

RESOLUCIÓN (Expt. R/0005/08, L'ORÉAL)

CONSEJO

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

En Madrid, a 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 Don Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0005/08, L'ORÉAL, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por L'ORÉAL España, S.A., y su filial L'ORÉAL DIVISIÓN PRODUCTOS PROFESIONALES, S.A., 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 las empresas L'ORÉAL España, S.A., y L'ORÉAL DIVISIÓN PRODUCTOS PROFESIONALES, S.A.*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 1 de julio de 2008 ha tenido entrada en esta Comisión Nacional de la Competencia escrito de la representación de L'ORÉAL España, S.A., y de su filial L'ORÉAL DIVISIÓN PRODUCTOS PROFESIONALES, S.A. (en adelante, indistintamente, L'ORÉAL), en el que se formula recurso contra una actuación inspectora de la Dirección de Investigación realizada en la sede de esta empresa.

*Corregido mediante Acuerdo de rectificación de error material de 10 de octubre de 2008

Segundo.- Esta solicitud se basa en los siguientes hechos:

La Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) tuvo conocimiento de una posible conducta colusoria en el sector de los productos de peluquería profesional. Se trataría de una de las conductas prohibidas en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC), cuyo objetivo principal sería la coordinación y/o la fijación de las condiciones comerciales de los productos de peluquería profesional fabricados por las principales empresas del sector mediante un intercambio de información entre todas ellas. La presunta conducta colusoria se habría llevado a cabo a partir del año 2004 en el marco de uno de los grupos de la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (Stanpa).

Tercero.- El 10 de junio de 2008 se adoptó la Orden de Investigación, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 LDC, y en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), autoriza a varios funcionarios de la CNC para proceder a una inspección domiciliaria que permita acceder a los locales y terrenos de la empresa, verificar libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, así como hacer u obtener copias o extractos de dichos libros o documentos.

Cuarto.- El día 19 de junio de 2008, a las 10:00 de la mañana, se personaron en las oficinas de L'ORÉAL cinco funcionarios de la CNC con el objeto de proceder a la mencionada inspección. Al llegar, los funcionarios de la Dirección de Investigación informaron a los representantes de L'ORÉAL del objeto de inspección que se iba a llevar a cabo y la forma de efectuarla, y se invitó a la representación de la entidad para que, de considerarlo oportuno, contara en el desarrollo de la misma con la presencia de Letrado. Así, a las 10:20 se presentó el Letrado interno, y media hora después acudieron varios abogados externos del bufete Freshfields Bruckhaus Deringer.

Quinto.- El Letrado interno de la empresa y Director de Asesoría Jurídica y Secretario del Consejo, firmó la recepción de los siguientes documentos:

- Mandamiento judicial autorizando a los funcionarios de la CNC la entrada en la sede social de las empresas investigadas.
- Orden de Investigación, de fecha de 10 de junio, expedida por el Director de Investigación.

- Notificación de incoación del expediente sancionador Ref. S0086/08, expedida por la Subdirectora de Cárteles y Clemencia.

Sexto.- La inspección se desarrolló hasta las diez de la noche. En este tiempo se procedió a entrevistar a varios altos cargos de la empresa, y a recopilar diverso material, tanto en formato papel como electrónico, en este último caso, realizando copias de los documentos que se consideró oportuno. Al finalizar la misma, se elaboró el acta de inspección, recogiendo el desarrollo de la misma. Este acta fue leída y firmada por el representante legal de la empresa.

Es práctica habitual que, una vez finalizada la inspección en la sede de la empresa, se dé a la misma un plazo común de diez días para que los asistentes legales de la misma puedan analizar qué documentos han sido copiados y/o trasladados, a fin de elaborar, en su caso, una lista de aquéllos que, por estar protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, por no tener relación alguna con el objeto de la investigación, o, en fin, por ser de carácter privado y personal, no tienen que encontrarse en poder de la CNC. En el momento de recibirse el recurso y las alegaciones, L'ORÉAL no había solicitado a la Dirección de Investigación la devolución de ningún documento.

