

**LA INSPECCIÓN EN DOMICILIOS Y LUGARES CERRADOS POR LAS
AUTORIDADES DE COMPETENCIA: REQUISITOS LEGALES Y
JURISPRUDENCIALES.**



María Ángeles Rodríguez Paraja

Vicesecretaria del Consejo de la CNMC

Centro de
Estudios
Jurídicos

CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

7 de marzo de 2022

RESUMEN.	3
1. DESARROLLO DE LAS INSPECCIONES.	4
1.1. HABILITACIÓN LEGAL .	4
1.2. ACTUACIONES INSPECTORAS.	5
1.2.1. Inicio.	5
1.2.2. Desarrollo de la inspección.	5
1.2.3. Terminación de la inspección y actuaciones posteriores.	7
1.2.4. Obstrucción a la inspección.	8
2. ASPECTOS CLAVE EN EL DESARROLLO DE LAS INSPECCIONES.	9
2.1. CUESTIONES PREVIAS.	9
2.1.1. Vías de impugnación y efectos.	9
2.1.2. Cuestiones competenciales de interés.	11
2.2. “FISHING EXPEDITION”. “EFECTO ÚTIL DE LA INSPECCIÓN”.	14
2.3. CONSENTIMIENTO PRESTADO POR LA EMPRESA.	17
2.4. METODOLOGÍA DE LA INSPECCIÓN.	20
2.4.1. Selección de documentos y criterios de búsqueda.	20
2.4.2. Documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente	21

RESUMEN.

La presente ponencia aborda el desarrollo de la actividad inspectora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia. Así se expone el proceso desde su fase de inicio hasta su finalización con la incorporación, en su caso, de los datos e informaciones obtenidos al correspondiente expediente sancionador. Tomando en consideración que la inspección es la actuación que con carácter general inicia el expediente, su legalidad es crucial para garantizar la viabilidad jurídica del procedimiento sancionador incoado posteriormente. De esta forma se hará un repaso identificando aspectos clave: la necesidad de especificar en la orden de investigación de forma clara el alcance, finalidad y objeto de la inspección, la necesidad de que el sujeto inspeccionado consienta la actuación inspectora con carácter previo y de forma expresa, la metodología inspectora, la documentación protegida por la confidencialidad abogado-cliente, etc. Todo ello se ilustra con la indicación de los casos más significativos, relatando asimismo la jurisprudencia europea y nacional aplicable más relevante.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1. DESARROLLO DE LAS INSPECCIONES.

1.1. HABILITACIÓN LEGAL

El artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) habilita al personal de la CNMC debidamente autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia a realizar inspecciones para la debida aplicación de la citada Ley. Con base en dicha disposición, la Dirección de Competencia es la encargada de realizar las inspecciones para asegurar el cumplimiento de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). El artículo 40 de la misma, modificado recientemente por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril¹, y el artículo 13 del Reglamento de Defensa de Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, completan el régimen jurídico aplicable a estas inspecciones que difieren de las realizadas en otros sectores económicos sometidos a la supervisión de la CNMC de acuerdo con lo estipulado por la LCNMC.

Las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que la persona titular de la Dirección de Competencia haya autorizado, así como a no obstruir el desarrollo de las mismas.

Los inspectores de la CNMC, personados en la sede de la empresa sometida a inspección, se identificarán y notificarán a la misma la correspondiente Orden de Investigación que incluirá, entre otros²:

- (i) la identificación de los inspectores que van a realizar la inspección,
- (ii) la empresa investigada,
- (iii) el objeto, alcance y su finalidad,
- (iv) fecha de la inspección,
- (v) los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección.
- (vi) las sanciones previstas en la LDC, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la CNMC.
- (vii) el derecho a recurrir contra la misma.

En relación con este último punto, procede indicar que la orden de investigación es recurrible ante la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en un plazo de 10 días desde su notificación de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la LDC. Tal precepto prevé un recurso especial contra las resoluciones y actos de la Dirección de Competencia que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

¹ Norma por la que se transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Directiva ECN+).

² Véase artículo 13.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

1.2. ACTUACIONES INSPECTORAS.

1.2.1. Inicio.

Las actuaciones inspectoras pueden iniciarse de distintas formas: por denuncia de empresa o particular (competidor, clientes, asociaciones, etc); ante una solicitud de clemencia por parte de una empresa implicada en un cártel; también por una investigación de oficio (motivada por un interés sobre el sector establecido en el Plan Estratégico de la CNMC³, noticias de prensa, etc); y finalmente se puede aportar información sobre prácticas anticompetitivas sin presentar una denuncia formal a través del “buzón de colaboración” de la CNMC.

Los inspectores autorizados tendrán la condición de Agentes de Autoridad y su actuación durante el curso de la inspección deberá guiarse por dos principios:

- (i) conforme al principio de proporcionalidad en el marco de la orden de inspección.
- (ii) tratarán de alterar lo menos posible el normal funcionamiento de la empresa durante la inspección.

El personal de la Dirección de Competencia podrá ir acompañado de expertos o peritos en las materias sobre las que verse la inspección, así como de expertos en tecnologías de la información y otros acompañantes.

La empresa puede ser asistida por abogados internos o externos. No obstante, la presencia de un abogado no será requisito necesario para el inicio de la inspección.

1.2.2. Desarrollo de la inspección.

De acuerdo con la LCMNC y la LDC, los inspectores podrán:

a) Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, en virtud de la correspondiente autorización judicial, así como al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, en virtud de la correspondiente autorización judicial.

b) Verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos.

c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

d) Retener estos libros y otros documentos por un plazo máximo de 10 días.

