lugar, tal y como consta en el punto 15 de las Actas, la inspección estimó cautelarmente la solicitud de la empresa de que la información recabada durante el desarrollo de la inspección tuviera el tratamiento de información confidencial, siempre y cuando en el plazo de 10 días justificara razonadamente, para cada uno de los documentos recabados, los motivos por los que se solicita dicha confidencialidad, y aportara, en su caso, una versión censurada de los mismos; advirtiéndole que si en el citado

plazo no se remitiere contestación, la documentación quedaría incorporada al expediente. Para facilitar esta labor se aportó un dossier completo de las fotocopias de los documentos obtenidos debidamente cotejados a la empresa, haciendo mención expresa del compromiso de la CNC de devolver a la empresa, en todo caso, cualquier otro documento que en formato electrónico se pudiera considerar como relación abogado externo-cliente.

Para finalizar el análisis de la supuesta vulneración del derecho al secreto profesional, conviene recordar por otra parte, como ya señaló este Consejo en su Resolución de fecha 17 de julio de 2008, que la titularidad del derecho al secreto profesional corresponde al Abogado Defensor, tal y como explica la jurisprudencia constitucional, entre otras, la Sentencia 183/1994:

“Tampoco es aceptable la vulneración del derecho al secreto profesional por la simple razón en que ese supuesto derecho solamente es invocable por el Abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no por el demandante sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que le es ajeno [SSTC 141/1985 y 11/1992]”.

Por todo ello, este Consejo estima que procede desestimar la primera alegación de la recurrente, toda vez que la conducta de la Dirección de Investigación, tanto durante la inspección como posteriormente a lo largo del procedimiento ha sido respetuosa con los derechos del inspeccionado, el cual ha podido reclamar y obtener todos aquellos documentos protegidos por el secreto profesional en las relaciones abogado-cliente, previa justificación de los elementos de prueba que permitan determinar que tales documentos tienen este carácter confidencial.

Como se ha expuesto, la simple tenencia de información por un funcionario debidamente autorizado en ejercicio de una potestad atribuida legalmente, no vulnera de forma inmediata el derecho fundamental, siendo necesario que dicha información se dedique a fines ilícitos o se divulgue indebidamente o que se no hayan adoptado precauciones adecuadas para preservar los derechos fundamentales afectados por dichos documentos.

Como afirmó el Consejo en su Resolución de 17 de julio de 2008 “Lo que de ningún modo sería aceptable es que la negativa a la aportación u obtención de documentos invocando simplemente el privilegio de la comunicación abogado externo-cliente se convierta en causa de la anulación de las facultades inspectoras que la LDC atribuye a los inspectores debidamente

autorizados. Si ello fuese así se podría frustrar fácilmente y sin ninguna responsabilidad el régimen jurídico establecido con la LDC que persigue actuar eficazmente en la defensa de la competencia en los mercados a través de las potestades públicas establecidas y en beneficio del interés público protegido por el artículo 38 de la Constitución y los intereses generales de los consumidores y usuarios”.

QUINTO.- SOBRE LAS FACULTADES DE LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN PARA RECABAR INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS EN LA INVESTIGACIÓN

En segundo lugar alega la recurrente que las actuaciones inspectoras han sido realizadas de forma genérica, excesiva y desproporcionada en relación con el objeto de la inspección, incautándose documentos que no eran imprescindibles ni relevantes, por versar sobre materias que nada tenían que ver con las presuntas infracciones objeto de comprobación.

Según la representación de CP España, se han vulnerado las obligaciones de limitar las investigaciones al objeto concreto de la inspección y de respeto al principio de proporcionalidad, excediendo la inspección del objeto definido en las Órdenes de Investigación y el mandamiento judicial.

En particular, señala CP España que se realizaron copias en bloque y de forma indiscriminada de la totalidad de la correspondencia electrónica de tres años del Director General, del Director de Ventas, y del Director Financiero, sin que se procediera a una selección previa de aquellos correos electrónicos que pudieran ser relevantes en función del objeto de las investigaciones; es decir, al margen de cualquier comprobación previa sobre si dicha correspondencia se refería a los precios y los formatos de los geles o dentífricos.

En consecuencia, según CP España, la totalidad, o al menos gran parte de la documentación incautada durante las actuaciones inspectoras ha sido obtenida de forma ilícita, como consecuencia de una vulneración de derechos fundamentales amparados en la Constitución.