Séptimo.- El 1 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de la Competencia, escrito de la representación legal de L'ORÉAL, en el que se formula recurso contra la actuación inspectora de la Dirección de Investigación realizada en el domicilio social de esta empresa. Este recurso encuentra su fundamento en el artículo 47 LDC.

Octavo.- Con fecha 1 de julio de 2008 se recibió el expediente en la Secretaría del Consejo de la CNC, asignando la denominación R/0005/08, L'ORÉAL. El día 2 de Julio de 2008, el Consejo acordó desestimar la petición de suspensión cautelar y, en consecuencia, continuar con la tramitación del procedimiento, por entender que no había peligro de violentar derechos fundamentales durante la tramitación del expediente objeto de la actuación inspectora recurrida hasta que se dictara la 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.

Además, se instó a la Dirección de Investigación a elaborar el correspondiente informe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del RDC.

Noveno.- Por acuerdo del Consejo de 17 de Julio de 2008 se puso de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que en el plazo de quince días hábiles a contar desde el 1 de septiembre formulen las alegaciones que estimen pertinentes. Con fecha de 18 de septiembre de 2008 han tenido entrada en esta CNC las alegaciones presentadas en nombre de L'ORÉAL, correspondiendo el expediente como ponente al Consejero D. Miguel Cuerdo Mir.

Décimo.- Los puntos expresados tanto en el recurso como en las alegaciones son los siguientes:

1. Sobre la recopilación y copia de documentos cuyo contenido no se encuentra dentro del objeto de la inspección.
2. Sobre la recopilación y copia de documentos protegidos por el secreto profesional y, en particular, la violación de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.
3. Sobre la recopilación y copia de documentos y datos de carácter privado.

Undécimo.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en la Sesión celebrada el día 1 de octubre de 2008.

Duodécimo.- Es parte interesada L'ORÉAL España, S.A., y su filial L'ORÉAL DIVISIÓN PRODUCTOS PROFESIONALES, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En relación con las alegaciones formuladas por la representación de L'ORÉAL debe hacerse una precisión terminológica. Los documentos a los que se refiere la empresa no fueron "incautados" como indica el recurrente, sino copiados en virtud del artículo 40.2.c LDC, y, como ya se ha indicado previamente, conocidos e identificados por el equipo de inspección, puesto que se deja a la empresa una copia cotejada de toda la información recabada durante la inspección. Por tanto, contrariamente a lo que el

recurrente afirma, no se ha privado a la empresa de los documentos, sólo se han copiado, dejando el original en poder de la misma, de acuerdo con las facultades de inspección indicadas expresamente en la Ley y para los funcionarios de la CNC debidamente autorizados.

PRIMERO.

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 (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. 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 las 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 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.

El primer punto que aborda el fondo de la cuestión se refiere a recopilación por parte de los funcionarios que llevaron a cabo la inspección, de documentos que se encontraban fuera del objeto de la inspección. Afirma el representante de L'ORÉAL en su escrito de alegaciones, que los poderes de

investigación de la Dirección de Investigación deben limitarse a la búsqueda de documentos que tengan relación con el objeto de la inspección.

Como consta en la Orden de Investigación, que fue presentada y firmada al comienzo de la inspección, la conducta colusoria de la que ha tenido conocimiento esta Dirección de Investigación tiene como objetivo principal la coordinación y/o la fijación de las condiciones comerciales de los productos de peluquería profesional fabricados por las principales empresas del sector mediante un intercambio de información entre todas ellas (...) Dichos acuerdos y/o prácticas concertadas podrían haber comenzado en la década de los ochenta y es probable que continúen en vigor (...) Además, la presunta conducta colusoria se habría llevado a cabo a partir del año 2004 en el marco de uno de los grupos de la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA).

A la vista de todo lo anterior, el objeto de la inspección fue 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.

El punto 1.5 del escrito de alegaciones, insiste en que el modo de proceder de la DI fue irregular, puesto que lejos de limitar la búsqueda de documentos al sector de la peluquería profesional, la Dirección de Investigación introdujo motores de búsqueda extraordinariamente amplios, como “precios” o “tarifa” en ordenadores de empleados de L'ORÉAL cuyas responsabilidades no cubren la peluquería profesional, sino que se refieren a otras divisiones del negocio.