³ Véase en <https://www.cnmc.es/novedades/2021-05-18-plan-estrategico-2021-2026-y-plan-de-actuaciones-2021-2022-de-la-cnmc-388434>

e) Precintar todos 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, previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, en virtud de la correspondiente autorización judicial.

f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Complementando lo anterior y en cuanto al lugar donde podrán desarrollarse las actuaciones de inspección llevadas a cabo por la Dirección de Competencia, la LDC señala que podrán tener lugar:

a) En cualquier despacho, oficina o dependencia de la entidad inspeccionada.

b) En el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas y en cualquier otro despacho, oficina, dependencia o lugar, cuando exista una sospecha razonable de que en los mismos puedan existir pruebas o documentación relevante para los hechos objeto de inspección.

c) En los propios locales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando los elementos sobre los que hayan de realizarse las actuaciones puedan ser examinados en ellos o para analizar y realizar búsquedas y seleccionar copias o extractos de documentos recabados en el curso de una inspección domiciliaria.

Durante la inspección, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.6 de la LDC, se podrá examinar la información en formato papel y en formato electrónico existente en despachos, ordenadores y en cualquier otro soporte material o accesible desde la empresa inspeccionada que pueda contener información relacionada con los hechos objeto de investigación de empleados o directivos de la empresa, incluyendo discos duros portátiles, *pendrives*, *tablets*, *smartphones*, etc. Dicha documentación e información incluirá tanto la que se encuentre almacenada en los sistemas informáticos y dispositivos electrónicos de la entidad inspeccionada y del personal al servicio de la misma, como la que se encuentre alojada en sistemas, servicios informáticos o dispositivos proporcionados por terceros, sistemas y servicios de almacenamiento en la nube y toda aquella otra a la que tenga acceso la entidad inspeccionada.

Igualmente, durante las actuaciones se podrán realizar entrevistas al personal en relación con el objeto de la investigación.

El personal de la empresa deberá colaborar con los inspectores durante el procedimiento, entre otros, garantizando el acceso de los inspectores a la información y dispositivos que considere el equipo inspector que deben ser objeto de verificación, respondiendo a las preguntas de los inspectores a tal efecto e identificando aquella documentación que pueda afectar a su intimidad o a su derecho de defensa.

De esta forma y para evitar que los inspectores recaben documentación relacionada con la intimidad de las personas inspeccionadas o con comunicaciones abogado-cliente sujetas a confidencialidad, la empresa y sus trabajadores deberán colaborar con el equipo inspector poniendo en conocimiento dicha circunstancia e identificando la citada información para que

ésta no sea recabada. El equipo inspector solicitará expresamente dicha colaboración a la empresa para este propósito. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Durante el procedimiento de inspección se seleccionará aquella información, cualquiera que sea su formato, que se considere necesaria en virtud del objeto y finalidad de la Orden de Investigación. Para la selección de la documentación relevante en formato electrónico y con objeto de facilitar el proceso de análisis y selección de la información, se realizarán filtrados sucesivos para los que se utilizarán determinados criterios de búsqueda sobre la información inicialmente seleccionada contenida en los ordenadores, servidores y dispositivos de la empresa que el equipo de inspección considere relevantes. Dichos criterios de búsqueda serán facilitados a la empresa al finalizar la inspección.

1.2.3. Terminación de la inspección y actuaciones posteriores.

Finalizada la inspección, los inspectores harán copia de la información seleccionada que consideren necesaria en relación con el objeto y finalidad marcada en la Orden de Investigación. La documentación de la empresa copiada inicialmente y no seleccionada durante las distintas fases de filtrado será entregada a la empresa o destruida. En el caso de los archivos digitales no seleccionados, éstos serán borrados de forma segura de los dispositivos electrónicos de la CNMC.

Al finalizar la inspección el equipo inspector levantará acta de la inspección. El acta tendrá naturaleza de documento público, será firmada por los funcionarios de la CNMC y por la persona ante la cual se haya realizado la inspección o, en caso de que esta no se encontrara presente en el momento de la firma, por la persona a quien autorice para ello. La negativa de estas personas a firmar el acta no impedirá que ésta, una vez firmada por dos funcionarios autorizados, tenga valor probatorio. Al acta se adjuntará la relación de los documentos de los que se haya obtenido copia, así como un ejemplar de la misma, y, en su caso, la relación de aquellos documentos que hayan sido retenidos y trasladados temporalmente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el personal inspector, cualquiera que sea su soporte material. La documentación retenida será trasladada a las dependencias de la CNMC que la mantendrá en su poder por un plazo máximo de 10 días, transcurrido el cual será devuelta a la empresa. El personal inspector expedirá una copia del acta y de los demás documentos anexos a la misma a los afectados.

Toda la información recabada durante la inspección será declarada cautelarmente por la Dirección de Competencia como confidencial. En caso de que la información recabada en una inspección sea incorporada a un expediente sancionador, dicha incorporación será notificada a la empresa, que podrá solicitar la confidencialidad de aquellos datos o documentos que considere pertinentes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 de la LDC y 20 del Reglamento de Defensa de la Competencia⁴.

⁴ Así el citado artículo 20 señala: “Cualquier persona que presente documentos ante la Comisión Nacional de la Competencia, al solicitar la confidencialidad de datos o informaciones, deberá hacerlo de forma motivada ante el órgano competente en el marco de la tramitación del

Esta información mantendrá su carácter confidencial en tanto no se resuelva la solicitud de confidencialidad por la CNMC. Contra los actos que resuelvan cuestiones de confidencialidad podrá interponerse recurso ante la Sala de Competencia de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la LDC.

Es de interés citar aquí la Guía de la CNMC de 4 de junio de 2020 sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007. Se trata de unas directrices que orientan a empresas y demás interesados cuando solicitan a la CNMC que declare confidenciales determinados datos o documentos aportados por ellos en los procedimientos en materia de defensa de la competencia. La guía recoge la doctrina y la jurisprudencia establecidas en los últimos años. De hecho, en los últimos años numerosas resoluciones de la CNMC y de sus predecesores CNC y TDC así como sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo han tratado aspectos de la confidencialidad de datos o documentos en los expedientes de competencia.⁵

La documentación recabada durante la inspección que no sea finalmente incorporada al expediente será devuelta a la empresa o destruida cuando se considere que no es relevante en relación con los hechos objeto de la investigación.