Pues bien, sobre este particular, conviene recordar lo expuesto en el Fundamento de Derecho Primero de esta Resolución respecto a la especial naturaleza de las inspecciones de competencia, en las que el carácter

sorpresivo y la rapidez de la actuación de los inspectores es de vital importancia, por cuanto una demora en la misma podría generar un gran riesgo de eliminación de información por parte de la empresa poniendo en peligro la eficacia de la actuación inspectora y la finalidad perseguida por la misma.

Además, no hay que olvidar, como también se ha advertido, que a diferencia de otras inspecciones administrativas, en las que parte importante de 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, 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 de carácter secreto y clandestino, que no deben constar y cuyo descubrimiento permite la imputación de las empresas inspeccionadas.

En un contexto similar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en su sentencia de 17 de octubre de 1989, al analizar las facultades de inspección y verificación de la Comisión Europea (entonces regidas por el Reglamento 17 de 1962) ha afirmado lo siguiente (subrayado propio):

“(...) Como este Tribunal de Justicia señaló en la citada sentencia de 26 de junio de 1980 (National Panasonic, apartado 20), de los considerandos séptimo y octavo del Reglamento nº 17 se desprende que las facultades otorgadas a la Comisión por el artículo 14 de dicho Reglamento tienen como fin permitir que ésta cumpla la función, que le confía el Tratado CEE, de velar por el respeto de las normas de competencia en el mercado común. Estas normas tratan de evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas singulares y de los consumidores, según se desprende del párrafo 4 del Preámbulo del Tratado, de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85 y 86. El ejercicio de las facultades conferidas a la Comisión por el Reglamento nº 17 contribuye así al mantenimiento del régimen de competencia querido por el Tratado, cuyo respeto se exige imperativamente de las empresas. El octavo considerando antes citado precisa que, a tales fines, la Comisión debe disponer, en todo el ámbito del mercado común, de la potestad de exigir las informaciones y de proceder a las verificaciones "que sean necesarias" para descubrir las infracciones de los artículos 85 y 86 antes aludidos.

(...) Tanto la finalidad del Reglamento nº 17 como la enumeración por su artículo 14 de las facultades de que están investidos los Agentes de la

Comisión ponen de manifiesto que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas de competencia en los lugares donde normalmente se hallan; es decir, en los locales empresariales.

(...) Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas”.

Es por ello, que la búsqueda que han de hacer los inspectores para cumplir diligentemente con sus funciones, no puede ser una búsqueda tan restringida como pretende la recurrente, porque ello llevaría a no poder probar nunca ninguna infracción, y en definitiva, a permitir que las condiciones falseadoras de la competencia se mantuvieran en el mercado.

En segundo lugar, en cuanto a las copias de documentos electrónicos, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, (Sentencia núm 1504/2003, de 25 de febrero) (subrayado propio):

“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”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, coincidiendo con la DI y con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, este Consejo entiende que, dado el carácter perentorio de la inspección y la imposibilidad de examinar uno por uno todos y cada uno de los documentos copiados y delimitar qué es lo que afecta o no a la investigación, la revisión posterior de los documentos previamente seleccionados por el equipo de inspección en base a criterios específicos de búsqueda, en modo alguno atenta contra el derecho de defensa ni produce un perjuicio irreparable a la empresa.

Por otro lado, según consta en las actas se firmó el compromiso de que el órgano inspector no utilizaría y devolvería aquella documentación que se refiriese a la comunicación entre abogado y cliente. Compromiso que goza de toda presunción de cumplimiento, no sólo por la obligación de los funcionarios y de los órganos de la Administración de ajustar su conducta a lo establecido en la Ley, sino también porque hay constancia de que durante la actuación inspectora siempre que se detectó un documento con ese contenido se excluyó de la documentación a incorporar al expediente de acuerdo con la empresa.

En tercer lugar, en relación a la alegación de la parte recurrente de que la Dirección de Investigación realizó una copia indiscriminada de todos los documentos, este Consejo coincide con el criterio de la Dirección de Investigación, de que no existe tal búsqueda indiscriminada, puesto que se realizó una selección documental, de acuerdo a unos criterios específicos y razonados de búsqueda, tal y como se puede comprobar al analizar la información recabada, de la que la empresa tiene una copia cotejada. Es más cabe resaltar que la inspección se desarrolló a lo largo de 11 horas de inspección, hecho que denota que en ningún caso se produjo una copia indiscriminada, sino que al contrario se produjo una búsqueda de los documentos que a juicio de los inspectores pudieran estar relacionados con el objeto de la investigación.