Tal y como señala la Dirección de Investigación en su informe, no procede facilitar a la empresa inspeccionada los criterios específicos que empleó en su sistema de búsqueda de información, puesto que éstos derivan de la información reservada realizada por la DI, y que, obviamente, no puede ser facilitada a la empresa inspeccionada, puesto que de lo contrario, podría ponerse en peligro la investigación.

De otra parte, la aportación de los criterios específicos de búsqueda tampoco parece necesaria para la garantía de los derechos de las empresas inspeccionadas ya que, en cualquier caso, como queda recogido en el escrito de recurso (punto 1.7), el equipo de inspección no puso dificultad en que los

letrados externos asistieran a las actividades de búsqueda y recopilación de documentos, como queda de manifiesto al haber podido comprobarse por parte de éstos algunas de las palabras clave utilizadas, lo cual permite constatar, por tanto, como reconoce el recurrente, que los funcionarios estaban realizando búsquedas discriminatorias para tratar de limitar la información recabada durante la inspección.

El dato más relevante a tener en cuenta en este sentido, no obstante, es el hecho de que la actividad de investigación no termina, sino que comienza en el momento mismo en que se acude al domicilio de la empresa y se procede a la búsqueda de documentos que permitan, en su caso, comprobar la existencia de una infracción de las contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia. A nadie escapa el hecho de que, de existir documentos que acrediten dicha infracción, éstos difícilmente se encontrarán bajo un nombre que permita su rápida identificación, sino que, por el contrario, al tratarse en muchos casos de documentos secretos y clandestinos, será necesaria una búsqueda exhaustiva a fin de determinar, si, efectivamente, existen esos documentos y se produjeron los mencionados acuerdos en materia de precios u otras conductas contrarias a la libre competencia.

En consecuencia, es importante recordar que la recopilación y selección de documentos continúa en la CNC, con las garantías debidas para el respeto de la confidencialidad de la documentación registrada, cuando se procede a la verificación de la información recogida, y a la devolución de la documentación que no sirva al objeto de la investigación.

Un mecanismo que refuerza esta continuidad de la labor inspectora se encuentra en el plazo de diez días que se da a la empresa para que, de todos los documentos recopilados, elabore una relación de aquéllos que, a su juicio, no tienen relación con el objeto de la investigación. En este sentido, y como ya ha puesto de manifiesto en su informe la DI, la propia empresa manifiesta que ni tan siquiera en el plazo de diez días se han podido identificar aquellos documentos que no tenían relación con el objeto de la investigación. Con ello se está reconociendo, de alguna manera, lo correcto de la actuación inspectora al efectuar una copia de toda la documentación previamente seleccionada. Tal como se ha señalado en el antecedente sexto, hasta la fecha no se ha reclamado ni solicitado la devolución de ningún documento.

Debe destacarse, en todo caso, que durante esta labor de verificación posterior a la inspección los inspectores de la Dirección de Investigación

están sometidos tanto al genérico deber de secreto derivado de su estatuto funcional como al específico deber de secreto previsto en el art. 43 de la LDC.

En el punto 1.8 de las Alegaciones el recurrente afirma que ha habido arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos, vulnerando el artículo 103.1 de la Constitución.

En este punto debe señalarse, como ya se ha desarrollado en el apartado de los antecedentes, que en todo momento se siguió el procedimiento sancionador, tanto en lo que respecta a sus principios generales contenidos en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, como en la legislación específica, la Ley de Defensa de la Competencia y su Reglamento de desarrollo. Así, se presentaron todos los documentos justificativos de la actuación administrativa antes de dar comienzo a la inspección, se permitió la presencia en todo momento de los Letrados, y, finalmente, se confeccionó un acta que fue firmada por el representante de L'ORÉAL.

Por otra parte, la potestad sancionadora es una de las principales manifestaciones del denominado privilegio de autotutela administrativa, potestad ésta ampliamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y desarrollada en la doctrina. En particular, en lo que se refiere a la defensa de la competencia, con la entrada en vigor de la Ley 15/2007, y continuando con la experiencia acumulada en el ámbito comunitario en este campo, se ha tratado de dotar a la Administración Pública de mayores poderes de inspección y control.