1.2.4. Obstrucción a la inspección.

La empresa deberá colaborar con los inspectores durante el procedimiento, garantizando el acceso a la información y dispositivos que se considere que deben ser objeto de comprobación.

El artículo 62.3 c) de la LDC califica como infracción grave la obstrucción a la labor inspectora por cualquier medio, calificando como obstructivas las siguientes conductas:

1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, los libros, documentos o cualquier otra información solicitada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de un requerimiento de información o una inspección.

2.º No comparecer, no someterse a una entrevista o responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de forma incompleta, inexacta o engañosa.

expediente en cuestión, y deberá presentar, además, una versión no confidencial de los mismos”.

⁵ Cabe citar, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 (SAN 5386/2011), Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 (SAN 5386/2011), Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2016 (SAN 1654/2016), Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (ATS 699/2007) y Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 (STS 236/2018).

3.º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de lo previsto en el artículo 40.5.f) de la LDC, o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.

4.º Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de una inspección.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC, en caso de existencia de éstas u otras circunstancias que denoten una obstrucción por cualquier medio de la labor inspectora, la CNMC abrirá el oportuno expediente sancionador de manera separada al expediente principal, pudiendo sancionar con hasta el 5% del volumen de negocios total mundial de la empresa en el año anterior, sin perjuicio de la multa que pueda imponerse en el expediente principal.

2. ASPECTOS CLAVE EN EL DESARROLLO DE LAS INSPECCIONES.

2.1. CUESTIONES PREVIAS.

2.1.1. Vías de impugnación y efectos.

Antes de iniciar el análisis de los aspectos claves en el desarrollo de las inspecciones, cabe tomar en consideración una serie de cuestiones, partiendo de las distintas formas de impugnación de la inspección en vía administrativa y judicial. En primer término, la posibilidad impugnatoria de la inspección de forma aislada y/o conjunta con la resolución sancionadora que ponga fin al procedimiento, así como los efectos que despliega la nulidad declarada en aquélla sobre ésta. En segundo lugar, procede indicar que las inspecciones obrantes en un expediente pueden provenir de la autoridad autonómica de competencia lo que puede presentar algunas peculiaridades que merecen ser apuntadas. Todo ello a la vista de la casuística acontecida y sin perjuicio también del cauce impugnatorio contra la orden judicial de entrada que pueda concurrir.

Las inspecciones realizadas por la CNMC pueden ser impugnadas por varias vías. En vía administrativa tenemos que recordar el recurso especial previsto en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia al que nos hemos referido ya anteriormente. En cuanto a la impugnación judicial en vía contencioso-administrativa, se puede acudir a la vía ordinaria pero también es frecuente acudir al procedimiento especial en materia de derechos fundamentales previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Nótese aquí los principales derechos fundamentales pueden verse afectados: la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. (art. 18 CE).

Una vez apuntadas las vías, procede decir que el afectado puede impugnar la inspección en primer término lo que originará un *recorrido* vía artículo 47 de la LDC y posterior procedimiento judicial y también puede impugnar la resolución sancionadora que ponga fin al expediente en el que sin duda esgrimirá los eventuales vicios de los que pudiera adolecer el procedimiento inspector llevado a cabo. Esto generará otro *recorrido* de forma paralela aunque evidentemente será posterior al primero. Dado que la inspección es la actuación que con carácter general inicia el expediente, su legalidad es crucial para garantizar la viabilidad del expediente sancionador posteriormente.

Ilustramos esta cuestión con dos casos.

El primero: **UNESA y asociados (S/019/09)**. En esta ocasión, UNESA recurrió la orden de inspección al amparo del artículo 47 de la LDC, recurso que fue inadmitido por la CNC lo que dio lugar al primer procedimiento judicial. Los interesados recurrieron también la posterior decisión sancionadora.

Aquí el Tribunal Supremo comenzó declarando en su sentencia de 10 de diciembre de 2014, que *“el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso la Orden de inspección- enjuicie ésta en su integridad”*.

Más adelante el pronunciamiento anula la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, por haberse dictado con vulneración de los artículos 18.2 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio), 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia, puestos en relación con el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

Por otra parte, como indicábamos se recurrió también la resolución sancionadora de 13 de mayo de 2011. Aquí la Audiencia Nacional⁶ estimó el recurso anulando la resolución de la CNC al entender que el procedimiento había caducado en el momento de dictarse y notificarse la resolución sancionadora. A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo que anula la inspección y señala:

“ La estimación de dicha alegación haría innecesario el análisis de las demás cuestiones planteadas, no obstante, debe ponerse de manifiesto que el Tribunal Supremo con fecha 10 de diciembre de 2014 ha dictado sentencia en el recurso de casación 4201/2011 interpuesto por UNESA, contra sentencia de esta Sección de 2 de junio de 2011 y anula el acuerdo de la CNC de 14 de diciembre de 2009 (expediente R/0030/2009) que inadmitió el recurso interpuesto contra la Orden de Investigación de la DI de 2 de noviembre de 2009, anulando asimismo la referida Orden de Investigación y la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de Unesa”.

A continuación, señala: *“Por tanto declarada nula la Orden de Investigación deviene invalido todo el procedimiento llevado a cabo por la DI y por la CNC, en cuanto trae causa de la misma, ya que no consta la existencia de otras inspecciones domiciliarias, pues el pliego de concreción de hechos tiene como base probatoria el material obtenido en la inspección realizada en la sede de UNESA y que ha resultado anulada por la sentencia del TS antes citada. El material probatorio utilizado para la imputación de hechos realizada a la actora, deriva de la citada inspección, por lo que procede estimar el presente recurso sin que quepa hacer pronunciamiento alguno sobre el resto de cuestiones planteadas por la actora”*.

