

**Los derechos de la defensa de las empresas inspeccionadas
por autoridades de competencia**

Irene Moreno-Tapia y Cristina Vila
Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 917/2016 (marzo)

El 16 de febrero de 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) hizo público su plan de acción para el 2016.

Entre sus actuaciones, ha anunciado que elaborará –en la primera mitad del año- una nota sobre procedimientos de inspección con el objetivo de *“proporcionar orientación a las empresas y asesores legales sobre las inspecciones que realiza la CNMC en las empresas investigadas. Tiene como finalidad aumentar la seguridad jurídica de las empresas y facilitar que las inspecciones se desarrollen con el menor coste para todos los implicados.”*

Esta iniciativa es loable. Dejando a un lado las consideraciones relativas a la naturaleza jurídica que pueda tener una “nota” de la CNMC, acierta dotándose de unas mínimas reglas de procedimiento para unos procesos tan intrusivos y trascendentes como son las inspecciones domiciliarias en empresas. Y en esa tarea no podrá ignorar el necesario respeto de los derechos de la defensa de las empresas inspeccionadas, tal y como el Tribunal Supremo ha establecido, tan crudamente para la CNMC, en fechas recientes.

Los amplios poderes que la ley reconoce a nuestra autoridad de competencia, desde la verificación de libros de la compañía hasta el acceso a cuentas de correo personal de sus empleados utilizadas presuntamente para uso profesional, pasando por el análisis de dispositivos electrónicos mediante modernas herramientas informáticas, son útiles para la detección de prácticas frecuentemente secretas. Ahora bien, precisamente porque el fin es ambicioso y los medios particularmente invasivos, parece razonable exigir de las autoridades un extraordinario cuidado en el ejercicio de sus facultades que resulte, al mismo tiempo, en un uso eficaz de los recursos públicos.

La Sentencia de 10 de diciembre de 2014, en el asunto UNESA (ECLI:ES:TS:2014:5266), marcó el inicio de una serie de pronunciamientos del más Alto Tribunal anulando actividades inspectoras de nuestra autoridad de competencia. Le han seguido las sentencias de 27 de febrero de 2015 (caso Transmediterránea, ECLI:ES:TS:2015:941), de 15 de junio de 2015 (caso Montibello, ECLI:ES:TS:2015:2879) y de 16 de junio de 2015 (caso Colgate, ECLI:ES:TS:2015:2717). De esos pronunciamientos extraemos los siguientes principios.

Primero, la inspección solo podrá realizarse previo consentimiento expreso del interesado o con autorización judicial. En ausencia de esta última, las empresas tienen el derecho de oposición y, para que éste sea válido y eficaz, han de recibir toda aquella información que les permita formar su criterio sobre el consentimiento que se les pide. *“Las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y si puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, 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." (FD 5ª de la sentencia en el asunto Montibello). La CNMC no había comunicado a la empresa que su petición de autorización judicial para la realización de la inspección en su sede había sido denegada.

Segundo, la Orden de Investigación que presente el equipo de inspección debe indicar de manera suficiente el objeto y finalidad de la investigación (FD 5º de la sentencia en el caso UNESA), sin que quepa considerar que *"la fundamentación de la Orden de Investigación pueda integrarse o completarse con los datos que figuran en [otra Resolución], pues tal modalidad de motivación in allunde no tiene cabida cuando [...] se trata de un acto que debe contener en sí mismo las indicaciones necesarias para que pueda cumplir el cometido que se le asigna como garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas."* Lo anterior ha de entenderse, en principio, independiente de la circunstancia de que el equipo de inspección presente igualmente un auto judicial autorizando la inspección y del contenido de dicho auto. Decimos "en principio" pues, en el caso UNESA, el auto judicial había sido tan parco en razones como la propia Orden de Investigación.

El objeto y la finalidad de la inspección son esenciales por cuanto condicionan el alcance de la actuación de los inspectores y, a su vez, se convierten en una garantía para la empresa inspeccionada. Los inspectores única y exclusivamente podrán incautar documentación relacionada con el objeto de la Orden de Investigación y, en su caso, de la autorización judicial. En caso de extralimitación, la incautación carecerá de cobertura legal (FD 3º de la sentencia en el asunto Colgate).

Tercero y último, a efectos de la motivación de la Orden de Investigación, no es suficiente que ésta contenga una referencia genérica a una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia o describa de manera amplia el ámbito afectado por la investigación (de mercado o territorial, por ejemplo). Las sociedades afectadas deben conocer qué se está investigando y los elementos sobre los que se va a realizar la investigación (FD 8º in fine de la sentencia en el asunto Transmediterránea).

La "nota" sobre inspecciones permitirá tomar la temperatura a la CNMC en un ámbito de evidente equilibrio complejo, en el que el Tribunal Supremo ha establecido claras líneas rojas. Es todo un desafío (jurídico) para la CNMC, que esperamos con impaciencia.