Finalmente, en lo que respecta a la alegación de CP España de que la Dirección de Investigación no facilitó las palabras clave o términos de búsqueda, este Consejo entiende que la no facilitación de los criterios de búsqueda de información, en modo alguno supone una quiebra del derecho de defensa de la persona investigada, ya que se trata de información reservada, y su revelación podría poner en peligro el curso de la inspección.

Por todo lo expuesto, este Consejo estima que no cabe apreciar como desproporcionada la conducta de los inspectores, lo que sí sería desproporcionado sería acceder a la petición del recurrente consistente en devolver todos los documentos físicos y electrónicos obtenidos durante la inspección, junto con todas sus copias, físicas y/o electrónicas. Si se decidiera acceder a esta petición quedaría prácticamente anulada la inspección o se pondría en serio riesgo de fracasar y con ello se frustraría irreversiblemente el interés público que representa.

Además, cabe señalar que la Dirección de Inspección al amparo del artículo 40 de la LDC podría haber adoptado medidas más gravosas para la empresa

como son por ejemplo, la retención de libros y documentos relativos a la actividad empresarial durante un plazo máximo de 10 días, precintar los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección, etc..., sin embargo optó por la obtención de copias de la documentación de la empresa (40.2 c) LDC), al considerar que esta facultad era la menos perjudicial para el funcionamiento normal de la empresa.

Es por ello, que este Consejo considera que la actuación de los funcionarios del equipo de inspección fue perfectamente proporcionada al objeto y finalidad de la inspección, por lo que en consecuencia procede desestimar la segunda alegación.

SEXTO- SOBRE LA ALEGADA LIMITACIÓN DEL DERECHO A CONTAR CON REPRESENTACIÓN LETRADA PROVOCANDO INDEFENSIÓN

En último lugar, la recurrente alega que se le ha vulnerado el derecho fundamental a la defensa jurídica contemplado en el artículo 24 de la Constitución, al no haber permitido el equipo de inspección participar al abogado externo de la empresa en el proceso de identificación y revisión de los documentos de la empresa, sino que se les mantiene al margen hasta el final de la inspección.

Asimismo, la representación de Colgate Palmolive, S.A. califica de irregularidad el hecho de que en un momento dado de la inspección se pida a los representantes y abogados de la empresa, que abandonen una sala mientras los inspectores continúan con la revisión de documentos.

Sobre estos extremos, hay que señalar que los mismos no se corresponden con lo reflejado en la nota elaborada por el despacho de abogados Garrigues que asistió a la empresa durante la inspección, así como en las propias actas elaboradas tras la inspección y firmadas por la empresa, en presencia de dicha asistencia letrada.

En primer lugar, cabe señalar tal y como ha quedado acreditado en las actas, que los funcionarios de la CNC se identificaron previamente, haciendo entrega el Jefe de Inspección a los representantes de la empresa de las Órdenes de investigación y las notificaciones de incoación de los expedientes sancionadores, así como del mandamiento judicial emitido por el Juzgado de

lo Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid, al existir indicios de un supuesto acuerdo por parte de COLGATE PALMOLIVE S.A., para fijar precios en el sector de los dentífricos, y en el de los geles de baño y ducha, infringiendo el artículo 1.1. de la Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por otro lado, según consta en acta, los funcionarios de la CNC expresamente informaron a la empresa de que podían llamar a un abogado externo para que les asistiera durante el desarrollo de la inspección.

En este mismo sentido, en la “Nota Relativa a la Asistencia del Departamento de Derecho de la Competencia de Garrigues a Colgate durante la inspección domiciliaria de la CNC de 17 de junio de 2008”, se señala que a las 10.20 horas del 17 de junio de 2008, un directivo de CP España se puso en contacto con el citado despacho de abogados informándoles que estaba teniendo lugar una inspección por la CNC y solicitando el envío de un equipo de abogados del departamento de derecho de la competencia de Garrigues para asistirles en la inspección.