Por tanto, en el presente caso la declaración de nulidad de la Orden de investigación vició el expediente posterior.

El segundo caso: comprende dos expedientes el relativo **a precios de combustibles de automoción S/474/13 y el relativo a redes abanderadas S/484/13**.

Las inspecciones se realizaron de la siguiente forma: con fechas 27 y 28 de mayo de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de REPSOL S.A., DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A., MEROIL S.A., y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES

⁶ Véase por ejemplo Sentencia de 25 de marzo de 2015 (rec. 237/2011).

PETROLÍFEROS, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013. Con fechas 22 a 24 de julio de 2013, fueron efectuadas inspecciones en las sedes de BP ESPAÑA, S.A. y CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A.), de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación de 19 de julio de 2013. Posteriormente con fecha 29 de julio de 2013 se procedió al desglose del expediente 474/13, en dos expedientes, el S/474/13 y el S/484/13. Por tanto, las inspecciones fueron base común para ambos expedientes.

El resultado de la revisión jurisdiccional determinó la nulidad del expediente relativo a redes abanderadas S/484/13. Nulidad en la que fue determinante la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 (rec. 5326/2017 DDF) a la que luego nos referiremos en el apartado 2.3 que declaró la nulidad de la inspección realizada en la sede de REPSOL por vicio en el consentimiento obtenido. Dicha sentencia propició las posteriores sentencias anulatorias: Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2021, (rec. 640/2015), las Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2020 (rec. 612/2015, 632/2015, 641/2015).

Distinta suerte corrió el expediente relativo a precios de combustibles de automoción S/474/13, dado que aquí la Audiencia Nacional consideró que, a pesar de la nulidad declarada de la inspección efectuada en la sede de REPSOL, constaban otras diligencias que permitían soportar la conducta infractora, lo que contribuyó a declarar la conformidad a derecho de la resolución sancionadora, sin perjuicio de la necesidad de *recálculo* de la sanción impuesta.

Efectivamente, Audiencia Nacional indica⁷ *“La aplicación de esta doctrina al presente recurso significa que nada de lo encontrado en la ilícita entrada en la sede de REPSOL podrá ser utilizado como elemento incriminatorio para soportar la sanción impuesta. Esto no excluye que consten otras diligencias o intervenciones llevadas a cabo por la CNMC, desvinculadas de aquella entrada, en las que sí se pudiera justificar la conducta infractora. Es decir, porque la inspección en la sede de REPSOL y todo lo allí intervenido haya sido confinado extramuros del procedimiento sancionador, no se tienen que descartar otros elementos de prueba no contaminados por aquella ilícita actuación de la Administración, siempre que concurra la desconexión de antijuridicidad.*

Podemos anticipar que sí existen otros elementos incriminatorios y se da esta desconexión. Como tendremos ocasión de analizar más adelante, la carga incriminatoria en la que la CNMC sustenta el acuerdo se centra en la documentación hallada en la sede de CEPSA, diligencia de investigación que no ha sido ni anulada ni cuestionada”.

2.1.2. Cuestiones competenciales de interés.

Terminamos este apartado con la referencia a las cuestiones que se pueden derivar de la realización de inspecciones por parte de las autoridades de defensa de la competencia

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (rec. 222/2015) de fecha 12 de noviembre de 2020, Sentencia de la Audiencia Nacional (rec. 208/2015) de 17 de diciembre 2020, Sentencia de la Audiencia Nacional (rec. 223/2015) de 4 de diciembre de 2020, Sentencia de la Audiencia Nacional (rec. 176/2015) de 14 de diciembre de 2020, Sentencia de la Audiencia Nacional (rec. 225/2015) de 17 de diciembre de 2020.

autonómicas y la incidencia que las mismas pueden tener en las resoluciones sancionadoras que adopte finalmente la CNMC. Estos aspectos los podemos ilustrar con un tercer caso **COMBUSTIBLES SÓLIDOS. (S/DC/0620/17).**

La Autoridad Vasca de Competencia (AVC) llevó a cabo una serie de inspecciones en las sedes de TORO y BETOZA S.A. (TORO) y FELIX DE INCHAURRAGA S.L. (FISL) en relación con un expediente iniciado de oficio por esta Autoridad con el objeto de analizar las conductas llevadas a cabo en el mercado de la comercialización de coque metalúrgico en Bizkaia. De la información recabada, la AVC dedujo que la competencia para conocer del caso era de la CNMC, dando como resultado la incoación por este organismo del citado expediente S/DC/0620/17 COMBUSTIBLES SÓLIDOS.

Las empresas solicitaron la nulidad de la orden de investigación de la AVC por la que se realizó inspección en su sede por dictarse sin comunicarse previamente la denuncia recibida a la CNMC y sin realizar la asignación a la autoridad competente conforme al artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Así las empresas recurrieron el auto judicial (51/2016), de 27 de junio de 2016, que autorizaba la inspección a la AVC. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ PV), de 28 de diciembre de 2016 (rec. 842/2016) confirmó la necesidad y proporcionalidad de la medida de injerencia domiciliaria.

También se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la orden de investigación y la actuación inspectora (rec. 718/2016). En la sentencia de 30 de abril de 2018, el TSJ PV confirmó la orden de investigación por dejar claro qué es lo que se buscaba y señalando que no hay lugar a valorar el contenido de la denuncia más allá de su suficiencia para fundar la sospecha de infracción.