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:

“22 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.

23 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.

24 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.”

Por todo ello no puede mantenerse que los inspectores se extralimitaron en su comportamiento o que llevaron a cabo actuaciones más allá de la cobertura legal que les ampara. Al contrario en todo momento según lo que deduce de las dos Actas y según información de la DI, los inspectores actuaron de manera diligente, ajustándose al procedimiento establecido, y dirigiéndose directamente a la finalidad encomendada. La proporcionalidad de la actuación de los inspectores puede acreditarse tomando en consideración el uso efectuado por los mismos de los poderes de inspección que la LDC les faculta a utilizar (art. 40.2 LDC). En ningún caso los inspectores hicieron uso de poderes previstos legalmente como el precinto de locales, libros y documentos u otros bienes de la empresa (art. 40.2 e) o la retención de libros o documentos durante un plazo de 10 días (art. 40.2 d) sino que por el contrario se optó por la obtención de copias de la documentación de la

empresa (art. 40.2 c), al considerar que esta facultad era la menos perjudicial para el funcionamiento normal de la empresa.

Todo lo anterior lleva a este Consejo a desestimar este motivo del recurso. No se puede decir que la búsqueda y copia de documentos por parte de los inspectores de la CNC haya sido, en modo alguno, indiscriminada, sino que la recopilación de todos estos datos ha sido proporcionada al deber legal de detección de las presuntas infracciones investigadas. Además, la actividad de selección de los datos que puedan servir, en su caso, para la instrucción del expediente sancionador, continúa más allá de la inspección domiciliaria, siempre con la intervención de los representantes de la empresa y garantizando los derechos de la misma y sus empleados. Por otra parte, no ha habido arbitrariedad en la actuación de la Administración, cuya función es, precisamente, ejercer la potestad investigadora para así mejor defender el interés público que subyace en la defensa de la competencia en el marco del libre mercado que establece nuestra Constitución. Por último, la pretensión de la parte recurrente de que la verificación de los documentos se supedite a que la empresa y/o sus representantes legales identifiquen aquellos ficheros que deben ser suprimidos de la documentación a examinar hace inútil la inspección, pues podría ocultarse la documentación comprometedoras por lo que podría convertirse, incluso, en una obstrucción de la labor inspectora, en la medida en que se utilizara este mecanismo para extraer del expediente aquellos datos que puedan probar la presunta comisión de infracciones.

TERCERO.

La segunda de las alegaciones de la parte recurrente se centra en el acceso por parte de la DI a documentos protegidos por la comunicación abogado-cliente, que vulnera el derecho fundamental de L'ORÉAL a una legítima defensa.

Con carácter general, debe afirmarse que el derecho fundamental a una legítima defensa contenido en el artículo 24 de la Constitución está articulado a través de diversos mecanismos. El desarrollo de este precepto se vino haciendo por vía jurisprudencial (fundamentalmente a través de las sentencias del Tribunal Constitucional) y, en relación al procedimiento administrativo sancionador, los mecanismos de garantía que derivan del artículo 24 CE son los siguientes:

- a. El derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos que se traduce, en el procedimiento administrativo, en el conocimiento de que se ha incoado un expediente sancionador y el contenido del mismo, previsto en el artículo 135 de la Ley 30/1992. Como consta en los documentos que obran en el expediente, este trámite se cumplió con la triple notificación (de la orden de investigación, del acuerdo de incoación del expediente sancionador y del mandamiento judicial), antes de dar comienzo a la inspección.
- b. Se reconoce, además, el derecho a un proceso legal y reglamentariamente determinado (artículos 49 y siguientes LDC). Todos los puntos de este procedimiento se han seguido hasta el momento en el caso que nos ocupa.
- c. El derecho a disponer de asistencia letrada desde el comienzo mismo de la actividad inspectora también se ha asegurado, ya que, como consta en el acta de inspección, los funcionarios de la CNC no comenzaron su actividad hasta que no estuvieron presentes tanto el Letrado interno de la empresa, como los abogados externos.
- d. También se ha respetado el derecho a formular alegaciones. Muy especialmente, al otorgar a la empresa un plazo de diez días para que analicen la lista de documentos de los cuales la CNC ha obtenido una copia, así como de cada uno de los documentos recabados, para poder establecer cuáles, en su caso, tienen carácter confidencial y/o no guardan relación con el objeto de la inspección. Pero sin duda este derecho se hará efectivo con la tramitación del expediente sancionador que prevé varios trámites de alegaciones antes de que este Consejo adopte la decisión correspondiente (art. 50 y siguientes de la LDC).