Asimismo, en la citada nota se indica que inmediatamente, el citado equipo, compuesto de 4 abogados se dirigió a la sede de CP España y que llegaron aproximadamente a las 11 horas, incorporándose posteriormente otros 3 abogados, por lo que el equipo de asistencia letrada se compuso finalmente de 7 abogados.

Es más, en la citada Nota se afirma que una vez en la sede de COLGATE, los abogados de Garrigues tuvieron acceso a los mandatos de inspección y a la orden judicial en la que se recogía el objeto de la misma, y se reconoce que el citado equipo de abogados mantuvo reuniones con directivos de la empresa sin la presencia del equipo de inspección.

A mayor abundamiento, en sendas Actas de Inspección se señala que a solicitud de la empresa en el curso de la inspección se procedió a eliminar toda la información detectada relativa a las relaciones abogado externo–cliente de las copias en formato electrónico y en papel, informando a la empresa que se procedería a la devolución de toda aquella información recabada durante el desarrollo de la inspección, no estuviera relacionada con el objeto de la investigación o pudiera considerarse como relación abogado externo-cliente.

Además, tal y como consta en las Actas de Inspección, no sólo se dejó en poder de la empresa sendas actas y un dossier completo de fotocopias de los documentos obtenidos debidamente cotejados, sino que también se estimó la petición de la empresa de indicar el tratamiento de información confidencial de toda la información recabada, requiriendo a la empresa para que en el plazo de 10 días justificara para cada uno de los documentos recabados, los motivos por los que solicita dicha confidencialidad y aportara en su caso una versión censurada de los mismos sin que hasta la fecha se haya hecho justificación alguna.

En otro orden de cosas, cabe destacar que según jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con determinadas Actas (de la inspección de Trabajo o de la inspección de Tributos por ejemplo), existe una presunción de veracidad de las actas que se consideren protocolizadas de forma regular desde el punto de vista formal, por establecer con precisión y objetividad las circunstancias del caso y los datos que hayan servido para su redacción (STS de 12 de octubre de 1995), doctrina ésta perfectamente trasladable a las Actas levantadas por la Inspección de la Comisión Nacional de la Competencia; Actas que fueron redactadas por funcionarios públicos especializados, a quien se reconoce que actúan en el ejercicio de sus funciones de inspección de modo imparcial, en su calidad de empleados públicos al servicio de la Administración Pública que se encuentran sujetos a la Ley y al Derecho por imperativo constitucional, y a los que se le reconoce la condición de agente de la autoridad en virtud del artículo 40 de la LDC, y que fueron expresamente aceptadas por la empresa, toda vez que no se opusieron a la firma de lo incluido en el acta de la inspección.

En atención a todo lo expuesto, este Consejo estima que no se ha producido indefensión alguna, ni se ha vulnerado el derecho fundamental a la defensa jurídica contemplado en el artículo 24 de la Carta Magna, no pudiendo considerarse como irregularidad el hecho de que en un momento dado los inspectores de la CNC quisieran también mantener reuniones privadas para comentar el desarrollo de la inspección y dar las instrucciones pertinentes, reuniones privadas que tal y como se ha descrito con anterioridad también mantuvieron directivos de la empresa con el equipo de abogados de Garrigues, sin la presencia del equipo de inspección, por lo que procede desestimar la última de las alegaciones.

SÉPTIMO.- CONCLUSIÓN

Examinadas todas las alegaciones formuladas por la recurrente, este Consejo estima que la actuación de los funcionarios del equipo de inspección, no es encuadrable en modo alguno en el concepto de vía de hecho esgrimido por Colgate Palmolive España, S.A., toda vez que ha quedado acreditado a lo largo de la Resolución que la actuación de la inspección fue perfectamente proporcionada al objeto y finalidad de la inspección, y respetuosa con los derechos fundamentales de CP, en particular en lo que respecta al secreto profesional de la correspondencia entre Abogado y Cliente y al derecho de defensa, no adoleciendo en consecuencia la inspección realizada el día 17 de junio de 2008, de nulidad radical o de pleno derecho, como sostiene la representación de CP España, S.A.

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

RESUELVE

Desestimar en todos sus términos el recurso interpuesto por la representación de CP España, en relación con la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC el día 17 de junio de 2008.

Comuníquese este Acuerdo 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.