Analizando ya la actuación inspectora, respecto al exceso competencial de la AVC, señala la sentencia que la competencia de la CNMC se advierte a resultados de la inspección realizada y no antes. La información recabada posteriormente no es indicativa de la falta de competencia *ab initio* de la AVC, ni de una errónea definición del ámbito territorial de la inspección en la orden de investigación. A tal efecto solo podrá valorarse la información con la que contaba entonces la AVC y el denunciante solo efectuó una única referencia geográfica a la Comunidad Autónoma Vasca. También señala la sentencia que, si los funcionarios hubieran accedido a documentos en soporte papel o electrónico referidos a un ámbito superior al autonómico, ha de entenderse fruto de un *hallazgo casual*. Los argumentos de esta sentencia fueron reiterados posteriormente en la sentencia de 12 de marzo de 2019 (rec. 1549/201).

En sede casacional, el Tribunal Supremo inadmitió un recurso por providencia de 10 de diciembre de 2018 del Tribunal Supremo (rec. 6051/2018). Más adelante admitió otro (ATS rec. 3997/2019), que culminó con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 2020, que fue conocida por la CNMC durante la tramitación de la fase de resolución del presente expediente, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirmando, con ello, la sentencia del TSJ PV.

En concreto, el Tribunal Supremo fija los siguientes criterios interpretativos:

En los supuestos de denuncia o noticia de una práctica o conducta que presente características de prohibida por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, en los que se acuerde una investigación reservada con la finalidad de confirmar o completar los indicios racionales de

la infracción denunciada o advertida de oficio y el órgano competente para decidir el archivo o la incoación del procedimiento sancionador, el incumplimiento por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas de la obligación de notificación al Servicio de Defensa de la Competencia, establecida por el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, no determina por sí mismo la nulidad de pleno derecho de lo actuado en dicha información reservada, sino que la apreciación de la nulidad de pleno derecho exige la concurrencia de alguno de los supuestos descritos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (hoy artículo 47.1 de la Ley 39/2015).

El mismo artículo 2.1 de la Ley 1/2002 admite que los órganos competentes de las comunidades autónomas realicen alguna actividad de comprobación, antes de remitir remitan al Servicio de Defensa de Competencia la notificación e indicación del órgano que consideren competente, cuando se trate de conductas detectadas de oficio “respecto de las que existan indicios racionales de infracción”, pues la apreciación de la existencia de esos indicios racionales de infracción puede precisar una actividad de comprobación, similar a la que se desarrolla en la actividad reservada del artículo 49.2 de la LDC.

No obstante los anteriores razonamientos sobre la imprecisión de la norma legal no pueden justificar la existencia, en este caso, de un notable retraso en la notificación por la AVC al Servicio de la Competencia de la denuncia con indicación del órgano que considere competente, apreciable desde la presentación de la denuncia y también desde la realización de la investigación domiciliaria, ya que dicha investigación en el domicilio de la empresa recurrente fue de fecha 30 de junio de 2016 y el escrito de la AVC al Director de Competencia de la CNMC, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, acompañado de la denuncia y documentación obtenida en la inspección, con la apreciación sobre la competencia de la CNMC, es de fecha 7 de julio de 2017.

Ahora bien, como antes indicamos, el retraso o demora no es equiparable, a los efectos del motivo de impugnación que examinamos, a la omisión del trámite, debiendo tener también en consideración la Sala que la notificación sobre la denuncia y el órgano competente se realizó por la AVC al Servicio de Defensa de la Competencia con carácter previo a cualquier decisión sobre el fondo del asunto, e incluso con anterioridad a la decisión sobre el archivo o la incoación del procedimiento sancionador, sin que tampoco hubiera lugar a acudir a las reglas de resolución de conflictos del artículo 2 de la Ley 1/2002.”

Avala en este caso por tanto el TS que las actuaciones llevadas a cabo por la AVC en el ámbito de sus competencias se realizasen sin que hubiese mediado con anterioridad a las mismas el trámite de notificación a la Dirección de Competencia de la CNMC, dado que esta notificación fue realizada con carácter previo a cualquier decisión sobre el fondo del asunto y sin que tampoco hubiera lugar a acudir a las reglas de resolución de conflictos del artículo 2 de la Ley 1/2002.

Como señala también la sentencia del Tribunal Supremo, el auto judicial confirmado en apelación por la sentencia del TSJ PV, de 28 de diciembre de 2016, es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de las empresas y se ha cumplido de esta manera la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda apreciarse, por tanto, la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Por tanto, los pronunciamientos judiciales confirmaron la actuación inspectora de la AVC en las sedes inspeccionadas, sin que procediera, consecuentemente, que fueran aceptadas por la CNMC en su resolución sancionadora de 22 de diciembre de 2020 ninguna de las

alegaciones de las empresas en relación con la prueba obtenida las inspecciones. No obstante, la citada resolución no es firme al haber sido recurrida en vía contencioso-administrativa.

2.2. “FISHING EXPEDITION”. “EFECTO ÚTIL DE LA INSPECCIÓN”.

La necesidad de especificar de forma clara el alcance, finalidad y objeto de la inspección constituye un aspecto clave del proceso como ya hemos señalado en el apartado 1.1. En los extremos de esta cuestión nos movemos desde la vedada práctica de la “pesca de pruebas” de prácticas anticompetitivas o “fishing expedition” (búsquedas genéricas o búsquedas indiscriminadas de datos⁸) a la necesidad de preservar el llamado “efecto útil” de la inspección.

La jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados “objeto y finalidad de inspección” que legitiman la misma. Una motivación excesivamente sucinta, vaga y genérica no cumplirá con los estándares exigidos como veremos a continuación.

Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04), señala:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección.

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".

Abundando en esta cuestión, la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información

⁸ Laguna de Paz, “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia 2009”.

que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador, de aquélla que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *“Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas”*.

En igual sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T- 448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *“El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)”*.

Por ello, no es preciso que la CNMC traslade al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En ese sentido y como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *“El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)”*.