En lo que se refiere al reproche contenido en el hilo conductor de todas las alegaciones de este apartado, según el cual se ha producido un perjuicio irreparable, cabe hacer las siguientes observaciones.

Como se ha señalado anteriormente, la actividad de inspección da comienzo en el momento de la intervención de los documentos en el domicilio de la empresa, pero continúa más allá de ese momento, llevándose a cabo una selección de los documentos y prescindiendo de los que no sean necesarios para la actividad de instrucción del expediente. Como ha señalado la DI en su informe, el pretendido perjuicio irreparable sólo tendría lugar, en su caso, si se produjera revelación de dicha información o su uso para fines ilegítimos.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia 110/1984.

La propia LDC, en su artículo 43, obliga al deber de secreto a todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o intervención como parte.

Otro punto especialmente importante mencionado tanto en el recurso como en las alegaciones se refiere a varios documentos concretos a los que, según la parte recurrente, la DI tuvo acceso, y cuyo conocimiento vulneraría el derecho a la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente.

En el caso de la revisión del ordenador personal del Presidente no ejecutivo de L'ORÉAL, se identificó una presentación realizada por el bufete Gómez Acebo & Pombo para la Junta Directiva de Stanpa en octubre de 2007. Los abogados externos manifestaron que la DI no podía tener acceso a dicho documento por estar elaborado por un despacho externo, versar sobre materia de competencia y estar realizado para Stanpa, por lo que estaría protegido por el secreto profesional. Se accedió no obstante a fotocopiar la carátula de la presentación, incidente que quedó reflejado en el acta de inspección.

En consecuencia, en este punto no se vulneró en modo alguno el secreto profesional, puesto que no hubo acceso a dicho documento, como consta en el acta, y como han reconocido los recurrentes en la redacción de su escrito.

Tampoco se vulneró la confidencialidad en las relaciones abogado-cliente en lo que concierne al segundo documento controvertido, un informe de Cuatrecasas, sobre el que la propia empresa, en el punto 1.11 de los antecedentes de hecho de su escrito manifiesta lo siguiente: "Es importante destacar que, a petición del propio bufete Cuatrecasas, dicho Informe no fue circulado entre los asociados de Stanpa, entre los que se encuentra L'ORÉAL, precisamente para evitar que la multiplicación de ejemplares o copias del mismo y/o una circulación excesiva del Informe pudiera incrementar el riesgo hipotético de que éste perdiese el beneficio de la protección del secreto profesional. Se adjunta como Anexo nº 3 copia de la carta remitida por el despacho Cuatrecasas a la Directora General de Stanpa recalcando que el informe está protegido por el secreto profesional y recomendando limitar al máximo su circulación y no realizar copias del mismo".

Dado que la DI siempre ha respetado la confidencialidad de este tipo de documentos en cuanto ha tenido conocimiento de su carácter en cualquiera de las inspecciones relacionadas con este expediente puede afirmarse, en definitiva, que no se ha accedido ni a los documentos de Gómez Acebo & Pombo, ni al contenido del informe de Cuatrecasas, con lo que no se puede decir, en este sentido, que se haya vulnerado la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente.

A mayor abundamiento, la propia jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) en que se apoya el recurrente en sus alegaciones, sirve para argumentar la postura que se ha venido sosteniendo en esta Resolución en relación con la cuestión de la confidencialidad abogado-cliente.