Aplicando la doctrina anterior a casos concretos, podemos ilustrar la cuestión con dos ejemplos:

El caso **UNESA y asociados**, en el que la Orden de investigación fue anulada por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 ya antes referida, donde el Tribunal señaló:

“Pues bien, fácilmente se constata que la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, que era objeto de impugnación en el proceso de instancia, no contiene las especificaciones mínimamente exigibles. La Orden de Investigación se limita en realidad a citar la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de la misma fecha -2 de noviembre de 2009- de la que reproduce un párrafo en el que se advierte acerca de "... la necesidad de extremar la vigilancia sobre la posible coordinación de comportamientos competitivos que en el seno de UNESA pudiera darse entre sus asociados por si pudieran ser en su caso constitutivos de infracción de la normativa de competencia"; y se indica que, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de la Asociación UNESA y sus asociadas, así como los hechos referidos en la mencionada Resolución (del Consejo), la Dirección de Investigación "...considera que las empresas asociadas en UNESA podrían haber coordinado sus estrategias y comportamientos competitivos a través del vínculo que les otorga su pertenencia a dicha asociación, y que dicha coordinación podría abarcar, en general, todos los ámbitos de actividad de estas empresas en el sector eléctrico en España". Vemos así que, salvo la genérica referencia a una posible coordinación de estrategias empresariales aptas para producir efectos restrictivos sobre la competencia, nada se especifica en la Orden de Investigación sobre el objeto y la finalidad de la inspección que allí se acuerda, o, por utilizar la expresión de la STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P) antes citada, nada se concreta en la Orden acerca de qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación.

Este caso puede contraponerse a la inspección realizada en la sede de la empresa **Philip Morris Spain S.L. (S/DC/607/17Tabacos)**, cuya orden de investigación fue validada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 2021 mediante la que se desestima el recurso interpuesto contra la inspección.

“En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de actuaciones en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, desde al menos 1998, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado; los sujetos investigados (PHILIP MORRIS SPAIN S.L.); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial de las empresas investigadas, cualquiera que sea su soporte material), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de conductas anticompetitivas en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.”

2.3. CONSENTIMIENTO PRESTADO POR LA EMPRESA.

El consentimiento prestado por la empresa y en particular la forma de recabar el mismo por los inspectores actuantes son aspectos esenciales para determinar la conformidad a derecho de la inspección. Resulta necesario que el consentimiento del inspeccionado se proporcione con plenitud de conocimiento sobre aquello que se va a realizar.

Para empezar el análisis de esta cuestión, procede referirse a la interpretación que ha de darse al artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia en su redacción original. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015 señala.

« no es acertado entender que la expresión "en su defecto" contenida en el artículo 40.2 de la Ley de Defensa de la Competencia supone que necesariamente ha de intentarse la entrada con carácter voluntario antes de solicitar la autorización judicial. La locución tan sólo supone que, de no haber consentimiento, éste puede ser suplido por la autorización judicial, no que exista una suerte de procedimiento en fases sucesivas».

Corresponde pues a la Autoridad actuante decidir el procedimiento de actuación más adecuado a la hora de llevar a cabo una inspección en el domicilio de una empresa; de manera que la petición al Juez no tiene por qué haber venido precedida por el intento infructuoso de entrada consentida, pero, a la inversa, tampoco la Ley exige que necesariamente se haya de solicitar la autorización judicial con carácter previo al intento de entrada consentida por el representante de la empresa.

Serán las circunstancias de cada expediente de investigación, casuísticamente consideradas, las que determinen la opción por una u otra vía, o por ambas de forma sucesiva.

Una vez sentado lo anterior ha de precisarse que el consentimiento tiene que ser (i) previo y (ii) expreso. Esto es que ha de producirse antes del inicio material de las actuaciones inspectoras. La mera comparecencia en el domicilio de la empresa para comunicar la decisión de llevar a cabo una inspección (y recabar el consentimiento correspondiente) no es por sí misma un acto de inspección sino un acto lógico y cronológicamente anterior a la inspección, que tiene por objeto precisamente informar de la realización de la inspección y pedir el consentimiento para la entrada en el domicilio de la empresa afectada. Será una vez obtenido ese consentimiento cuando la inspección propiamente dicha comience.

En este sentido, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha referido al "derecho de oposición" de las empresas sometidas a inspección (sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2013, asunto T-289/11 y acumulados); derecho contemplado a nivel comunitario en el artículo 20, apartados 6º y 7º, del reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Así para que ese derecho de oposición sea funcional y eficaz, es imprescindible que al sometido a inspección se le facilite, con carácter previo a la obtención del consentimiento, información suficiente sobre las características de la infracción objeto de sospecha y sobre el modo en que la empresa inspeccionada está implicada en ella; pero también es necesario que se le faciliten otros datos que -reiteramos- sin llegar a comprometer irreversiblemente el efecto útil de la actividad inspectora pretendida, resulten relevantes, atendidas las circunstancias peculiares del caso, para formar su criterio sobre el consentimiento que se le pide.

Por otra parte, para demostrar que el consentimiento ha sido expreso puede entenderse que dicho requisito se cumple cuando: (i) consta fehacientemente (por haberse dejado constancia en el acta) que la empresa ha sido debidamente informada sobre el contenido y finalidad de la inspección antes de su inicio, (ii) que se ha franqueado sin reservas el paso a los inspectores, (iii) que se ha colaborado activamente con ellos en el desempeño de su labor, y (iv) que se ha firmado el acta correspondiente sin protestas o salvedades. Es la propia suscripción del acta, en la que figura que la empresa ha sido convenientemente informada antes del inicio de la inspección y ha facilitado materialmente las actuaciones subsiguientes, la que demuestra que el consentimiento se ha obtenido.

En definitiva, es necesario que haya constancia fehaciente de que la empresa ha permitido la entrada con plenitud de conocimiento. Tal y como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de junio de 2015 (recurso de casación 1407/2014) *“el consentimiento expreso sólo puede entenderse válidamente emitido cuando el mismo se presta previa ilustración del contenido y circunstancias de lo que se pretende llevar a cabo, o lo que es lo mismo, del objeto y finalidad de la inspección, pues si con carácter general mal se puede consentir aquello cuya trascendencia se desconoce o se desfigura, más aún será así cuando lo que se pretende realizar es una actuación invasiva del recinto protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*.

Jurisprudencialmente destacamos por su interés la siguiente casuística:

El primer caso conocido como **MONTIBELLO** en el marco de un cartel en el sector de la peluquería profesional. En este caso, la inspección no puso de manifiesto a la empresa inspeccionada que había auto judicial denegatorio de la entrada. Tomando esta circunstancia en consideración el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de junio de 2015 anula la inspección, señalando lo siguiente.

“era una exigencia de buena fe no ocultar ese dato a la empresa y no proceder como si nunca se hubiera pedido autorización judicial y nunca se hubiera denegado dicha solicitud”.

“puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida”.

“En definitiva, la ocultación del dato indicado, que era relevante determinó que el consentimiento dado por la empresa entonces inspeccionada y ahora viciado, pues con carácter general es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (ex art.1265 CC)”

El segundo caso, el asunto **REPSOL** en el expediente ya comentado anteriormente, relativo a intercambio de información en precios de combustibles de automoción:

En este caso, las circunstancias que rodearon la prestación del consentimiento fueron las siguientes: Ante la pregunta de los abogados de la empresa inspeccionada, la jefe de equipo inspector respondió que *“no está autorizada a revelar la citada información”*. En este caso no se había solicitado autorización judicial de la entrada en domicilio.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 17 de septiembre 2018 aplica la doctrina anterior fijada en MONTIBELLO, señalando que:

“La elusiva respuesta que la jefe de la unidad inspectora dio a esa pregunta (“no está autorizada a revelar la citada información”) se aparta claramente de aquellas pautas a las que acabamos de aludir de lealtad, buena fe y transparencia en la actuación administrativa. Y, desde luego, no cabe excluir que la ocultación de ese dato relevante tuviese incidencia, o fuese incluso determinante, en la prestación del consentimiento que a continuación otorgó el responsable de la empresa inspeccionada.”

“Bien puede decirse entonces que el consentimiento dado por Repsol estuvo viciado, pues, como señalábamos en nuestra sentencia antes citada de 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014), si con carácter general es nulo el consentimiento presentado por error, violencia, intimidación o dolo (artículo 1265 del Código Civil), debe entenderse que también es nulo el consentimiento obtenido ocultando un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita”.

Por último, destaca el caso **ALTADIS**, inspección efectuada en relación con una práctica de intercambios de información en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, antes nos hemos referido a la inspección efectuada en la sede de PHILIP MORRIS en el marco de este mismo expediente.

Mediante [sentencia de 20 de mayo de 2021, recaída en el procedimiento ordinario 506/2017](#), la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso interpuesto por ALTADIS, S.A., IMPERIAL TOBACCO SPAIN, S.L, TABACALERA, S.L. y ALTADIS CANARIAS, S.A., contra la Resolución de la CNMC de 18 de mayo de 2017, recaída en el Expediente R/AJ/021/17 ALTADIS. La sentencia estima que concurre vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por estar viciado el consentimiento prestado por el representante de las recurrentes que firmó el “recibí” de la Orden de Investigación, sin haber sido previamente informado acerca de la existencia o inexistencia de un mandato judicial que amparara la Inspección.

La Audiencia Nacional señala que es un hecho no controvertido -apartado (37) del Acta de Inspección-, que los abogados externos de las recurrentes insistieron también en que se les informara de cualquier circunstancia que hubiera de ser puesta de manifiesto (antes del inicio de la inspección) en relación con la existencia de un mandamiento judicial, limitándose a indicar el equipo inspector que no había auto denegatorio de entrada, y que, a continuación el representante de las empresas firmó la Orden de Investigación accediendo a la práctica de la inspección.

Para dar respuesta a esta cuestión la AN trae a colación las Sentencias del Tribunal Supremo que hemos mencionado antes, resolviendo que *“la ocultación del dato indicado, dada*

su relevancia, determina que el consentimiento dado por la empresa entonces inspeccionada quedase viciado, pues con carácter general es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (ex art.1265 CC), y debe entenderse que es también nulo el consentimiento obtenido sin haber sido informado de un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita" y señala que tales consideraciones son enteramente trasladables al presente caso.

En este sentido manifiesta la Sala que no puede considerarse conforme a las pautas de lealtad, buena fe y transparencia exigibles a la actuación administrativa la ocultación de un dato sin duda relevante para la empresa inspeccionada, como es el relativo a si los inspectores habían solicitado autorización judicial para la entrada y, en definitiva, si el juez había dictado un auto autorizando la entrada en la empresa. La elusiva respuesta que la jefe de la unidad inspectora dio a esa pregunta ("que no había auto denegatorio de entrada") se aparta claramente de dichas pautas de lealtad, buena fe y transparencia en la actuación administrativa y, continúa, que no cabe excluir que la ocultación de ese dato relevante tuviese incidencia, o fuese incluso determinante, en la prestación del consentimiento que a continuación otorgó el responsable de la empresa inspeccionada.

En definitiva, concluye la Audiencia Nacional que el consentimiento dado por las mercantiles recurrentes estuvo viciado, pues, si con carácter general es nulo el consentimiento presentado por error, violencia, intimidación o dolo (artículo 1265 del CC), debe entenderse que también es nulo el consentimiento obtenido ocultando un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita. En consecuencia, señala que dicho vicio del consentimiento vulnera los artículos 18.2 y 3 de la CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio social de la empresa recurrente.