En la Sentencia AKZO el Tribunal vino a decir que “la protección de las comunicaciones abogado-cliente tiene como finalidad evitar el perjuicio que para el derecho de defensa de la empresa afectada pueda suponer el hecho de que la Comisión adquiera conocimiento del contenido de un documento confidencial y de que dicho documento se incorpore irregularmente al expediente de la inspección”, confirmando por otra parte que “el hecho de que la Comisión adquiera conocimiento de un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del referido principio”.

De todo ello deduce la recurrente que los funcionarios de la Dirección de Investigación no están facultados para examinar ningún documento protegido por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, y que el mero hecho de que adquieran conocimiento del contenido de tales documentos causa perjuicios irreparables a la empresa afectada con independencia de que los documentos le sean devueltos en un momento posterior y no sean utilizados en su contra.

En la Resolución de 2 de julio de 2008, el Consejo de la CNC recordó, con carácter previo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, donde se señala a quién corresponde la titularidad del derecho al secreto profesional en las relaciones abogado-cliente: “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]”.

Asimismo el Consejo de la CNC destacó que, para analizar las alegaciones de la parte recurrente, referidas a la inmediata infracción del derecho de defensa derivada de la supuesta existencia en poder de la Dirección de Investigación de documentos que contienen comunicaciones entre abogados y cliente, era necesario tener en cuenta cómo se realizó la inspección cuestionada y en qué términos se estableció la forma de proceder, precisamente, para evitar la recogida de documentos que contuvieran comunicaciones abogado externo-cliente, verificando los documentos en los que se plasmó la actuación inspectora y la actuación posterior de la Dirección de Investigación.

En su Resolución de 17 de julio de 2008 el Consejo de la CNC señaló expresamente que “el que la Dirección de Investigación tenga en su poder determinados documentos que no pueden ser usados para fundar una imputación como autor de una infracción de la LDC, no quiere decir que se haya vulnerado un derecho fundamental. En nuestro ordenamiento jurídico la simple tenencia de información por un funcionario debidamente autorizado en ejercicio de una potestad atribuida por Ley no es constitutivo de vulneración de derecho fundamental, es necesario que además dicha información se dedique a fines ilícitos o se divulgue indebidamente”.

La STC 110/1984, que ya se ha citado anteriormente, afirma 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 y que siempre la decisión en un sentido o en otro debe darse caso por caso, atendiendo a las circunstancias peculiares de cada uno. Pero eso sí, sin que la simple negativa del inspeccionado suponga la enervación de las facultades de los inspectores. En este caso, resulta evidente que la documentación que se incorpore al expediente y sirva para fundar la imputación que, en su caso, pudiera hacerse, podrá ser valorada en su día por este Consejo y por los Tribunales que revisen su actuación, a efectos de determinar si efectivamente se encuentran protegidos por el secreto que exige el derecho a la defensa. No se puede desconocer que todos y cada uno de los elementos en que se apoye la imputación que pudiera hacerse tienen que tener su reflejo probatorio y éste puede ser objeto, en todo momento, de examen para verificar su licitud. Por otro lado, el inspeccionado cuenta con copia de todos los documentos que ha recabado la inspección de modo que siempre podrá controlar el uso que de ellos se haga en su contra, alegando, si procediere, su origen ilícito.

Esta interpretación en nada contradice la jurisprudencia de los Tribunales europeos (sentencia AZKO). Como afirma la recurrente esta jurisprudencia afirma que “el hecho de que la Comisión adquiera conocimiento de un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del referido principio” pero también exige de las partes interesadas la obligación de proporcionar a los agentes de la Comisión, sin necesidad de desvelar el contenido de los documentos de que se trate, “los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección legal”, como se desprende de los siguientes apartados de la citada sentencia (subrayado propio):

“79 (...) el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el caso de que una empresa sometida a una inspección con arreglo al artículo 14 del Reglamento nº 17 se niegue, invocando la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, a aportar, entre los documentos profesionales exigidos por la Comisión, la correspondencia intercambiada con su abogado, dicha empresa está obligada en todo caso a proporcionar a los agentes de la Comisión, aunque sin necesidad de desvelar el contenido de los documentos de que se trate, los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección legal (sentencia AM & S/Comisión, apartados 29 a 31).

80 Resulta, pues, que 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.

81 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.

82 Pues bien, tal como se indicó en el anterior apartado 79, de la sentencia AM & S resulta que 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 tienen un carácter confidencial que justifica su protección (apartado 29 de la sentencia). Por consiguiente, procede declarar que toda empresa que sea objeto de una inspección basada en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 tendrá derecho a negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar –incluso someramente– uno o varios documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad, 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 se lo explique, de manera motivada, a los agentes de la Comisión”.

Tal y como se ha señalado anteriormente, en el presente caso, cuando la empresa inspeccionada ha justificado que alguno de los documentos detectados tenía naturaleza de comunicación entre abogado y cliente la Dirección de Investigación ha renunciado a su incorporación al expediente.

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 otro orden de cosas, el punto 2.4 de las Alegaciones continúa diciendo que esta actuación por parte de la DI sin duda alguna vicia de nulidad la actuación de la DI durante las inspecciones llevadas a cabo en L'ORÉAL y en Stanpa.

El vicio de nulidad de la actuación administrativa se encuentra contemplado en el artículo 62 de la Ley 30/1992. Tras analizar las diferentes causas que pueden dar lugar a los actos administrativos, debe rechazarse esta alegación, por no darse el supuesto de hecho necesario, al haber estado la actuación inspectora amparada en todos sus aspectos por la normativa administrativa y, en particular, por la LDC.

La alegación contenida en el apartado 2.7 incide en el argumento de la indefensión causada por haberse denegado por el Consejo, en su Resolución de 2 de Julio de 2008, las medidas cautelares solicitadas por L'ORÉAL en su recurso.

A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que el recurso presentado por Freshfields Bruckhaus Deringer no solicitaba medidas cautelares, sino la suspensión del procedimiento seguido por la Dirección de Investigación, al amparo del artículo 54 LDC. En este sentido, debe señalarse que la norma general, contenida en el artículo 111 de la Ley 30/1992 es que la interposición de un recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado. Por su parte, en el artículo 54 LDC se habla de medidas cautelares, que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992 han de ser acordadas por el órgano competente para resolver (este Consejo), cuando sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. Sin embargo, en el presente caso se consideró, justificadamente, que no se daban los requisitos ni para suspender la tramitación del expediente sancionador, ni para adoptar medidas cautelares.

En las alegaciones contenidas en los puntos 2.8 y 2.9 se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, en cuyo Fundamento Jurídico 10º, se alude a la posible justificación de una negativa del contribuyente a facilitar determinados datos a la Administración, cuando esto suponga una violación del secreto profesional. El recurrente se apoya en esta doctrina constitucional para justificar la violación en este supuesto del secreto profesional por parte de la DI.

Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia citada se desprende que el supuesto de hecho no es análogo y, por tanto, no cabe la aplicación. El citado Fundamento Jurídico se refiere al caso en que una entidad bancaria es directamente requerida por las autoridades administrativas para obtener determinados datos económicos de los contribuyentes, a efecto de llevar a cabo una inspección en materia tributaria. No obstante lo anterior se pueden reproducir algunos párrafos de la citada Sentencia 110/1984, que desestimando el recurso de amparo presentado, afirma lo siguiente:

“Conviene recordar, en efecto, que, como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 7, y Sentencia 2/1982, de 29 de enero, fundamento jurídico 5 (...)) con arreglo a estos criterios 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, que no se refiere expresamente a las cuestiones planteadas en el presente recurso, establece que no se considerarán con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley (art. 8.1). Entiéndase que la Ley sólo puede autorizar esas intromisiones por «imperativos de interés público», circunstancia que se da en los supuestos aquí contemplados.”

En última instancia, y en esta misma sentencia, se afirma que el acuerdo sobre lo que en cada caso deba entenderse como comprendido dentro del secreto profesional no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto.