Esta sentencia ha sido recurrida en casación por la CNMC, estando pendiente su admisión.

2.4. METODOLOGÍA DE LA INSPECCIÓN.

2.4.1. Selección de documentos y criterios de búsqueda.

El método de análisis y selección de documentos durante la inspección se realiza a través de un proceso que consta de diferentes fases sucesivas. Dicho proceso comienza en los despachos y equipos o dispositivos informáticos inspeccionados donde se identifica la información de carácter personal, así como la documentación protegida por la confidencialidad de las relaciones abogado cliente, como veremos más adelante. Una vez trasladada la información a la sala de trabajo se aplican distintas herramientas y criterios de búsqueda para determinar la documentación que finalmente será recabada por el equipo inspector.

Este procedimiento ha sido analizado por el Tribunal Supremo que, en su sentencia de 27 de febrero de 2015, señala lo siguiente respecto a la proporcionalidad de la actuación inspectora de la CNMC⁹:

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015, en relación con el Expte. R/1292/12, TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA.

“Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación realizando, frente a lo que por la actora se alega, una labor discriminatoria por parte de los inspectores recabando finalmente, por ejemplo en el caso de los correos electrónicos, una mínima parte que impide, en fin, hablar de desproporción, máxime si tenemos en cuenta los criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección muy concreta de documentos y no, como se dice, a una copia masiva e indiscriminada de los archivos de los ordenadores, declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.”

Este planteamiento ha sido corroborado por nuestra jurisprudencia¹⁰, así como también en relación con el acceso a las herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector durante la inspección, (en este sentido véase, entre otras, las sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de junio y 21 de julio 2014¹¹), estableciendo la inexistente indefensión alegada por empresas inspeccionadas en relación al acceso a las distintas herramientas y criterios de búsqueda utilizados por el equipo inspector para seleccionar la información relacionada con los hechos objeto de investigación, puesto que el conocimiento de dichos criterios podrían poner en riesgo la efectividad de la inspección.

Por último, en cuanto a la presencia de los abogados o representantes de la empresa durante la revisión documental, cabe indicar, como ha indicado la Audiencia Nacional¹², que hay que diferenciar entre la necesaria efectividad de las facultades de investigación de la CNMC que requieren que se adopten medidas tendentes a preservar las técnicas y los procedimientos informáticos utilizados y la libre y voluntaria decisión de los abogados de la empresa inspeccionada de no estar presentes o abandonar la sala de filtrado, estancia en la que pueden permanecer para la máxima efectividad y garantía del derecho de defensa.

2.4.2. Documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente

Estos documentos son comunicaciones entre los asesores jurídicos externos y sus clientes vinculadas a la defensa jurídica de la empresa en materia de competencia. Como veremos más adelante esta documentación no comprende la documentación elaborada por los abogados internos.

Recae sobre la empresa inspeccionada la carga de señalar, de una forma mínimamente diligente, los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, documentos que

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, dictada en el ámbito del Expte. R/113/2013 Honda Motor Europe Limited.

¹¹ Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014, rec. 3/2013 BP ESPAÑA y de 21 de julio de 2014, rec. 557/2013 RENAULT ESPAÑA, S.A. y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A., confirmando la Resolución de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

¹² Sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014, rec 557/2013 RENAULT ESPAÑA, S.A. y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A., confirmando la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

deben ser clara y debidamente individualizados e identificados. Es por tanto a la inspeccionada a la que le corresponde la responsabilidad de actuar con diligencia a la hora de seleccionar, detectar y advertir al equipo inspector sobre la existencia y localización de ese tipo de información durante la inspección.

Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012, recurso nº 6552/2009, *Asunto Stanpa*, ha sentado la siguiente doctrina, invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 (155/79):

"La real protección de los intereses en juego está dirigida a conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia".

"(...) exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, no resultando aceptables las meras alegaciones genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados".

Los tribunales europeos¹³ han venido estableciendo que los documentos protegidos por la confidencialidad de las relaciones entre un abogado y su cliente deben haber sido específicamente elaborados para transmitirlos al abogado y solicitar su consejo. Cabe destacar la negativa del TJUE¹⁴ a extender la prerrogativa de privilegio legal a las comunicaciones de la empresa con el abogado interno, debido al menor grado de independencia de éste respecto a su cliente empleador, aunque el abogado esté colegiado como letrado en ejercicio¹⁵. Los tribunales españoles¹⁶ se han manifestado en el mismo sentido, confirmando que las comunicaciones del abogado interno no se hallan protegidas por la confidencialidad cliente-abogado externo.

¹³ Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2007 (TJCE 2007, 375), recaída en el asunto T-253/03 Akzo, apartados 76 y ss, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión (155/79).

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2010 en el caso Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros (C-550/07 P).

¹⁵ Este argumento ha sido reafirmado por el TJUE en su sentencia de 4 de febrero de 2020 en los asuntos acumulados C-515/17 P y C-561/17 P (Uniwersytet Wrocławski y Polonia /Agencia Ejecutiva de Investigación).

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2018, R/345/16 FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), en conexión con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (recurso 2595 / 2014): *"Entiende la Sala, que el documento citado no se halla protegido por la confidencialidad cliente-abogado al no tratarse de la comunicación con un abogado externo ni haberse redactado el documento con el fin de pedir asesoramiento a un abogado externo"*.

La jurisprudencia europea¹⁷ también reconoce que la mera invocación por la empresa de la confidencialidad de un documento no es suficiente para dotarle de la protección al efecto pues debe probar que concurre tal circunstancia, precisando quién es su autor, su destinatario, las responsabilidades de ambos, y su finalidad¹⁸.



¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2007 (TJCE 2007, 375), recaída en el asunto T-253/03 Akzo, apartados 76 y ss, como la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión (155/79).

¹⁸ En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, rec. 2595 / 2014.



Centro de
Estudios
Jurídicos