En conclusión, de los hechos obrantes en el expediente no se desprende que la DI haya tenido acceso efectivo a documentos que, procediendo de asesores externos de la empresa, puedan entenderse comprendidos en el ámbito del secreto profesional entre el abogado y el cliente. En cualquier caso, no puede afirmarse que se haya producido indefensión, desde el momento en que todos los trámites del procedimiento administrativo sancionador se han cumplimentado escrupulosamente. No puede hablarse, tampoco, de perjuicio irreparable, puesto que, aun en el caso de que parte de esa información pudiera haber sido, efectivamente, copiada por la DI, no

siempre tendría derecho a utilizarla, y, en última instancia, los funcionarios responsables de la tramitación de estos expedientes están vinculados por el secreto profesional.

CUARTO.

En el último punto, la parte recurrente se centra en el acceso por parte de la DI a documentos que pertenecen a la esfera privada de los empleados de L'ORÉAL, considerando que con ello se vulnera el derecho a la intimidad de los mismos.

Como se viene argumentando a lo largo de este escrito, la recopilación y copia de documentos en este tipo de inspección ha de ser lo más exhaustiva posible, siempre dentro de la proporcionalidad en relación con el objeto de la inspección, lo que hace posible que, involuntariamente, se produzca no sólo la copia de documentos ajenos al objeto de la investigación, sino incluso de documentos de carácter estrictamente personal.

El recurso menciona en su punto 3.6 las fotos privadas de algunos empleados, curriculum vitae o correos electrónicos con o de familiares de los empleados inspeccionados. Del recurso y las alegaciones se desprenden dos alegaciones distintas: primera, la titularidad por parte de las personas jurídicas, en este caso la empresa, de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, y, segunda, el derecho a la intimidad de los empleados.

En lo que se refiere a la protección de la intimidad de las personas jurídicas, es procedente recordar que el Tribunal Supremo ha afirmado con respecto a las mismas que éstas no gozan, con carácter general, del derecho fundamental a la intimidad. Además, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 1997, confirmada por STS 29 de octubre de 2001, establece que una persona jurídica carece de legitimación activa para instar la protección jurisdiccional del derecho fundamental a la intimidad de sus miembros o asociados, derecho de carácter personalísimo protegido por el artículo 18.1 de la Constitución. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de abril de 2003. Así se desprende también de la regulación contenida en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, cuando afirma que se trata de un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Este derecho fundamental se puede hacer valer por el titular del mismo.

A mayor abundamiento, existe un ulterior argumento que suprime la violación de este derecho por parte de la actuación inspectora de la Dirección de Investigación. Y es que esta pretendida agresión al derecho fundamental a la intimidad debe ser examinada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación con actuaciones inspectoras de las Administraciones Públicas, tiene establecido que el acceso o lectura de documentos que puedan contener datos que afecten a la zona más estricta de la vida privada no constituye en sí misma una infracción del derecho sino una posible vulneración futura y eventual, en la medida en que estos datos se revelen o se utilicen fraudulentamente violando la intimidad del inspeccionado. En este sentido se manifiesta la STC 110/1984, ya citada anteriormente.

En conclusión, este Consejo considera que debe desestimarse el tercer motivo del recurso, relacionado con la vulneración del derecho a la intimidad de la empresa y de sus empleados por los siguientes motivos: En primer lugar, L'ORÉAL no puede hacer valer una lesión de su derecho fundamental a la intimidad, puesto que carece del mismo. En segundo lugar, tampoco puede pretender hacer valer la eventual vulneración de un derecho a la intimidad de sus trabajadores, puesto que serían ellos, en su caso, quienes deban alegarlo. Finalmente, tampoco ellos podrían sostener que su derecho fundamental se ha vulnerado, en la medida en que los datos personales que se han recogido no van a ser utilizados ni divulgados en modo alguno, y que el funcionario que eventualmente tuviera acceso a los mismos tiene un deber inexcusable de sigilo, y ha de guardar siempre el secreto profesional.

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 L'ORÉAL España, S.A., y de su filial L'ORÉAL DIVISIÓN PRODUCTOS PROFESIONALES, S.A., en relación con la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de junio de 2008.

Comuníquese esta RESOLUCIÓN a la Dirección de Investigación y notifíquese a la parte interesada, haciéndoles saber que contra la misma no

cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo así acudir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación.