

La tutela de los derechos fundamentales en los procedimientos administrativo-sancionadores del Derecho de la competencia

Fernando Diez Estella

Profesor de Derecho Mercantil. C. U. Villanueva

Patricia Pérez Fernández

*Doctora en Derecho y abogada en
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio «Estudios Financieros» 2018** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Raúl Leopoldo Canosa Usera, don Borja Carvajal Borrero, don Nicolás González-Deleito, doña Blanca Lozano Cutanda y don Joaquín Sarrión Esteve.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La Convención Europea de Derechos Humanos, junto con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la aplicación que hace de ambas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ponen de manifiesto la creciente sensibilización por el respeto de los derechos fundamentales, tanto de los individuos como de las personas jurídicas –con las debidas reservas–, y la importancia de salvaguardar el *due process* en los procedimientos del derecho administrativo sancionador. En este trabajo se revisa el estado de la cuestión en el ámbito concreto de la aplicación del Derecho de la competencia, tanto a nivel comunitario como español. El aumento de autoridades, la proliferación de ordenamientos *autitrust* y el sensible incremento en las sanciones impuestas parece llevar a calificar la naturaleza jurídica de este derecho como de «cuasi-penal». La cuestión es: ¿ofrecen los expedientes sancionadores todas las garantías exigibles para no colisionar con los derechos fundamentales?

Palabras clave: Derecho de la competencia; derechos fundamentales; procedimiento sancionador; personas jurídicas.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

ÍNDICE. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 2.1. *Planteamiento de la cuestión.* 2.2. *Persona física y persona jurídica en la doctrina constitucional.* 2.3. *En contra de los “derechos fundamentales corporativos”.* 3. EL “DUE PROCESS” EN UN EXPEDIENTE SANCIONADOR ANTITRUST. 4. DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LAS INSPECCIONES DOMICILIARIAS DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA. 4.1. *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.* 4.2. *La válida motivación de las órdenes de inspección.* 4.3. *El legal privilege o privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente.* 4.4. *Los hallazgos casuales en las entradas en domicilio.* 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

“Pero, ¿cómo puede ser que esté arrestado?
Y, ¿cómo es posible que sea de esta forma?”
“Ya empieza Ud. otra vez”, dijo el policía mientras
untaba una tostada de mantequilla,
“No respondemos a ese tipo de preguntas”
FRANZ KAFKA (*El proceso*)

1. Introducción

En 2014, en un evento que reúne anualmente en Washington a abogados de todo el mundo que ejercen en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, la ponencia inaugural¹ daba cuenta de cómo en EE.UU. los procedimientos *antitrust* siguen una reglas procedimentales muy consolidadas, que permiten a las empresas imputadas tener acceso al expediente, refutar las pruebas presentadas contra ellas así como rebatir los argumentos jurídicos de la parte contraria. Además, el demandante –sea un particular o sea la administración pública- tiene que presentar la evidencia suficiente y convencer al juez de que ha existido una conducta anticompetitiva –principalmente un cártel o un abuso de posición dominante- y que el demandado ha sido autor o partícipe en ella.

Por contraste, y conforme a informaciones publicadas en medios digitales², en China los abogados internos de una treintena de las mayores empresas de una de las más importantes economías mundiales fueron convocados a una reunión con la autoridad antitrust de ese país, y se les hicieron todo tipo de presiones para que confesaran haber formado parte de un cártel, admitiendo su culpabilidad, y llegando incluso a amenazarles si contrataban los servicios de abogados externos³.

Con independencia del grado de verosimilitud que tenga esta historia, y asumiendo también que no todo en EE.UU. es cómo se describió en la referida sesión de la ABA, lo que se pone de manifiesto es que la explosión global de aplicación del Derecho de defensa de la competencia (hoy en día lo aplican unas 125 autoridades en más de 100 países⁴), el aumento sin precedentes en la cuantía de las multas, y el hecho de que

¹ Recogida en HOCKETT, C., “Antitrust and Due Process”, *Antitrust*, Vol. 28, No. 2, Spring 2014, pp. 3-5; se trata de la reunión de la Sección Antitrust de la ABA (*American Bar Association*).

² MARTINA, M., *China Presses Foreign Firms into Admitting Guilt*, SOUTHCHINA MORNING POST, Aug. 21, 2013, disponible en <http://www.scmp.com/business/companies/article/1298327/tough-talking-china-pricing-regulator-soughtconfessions-foreign> (última consulta: 10 de junio de 2017).

³ Vid. en este sentido Wu Liming, *Well-Behaved Int'l Firms Welcomed in China*, XINHUA GENERALNEWS SERVICE, Aug. 19, 2013; publicado el 21 de agosto de 2013, disponible en: http://usa.chinadaily.com.cn/business/2013-08/19/content_16904677.htm (última consulta: 24 de noviembre de 2017).

⁴ OHLHAUSEN, M. K., "Comm'r, Fed. Trade Comm'n, Update on Spring 2014/15 International Cooperation and Convergence", Remarks at Fourth Annual Chicago Forum on International Antitrust Issues (June 13, 2013), disponible en la propia página web de la Federal Trade Commission: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/update-international-cooperation-and-convergence/130613antitrustchicago%20update.pdf (última consulta: 13 de abril de 2018).

la globalización y consecuente aplicación de estas normas a compañías multinacionales que operan en un sinfín de jurisdicciones plantea un serio problema: el del respeto a los derechos fundamentales y las garantías procesales en estos expedientes sancionadores por conductas anticompetitivas.

Como oportunamente se ha señalado⁵, es cierto que en una primera etapa de aplicación del Derecho de Competencia no se le daba mucha importancia a esta cuestión, pero la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en asuntos como *Tzoanos*⁶, *Van der Wal*⁷ o *Compagnie Maritime Belge*⁸ obligó a reconsiderar el respeto a los derechos fundamentales – así como su posible lesión- en el marco de los procedimientos antitrust.

Por otro lado, es evidente que las diferencias en cuanto al *due process* entre las distintas jurisdicciones tienen –al menos en parte- su origen en las diferencias sociales, políticas, legales y judiciales que conforman los distintos sistemas de aplicación del derecho antitrust, y los correspondientes mecanismos de aplicación. En este trabajo no aspiramos realizar un análisis exhaustivo y global de dichos sistemas, sino únicamente señalar en qué medida se pueden afectar los derechos fundamentales de los encausados, por no respetar las debidas garantías procesales.

Está claro, además, que nunca va a ser posible un consenso total entre países tan distintos –con su soberanía indiscutible- o jurisdicciones tan “lejanas” como la europea y la estadounidense sobre un diseño institucional o sistema procesal que garantice de forma absoluta y válida para todos el proceso justo en la aplicación del derecho antitrust. Pero lo que sí podemos llegar a convenir es en un mínimo de principios básicos y buenas prácticas que lo aseguren. A este debate⁹ se pretende colaborar desde estas páginas, desde el convencimiento que un sistema procesal antitrust que respete los derechos fundamentales lo hará también más eficaz, no sólo más justo, y además su “resultado” final será más predecible económicamente y con mayor grado de seguridad jurídica. Finalmente, todo ello se efectúa teniendo en mente el beneficio de las autoridades de competencia, las empresas, y en última instancia los consumidores, que son los beneficiarios finales del sistema antitrust.

Para ello, seguiremos el siguiente esquema: tras este epígrafe introductorio, se analiza una cuestión previa al estudio posterior, cual es la de la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas

⁵ LEÓN JIMÉNEZ, R.: "Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento de competencia comunitario", *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. III, Ed. Dykinson-URJC, Madrid 2002, págs. 118 y ss.

⁶ Sentencia del TJCE de 18 de Noviembre de 1999, As. C-191/98, *Tzoanos c. Comisión*, Rec. p. I-8223, párrafos 31 a 34 y 45.

⁷ Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2000, Asuntos acumulados C-174/98 P y C-189/98 P, *Países Bajos y Gerard van der Wal c. Comisión*, Rec. p. I-0001, párrafos 14 a 21.

⁸ Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge y Dafra-Lines c. Comisión*, Rec. p. I-1365, párrafos 138 a 149.

⁹ Vid., a este respecto, el informe elaborado en 2012 por la OCDE sobre estas cuestiones: *OECD Competition Committee, Procedural Fairness and Transparency: Key Points* (Apr. 2012), disponible en la página web: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf> (última consulta: 19 de abril de 2018).

(§2). A continuación (epígrafe §3) se plantean las principales problemáticas del *due process* en los expedientes administrativos sancionadores en el ámbito específico del Derecho de la competencia. En el siguiente (§4) apartado se examinará en detalle un ejemplo concreto que ilustra a la perfección la problemática que estamos analizando: el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a las inspecciones domiciliarias. Por último (epígrafe §5) se ofrecen una valoración final y conclusiones.

2. La aplicabilidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español

2.1. Planteamiento de la cuestión.

Es bien conocido que todo derecho presupone la existencia de un titular, es decir, un sujeto al que se reconoce la facultad o el bien protegido por el derecho y que está en condiciones tanto de exigir su cumplimiento como de reaccionar jurídicamente frente a su posible lesión. En el caso de los derechos fundamentales, que son un tipo especial de derechos subjetivos, podría pensarse que, puesto que se trata de derechos inherentes a la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución española¹⁰), todo ser humano (como tal parece que debe entenderse el término “persona” que utiliza el precepto constitucional citado) es, al menos en principio, titular de todos los derechos que reconoce nuestra Constitución. En las últimas décadas se ha planteado la posibilidad de que las personas jurídicas sean también titulares de unos derechos que, inicialmente, estaban pensados para el hombre individualmente considerado.

En este sentido, la condición de beneficiario de un derecho fundamental se adquiere inicialmente con la titularidad del mismo¹¹. Gracias a dicha titularidad y, por tanto, a la concreta atribución de un derecho o deber fundamental que el ordenamiento jurídico realiza a favor de un individuo, se generan diversas posiciones jurídicas en las que el titular se encuentra en relación con el poder público y con los demás particulares. Esta cuestión adquiere interés en nuestro trabajo porque las empresas como entes corporativos son prácticamente siempre los sujetos sancionados por las autoridades de competencia en España y a nivel europeo¹².

¹⁰ Artículo 10.1 CE: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social*”.

¹¹ Vid. en este sentido BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. y otros: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004, p. 84, quienes deslindan la cuestión de cuándo se adquiere la titularidad de un derecho individual y a qué tipo de individuos corresponde de la denominada *capacidad jurídica iusfundamental*. Esta capacidad se refiere a la cualidad potencial a la que el ordenamiento jurídico atribuye relevancia, mientras que la titularidad se correspondería con una cualidad actual.

¹² No obstante hay que subrayar la tendencia que existe en los distintos Estados miembros de la Unión Europea de prever sanciones a los individuos de las empresas infractoras. Vid. a modo de resumen en PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: “Repaso de las sanciones penales por ilícitos anticompetitivos en Europa”, disponible en

A diferencia de los constituyentes alemán¹³ y portugués¹⁴, nuestra Constitución no contiene ninguna norma de carácter general que trate la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales¹⁵. Existen, no obstante, concretos preceptos en los se reconoce esa capacidad respecto de determinados derechos. La Constitución reconoce la posibilidad de que los individuos se agrupen y organicen entre sí para así satisfacer determinadas finalidades o intereses que por sí solos serían de difícil o imposible consecución. El artículo 6 contempla los partidos políticos y el artículo 7 se refiere a los sindicatos y a las asociaciones empresariales. El artículo 16.1 garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”, el artículo 27.6 reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, el artículo 28.1 prevé “el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas” y el artículo 29.1 reconoce a todos los españoles “el derecho de petición individual o colectiva”; aunque su naturaleza de derecho fundamental es discutida, el artículo 27 proclama en su apartado décimo la autonomía de las Universidades. Se ha estudiado también con profundidad, por ejemplo, desde la doctrina constitucional, en qué medida y alcance las personas jurídicas tienen derecho al honor¹⁶.

En la Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, el Tribunal Constitucional se enfrentó a la cuestión de si una sociedad anónima puede gozar del derecho al honor y abordó con carácter general la cuestión de la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales¹⁷. A partir de esta Sentencia

<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/07/repaso-de-las-sanciones-penales-por.html> (última consulta: 13 de abril de 2018).

¹³ Los apartados segundo y cuarto del artículo 19 de la Ley fundamental de Bonn influyeron en los artículos 53.2 y 24 de la Constitución Española, pasando el apartado tercero inadvertido. Éste último, no obstante, será el que más nos interese en este trabajo, ya que su contenido será adoptado jurisprudencialmente en nuestro país, diciendo lo siguiente: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas”. Este artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn fue denominado como “el derecho de los derechos fundamentales”. Vid. en este sentido CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en *Revista española de Derecho constitucional*, n° 25, 1989, pp. 35-62, p. 62.

¹⁴ El artículo 53 del Código Civil suizo establece en un sentido similar que “*rigen para las personas jurídicas todos aquellos derechos y obligaciones que no comporten como requisito indispensable la condición natural de las personas, como el sexo, la edad o el parentesco*”.

¹⁵ En relación al silencio del constituyente español vid. GÓMEZ MONTORO, Á. J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español)” en *Cuestiones constitucionales* n° 2, enero-junio 2000, pp. 23-71, p. 26.

¹⁶ VIDAL MARTÍN, T.: “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”, en *Indret*, n° 397, Barcelona (2007), disponible en: <http://www.indret.com>

¹⁷ Como recoge en su Fundamento de Derecho 4º: “*si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del artículo 162.1 b) de la Constitución, sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone,*

se ha mantenido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acepta a las personas jurídicas de Derecho privado como titulares directas de derechos fundamentales y no sólo por ser portadoras de un interés legítimo en representación de sus miembros, sino porque los derechos fundamentales les son aplicables por su naturaleza¹⁸.

Junto a estos preceptos, y en el plano no ya de la titularidad sino de las garantías procedimentales de los derechos, el artículo 162.1 b) de la Constitución reconoce la legitimación para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional a “*toda persona física o jurídica que invoque un interés legítimo*”. Esta previsión se ha interpretado como un principio de “apertura” de los derechos fundamentales hacia las personas jurídicas, en cuanto que les permite intervenir en un proceso directo y exclusivamente encaminado a la tutela de derechos fundamentales¹⁹. No obstante no implica esta disposición un reconocimiento general de su capacidad de derechos fundamentales. En primer lugar porque se trata de una norma de legitimación procesal y no de atribución o reconocimiento de titularidad de derechos fundamentales y, en segundo lugar, porque la legitimación se justifica en base a la existencia de un interés legítimo y no en función de la titularidad.

La apertura del recurso amparo a las personas jurídicas ha propiciado que en numerosos casos lleguen al Tribunal Constitucional demandas presentadas por éstas para la defensa de los derechos de los que se creen titulares, lo que le ha permitido al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la capacidad de las mismas para ser titulares de tales derechos y, al hilo de tales pronunciamientos, sobre la posible titularidad de carácter más general.

El Tribunal Constitucional ha dado una respuesta afirmativa a esta cuestión, afirmando que “*en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1989, de 2 de febrero, fundamento jurídico 2º). De esta forma se ha incorporado jurisprudencialmente el contenido casi literal del citado artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

El reconocimiento de derechos fundamentales se justifica, en consecuencia, por la necesidad de tutelar los derechos de las personas físicas que hay detrás de toda persona jurídica, lo que no se conseguiría si éstas

además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social”, añadiendo que “si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordados con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines”.

¹⁸ Vid. a este respecto el discurso pronunciado por Pascual Sala Sánchez el 18 de mayo de 2011 disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/Actividad_06_06_2011.aspx (última consulta: 13 de abril de 2017).

¹⁹ En este sentido CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; las personas jurídicas” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35. Mayo-Agosto 1992, pp. 63-83.

no gozaran a su vez de esa protección especial que aquéllos otorgan. La inclusión de las personas jurídicas en el círculo de los titulares de derechos fundamentales se explica por el hecho de que el ejercicio de muchos de esos derechos se vería sensiblemente dificultado sin su protección con respecto a las personas jurídicas y por la percepción cada vez más clara de que en el origen de toda persona jurídica está, prácticamente en todos los casos, el ejercicio de un derecho fundamental (el de asociación, en unos casos, el de fundación en otros) cuya garantía no puede detenerse en la dimensión individual. De esta manera podría argumentarse que el ejercicio de los derechos fundamentales, al mismo tiempo que permite a la persona física crear determinadas organizaciones, necesita de ellas.

Las personas jurídicas son no sólo el resultado del ejercicio de los derechos sino también ciertamente un medio o instrumento para el mismo y elementos imprescindibles de un orden de libertad. Las personas jurídicas son un medio para el ejercicio de determinados derechos fundamentales, porque sin ellas se dificulta de manera importante el ejercicio de algunos derechos y libertades como es el caso de la libertad de empresa o los derechos de participación política (partidos políticos, derecho de huelga o negociación colectiva, en los que los sindicatos tienen un indiscutible protagonismo). Las personas jurídicas de derecho privado no sirven únicamente a los intereses de los miembros que las conforman, sino que constituyen al mismo tiempo elementos de un orden de libertad empresarial, económica y de propiedad privada que en buena medida se hace realidad por la contribución de asociaciones, fundaciones y de sociedades que operan en estos ámbitos.

No resulta suficiente, por ello, el simple reconocimiento de la genérica capacidad jurídica de las organizaciones, entendiendo que los derechos fundamentales lo son sólo de sus miembros. La noción de persona jurídica ha tenido la utilidad de permitir que pueda considerarse como un único sujeto de imputación a un colectivo, reduciendo a la unidad una pluralidad y separando los actos de la persona de los de sus miembros²⁰. Sostener que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales propios, distintos de los de sus miembros, no es incompatible con la afirmación de que la persona física es el centro de todo el sistema de los derechos fundamentales. Al reconocer derechos fundamentales a entes con personalidad jurídica, lo que se está tutelando, en última instancia, son los intereses humanos para los que fueron creados.

2.2. Persona física y persona jurídica en la doctrina constitucional.

Consciente de la problemática aplicabilidad de estos derechos considerados como inherentes a la persona y vinculados a la dignidad, el Tribunal Constitucional ha introducido con frecuencia ciertos matices en sus afirmaciones, estableciendo conexiones entre titularidad del derecho y fines de la persona, afirmando que la diversa naturaleza de personas físicas y jurídicas permite distintos tratamientos legales (STC 117/1998,

²⁰ En este sentido señaló Jellinek que es necesario asegurar a la persona jurídica un status que le garantice determinados ámbitos de actuación así como la necesaria protección por parte del Estado. *Vid. JELLINEK, G.: La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, 2001, p. 119.

de 2 de junio) o sosteniendo la existencia de diferencias en los contenidos de los derechos fundamentales según se prediquen de personas físicas o jurídicas así como la posible menor protección de los derechos de éstas (STC 69/1999, de 26 de abril).

En conclusión, mientras que la persona individual es titular universal de los derechos fundamentales, la capacidad de la persona jurídica está limitada tanto por la naturaleza del derecho de que se trate como, en principio, por la forma y fines de la persona jurídica. Esta capacidad, reconocida en abstracto, se afirma en el fundamento jurídico quinto de la citada STC 139/1995, teniendo que ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona jurídica y su ejercicio por ésta.

En este sentido y teniendo en cuenta su naturaleza, hay derechos que pueden fácilmente reconocerse a las personas jurídicas (derechos procesales, derecho a la legalidad sancionadora, propiedad, asociación, etc.), mientras que en otros supuestos esta titularidad resulta imposible (derecho a la integridad física y moral, a la intimidad familiar, a la libertad de cátedra, a contraer matrimonio, etc.). Junto a las limitaciones derivadas de la naturaleza de los derechos, el Tribunal Constitucional suele referirse repetidamente a las que serían consecuencia de la forma y fines de la persona jurídica (SSTC 137/1985, de 17 de octubre; 64/1988, de 12 de diciembre, y 139/1995, de 26 de septiembre).

Si en el caso de las personas jurídico-privadas el Tribunal Constitucional se ha inclinado por un amplio reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales²¹, en el de las personas jurídico-públicas la solución ha sido diferente²². A esta conclusión llega nuestro Tribunal Constitucional, al igual que lo hiciera con anterioridad el Tribunal Constitucional alemán, tanto por la propia noción de derechos fundamentales como por la justificación seguida en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Teniendo en cuenta

²¹ Vid. ampliamente sobre la cuestión ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Valencia, 2004.

²² DÍAZ LEMA, J. M.: “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?” en *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, septiembre-diciembre 1989, pp. 79-127, afirmando que difícilmente puede el Estado ser titular de derechos fundamentales porque la misma persona sería sujeto activo y paso de la relación jurídica, preguntándose retóricamente “¿qué sentido tiene que el Estado se proteja de sí mismo?”. En un sentido distinto, principios de la década de los ochenta, ALMAGRO NOSETE estimó que la defensa de “los intereses colectivos y difusos en cuanto intereses legítimos puede tener otros portadores distintos del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo”, citando a este respecto las personas jurídicas, públicas y privadas indistintamente. Igualmente, PABÓN DE ACUÑA no excluye esta posibilidad “aparentemente chocante”, de que la Administración causante del mayor número de peticiones de amparo utilice ella asimismo dicho recurso. Así, el autor diferencia entre la Administración “como Ente que puede acudir en defensa del ciudadano frente a excesos de otros poderes”, y, por otro lado, a la Administración como “persona jurídica afectada por alguna lesión”, haciendo especial mención del derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución. DÍAZ LEMA reconoce que la confusión inicial de las posiciones activa y pasiva de esta relación jurídica no tiene por qué existir forzosamente en todos los casos. Afirma, literalmente, que “*al fin y al cabo, existen relaciones jurídicas entre las distintas Administraciones públicas de tipo territorial, así como respecto de sus Organismos autónomos o de la llamada Administración Corporativa. La pluralidad de centros de imputación o de organizaciones dotadas de personalidad jurídica obliga a plantearse la posibilidad de derechos fundamentales de personas jurídico-públicas*” (página 85).

el primer aspecto, los derechos fundamentales se han concebido, histórica y dogmáticamente, como instrumentos de los ciudadanos frente al poder, y el reconocimiento de su titularidad a entidades tras las que está un poder público llevaría a una confusión entre titulares y destinatarios de los derechos.

Por otra parte, mientras que la persona jurídica de Derecho privado es fruto del ejercicio por los ciudadanos de sus derechos fundamentales y ella misma se convierte a su vez en un medio para el ejercicio de esos derechos, la persona jurídica de derecho público es creación del Estado –como entidad pública considerada en su significado más amplio- y constituye habitualmente un instrumento de descentralización con el que se busca, en definitiva, una organización administrativa más flexible y eficaz²³. Las relaciones entre las personas jurídicas de derecho público se han de desenvolver en el ámbito de lo organizativo.

No obstante, en casos excepcionales, ya sea por la propia naturaleza del derecho fundamental o de la persona jurídico-pública en cuestión, o bien por su forma de actuación, sí podrá extenderse la vigencia de derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha admitido la titularidad de los derechos procesales del artículo 24 de la Constitución, excepción que se justifica por la fuerte vertiente objetiva que presentan (al aparecer no sólo como derechos subjetivos sino como principios objetivos por los que se deben regir los procesos jurisdiccionales) y por el principio de igualdad de armas en el proceso. El TC ha señalado también algunos límites en el caso del derecho de acceso a la jurisdicción al entender que, a diferencia de lo que ocurre con los particulares y las personas jurídico-privadas, el legislador no está obligado *ex* artículo 24.1 de la Constitución a establecer en todo caso cauces para que las personas jurídico-públicas defiendan sus intereses (SSTC 64/1988, de 12 de diciembre, y 139/1995, de 26 de septiembre).

En este mismo sentido de limitaciones para las entidades jurídico-públicas tanto la STC 237/2000, de 16 de octubre, como, sobre todo, la STC 175/2001, de 26 de julio, han insistido en las diferencias existentes entre los ciudadanos y las personas jurídico-privadas, de un lado, y las jurídico-públicas, de otro, y han afirmado que sólo en supuestos excepcionales una organización jurídico pública disfruta, ante los órganos judiciales del Estado, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La primera excepción se refiere por tanto al derecho a la tutela judicial efectiva, que pueden invocar cuando procesalmente ostentan una situación análoga a la de los particulares, lo que puede ocurrir, bien cuando hay un mandato legal de sometimiento al Derecho privado, bien cuando existe una personificación jurídico-privada para el cumplimiento de tareas públicas.

²³ *Vid.* en un sentido similar GÓMEZ MONTORO, Á. J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, Mayo-Agosto 2002, pp. 49-105, p. 105. El autor afirma que la persona jurídico-pública no es un instrumento para el ejercicio de derechos; aunque en ciertos casos puede existir una vinculación con algún derecho fundamental, y muy especialmente con el derecho de participación política del artículo 23 CE, su creación responde a principios de diversa índole como pueden ser los de centralización, eficacia y flexibilidad en la organización administrativa.

Las personas jurídico-públicas también tienen reconocidas el derecho de acceso al proceso cuando el legislador así lo ha previsto, lo que impide exclusiones arbitrarias, y gozan igualmente del derecho a no sufrir indefensión, si bien el TC insiste en que la interdicción de indefensión procesal no sólo sirve para la tutela de los entes públicos sino también, de manera mediata, para la defensa del interés objetivo de que se respete la función jurisdiccional que la Constitución atribuye a Jueces y Tribunales. Fuera de estos supuestos, las personas jurídico-públicas tendrían derechos procesales, pero no derechos fundamentales, por lo que tampoco tendrían abierta en esos casos la vía del recurso de amparo.

Hay que advertir sin embargo que esta doctrina no deja de suscitar algunos problemas como lo muestra el hecho de que la STC 175/2001, de 26 de julio, tenga cuatro votos particulares y, de hecho, las restricciones parecen obviarse, o al menos se atenúa su rigor, en la más reciente STC 173/2002, de 9 de octubre, en la que el Tribunal viene a introducir por la vía del derecho a un proceso con todas las garantías la tutela que parecía haber excluido de forma definitiva en las sentencias anteriormente citadas.

Por último se aceptó en la STC 19/1983, de 14 de marzo, que el Estado fuese titular de derechos fundamentales cuando la Administración Pública actúa de forma privada, es decir, cuando el Estado está sometido al Derecho Privado y no al Derecho Administrativo. Esta noción de que el Estado en el ámbito de su actuación privada puede gozar de derechos fundamentales procede de la doctrina alemana²⁴.

2.3. En contra de los "derechos fundamentales corporativos".

Precisamente fruto del abuso que, en ocasiones, las empresas y sus abogados hacen de la protección que gozan, en cuanto a los derechos fundamentales, en los procesos sancionadores de defensa de la competencia, un sector doctrinal²⁵ aboga en estos últimos tiempos por una moderación en este reconocimiento a las personas jurídicas del régimen de protección equiparable al de las personas físicas.

²⁴ Vid. el discurso del ex presidente del Tribunal Constitucional, Pascual Sala Sánchez, pronunciado el 18 de mayo de 2011, señalando expresamente que “no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma general como en el alemán que defina que «los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables» (art. 19 de la Ley de Bonn). Ha sido en buena medida la jurisprudencia constitucional la que ha ido definiendo la titularidad de derechos por las personas jurídicas, privadas y públicas”, recordando igualmente que “en cuanto al principio de legalidad penal (art. 25 CE), con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ya no hay distinción”. El texto íntegro se encuentra disponible en la página web: http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/Actividad_06_06_2011.aspx (última consulta: 13 de junio de 2017).

²⁵ Vid. en este sentido MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. en "En contra del reconocimiento de `derechos humanos corporativos´ en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia", *Diario La Ley*, nº 3251/2015, 14 de mayo de 2015.

Conforme a estos autores, esta extensión a las empresas de la tutela que los derechos humanos otorga a las personas físicas se ha hecho de forma acrítica y sin una reflexión pausada, socavando la eficacia del *enforcement* en materia de defensa de la competencia, en cuanto que las autoridades tienen que dedicar sus recursos a la decisión de estas cuestiones en vez de atacar el núcleo de las conductas anticompetitivas, con el consiguiente perjuicio para el mercado y el resto de empresas que operan en él.

En efecto, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, nos hallamos ante un proceso de "humanización gradual de las sociedades de capital"²⁶, y cabe cuestionarse si no se ha ido demasiado lejos en este proceso, ya que las personas jurídicas son un artificio creado por el derecho, son un centro de imputación de derechos y deberes, pero no son personas físicas, y la situación de fragilidad, vulnerabilidad, indefensión y situación de potencial víctima de abuso de los poderes públicos que se predica de los seres humanos, difícilmente es trasladable a las empresas, especialmente las grandes corporaciones internacionales.

En relación a las cuestiones de "due process", que veremos en el epígrafe siguiente, apuntan estos autores que "[t]ampoco existe un desequilibrio de poderes frente al Estado y las autoridades públicas al que sí se enfrentan, en cambio, las personas físicas. Finalmente, las consecuencias de los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia contra ellas no afectan a su libertad, integridad o dignidad, que como tales son atributos que no poseen. Todo lo más, las implicaciones de esos procedimientos sancionadores son estrictamente de índole económica. Desde la perspectiva de los derechos humanos, esa posible incidencia en la esfera financiera de las compañías tiene una relevancia muy secundaria en comparación con los bienes y valores de las personas físicas que justifican la existencia de los derechos humanos mismos"²⁷.

Se critica, por ser excesiva y desproporcionada, la protección de las garantías procesales y derechos fundamentales de las empresas que el TEDH hace en el ámbito de los procedimientos de defensa de la competencia, equiparando la normativa antitrust –de naturaleza administrativa- a una naturaleza "cuasi-penal", en aplicación de las exigencias del artículo 6.1 de la CEDH.

Y de ahí que, en su opinión, se deba excluir la idea de los "derechos humanos corporativos" en el ámbito concreto de la defensa de la competencia. Es cierto, como apuntan, que llevaría a una menor exigencia –en cuanto a garantías y procedimientos- en la tramitación y resolución de expedientes sancionadores, y quizá centrar la atención y los esfuerzos en la lucha sustantiva contra las prácticas restrictivas del mercado, especialmente las más graves y dañinas, como son los cárteles. En última instancia, y en esto coincidimos con su postura, las garantías de procedimiento no pueden ser un obstáculo a la efectividad de las normas de competencia, y –como veremos seguidamente- un freno a la actividad inspectora y de persecución de las conductas ilícitas. Pero, lo que tampoco es aceptable es que las autoridades de competencia no respeten principios y derechos fundamentales que tanto la legislación como la jurisprudencia reconocen a las empresas.

²⁶ VAN DEN MUIJSENBORG, W. y REZAI, S.: «Corporations and the European Convention of Human Rights» *Global Business & Development Law Journal* 25 (2012), págs. 43-68.

²⁷ MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A.: *op. cit.*, pág. 13.

Pese a reconocer el valor de esta postura contraria a los “derechos humanos o fundamentales corporativos”, creemos que no se ajusta del todo a la doctrina constitucional y administrativa ya arraigada en nuestro derecho, con multitud de pronunciamientos que expresan²⁸ de forma inequívoca la extensión a las personas jurídicas de los derechos de las personas físicas.

3. El “*due process*” en un expediente sancionador antitrust

La problemática sobre la observancia de las debidas garantías procesales, un tema que hoy es objeto de todo tipo de comentarios doctrinales²⁹ y análisis³⁰, puede decirse que comienza en 1974, a partir de la Sentencia *Nold*³¹, considerada como la pionera en reconocer el Tribunal de Justicia la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el contexto de un procedimiento sancionador derivado de un ilícito anticompetitivo. Rápidamente esta doctrina se fue consolidando en asuntos decididos por el TJCE como *Rutili*³² o *Hauer*³³.

Hay un segundo momento, en torno a la década de los años ochenta, cuando tuvieron lugar las primeras denuncias por entender que el sistema comunitario de aplicación del derecho de la competencia infringía el artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), dado que la Comisión combinaba en un mismo órgano las funciones de fiscal y de juez, y su naturaleza administrativa distaba mucho de los rasgos jurisdiccionales que debería tener una institución que aplicaba un derecho sancionador.

Como es sabido, a mediados de los años 90 el Tribunal de Justicia emitió un dictamen³⁴, a solicitud del Consejo de la Unión Europea, en el que se le planteaba la adhesión de las entonces Comunidades Europeas a la Convención de salvaguarda de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

²⁸ Como ejemplo, y en relación al tema que vamos a desarrollar a continuación, puede mencionarse la ya citada STC 137/1985, de 17 de octubre, cuando establece que: “*nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la CE*”.

²⁹ WILS, W.: “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees” en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, 2011, pp. 1-32.

³⁰ LENAERTS, K.: “Due process in competition cases”, *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.

³¹ Sentencia de 14 de Mayo de 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 4/73, [1974] P-ECR 491, nº 13.

³² Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1976, As. 36/1975, *Roland Rutili c. Ministerio de Defensa*, Rec. p. 1219.

³³ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, As. 44/1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Rec. p. 3727.

³⁴ Dictamen del TJCE de 28 de marzo de 1996, nº 2/1994, sobre la posible adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención de salvaguarda de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Rec. p. I-1759.

Finalmente, una vez firmado el Tratado de Ámsterdam, el 2 de octubre de 1997, que supuso ciertamente un paso decisivo en el reconocimiento expreso de la protección de los derechos fundamentales en la UE, hacia mitad de la década del año 2000, se da comienzo a otra etapa diferenciada, y es cuando en las denuncias se hace referencia no ya a una violación de los derechos fundamentales por parte del “sistema” de aplicación del derecho de competencia como tal, sino en lo referente a los individuos en concreto.

Esta última fase tiene su punto de partida en la adopción del Tratado de Lisboa, que prevé la adhesión de la propia Unión Europea al sistema de garantías de la CEDH, y la Sentencia *Menarini*³⁵, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que califica el derecho antitrust como de naturaleza cuasi-penal³⁶, debido –entre otros motivos- al sensible aumento del número y cuantía de las multas impuestas por ilícitos anticompetitivos.

En efecto, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la UE se ha adherido al CEDH. Esta adhesión³⁷ permitirá al TEDH controlar la conformidad de los actos de la UE con el CEDH, lo que contribuirá a reforzar la protección de los derechos fundamentales. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de las personas frente a actos adoptados por las Instituciones de la UE y por los Estados miembros en aplicación de los Tratados de la Unión.

Los derechos procesales fundamentales incluyen, principalmente, el derecho a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva; a que las causas sean resueltas en un plazo razonable; al respeto de los principios *non bis in idem* y *nulla poena sine lege*, al principio de estabilidad y seguridad jurídica; el acceso a los documentos y a la confianza legítima.

La existencia de este catálogo de derechos es evidente que juega un importante papel en la “configuración” de las garantías que deben observarse en todo procedimiento sancionador. A modo de ejemplo, un clásico derecho de los imputados, inherente al principio de defensa jurídica, cual es el de acceso al expediente³⁸, se incorpora al catálogo de Derechos Fundamentales en la UE como parte del derecho de los ciudadanos europeos a una buena administración, *ex* artículo 41.2, a) y b) CDFUE.

³⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de Septiembre de 2011, asunto *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*.

³⁶ *Vid.*, un interesante análisis de este importante pronunciamiento en BELLAMY, C.: “Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law” en *e-Competitions*, n° 47946, (5 Julio 2012).

³⁷ Sus implicaciones en el ámbito específico del Derecho de la Competencia ya se han puesto de manifiesto por la doctrina más atenta; SÁNCHEZ-GRAELLS, A., ‘The EU’s Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?’ (2012), en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156904 (última consulta: 24 de marzo de 2018).

³⁸ Para un análisis general de este principio, en nuestra doctrina, *Vid.*, SINOVAS CABALLERO, S., “El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007”, *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO - Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pp. 221-248.

Ambos documentos, más pronunciamientos del TEDH como la referida Sentencia *Menarini*, deberían llevar a que la observancia de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho de la Competencia no sea meramente un “logro” a conseguir³⁹, sino un punto de partida esencial. Esta parece ser la pauta que nuestros tribunales están siguiendo en la actualidad en su labor de revisión judicial de las decisiones de la autoridad de competencia, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2012⁴⁰, que anuló la Resolución *Navieras Baleares* de la CNC⁴¹, por entender que había infringido los derechos fundamentales de la imputada, violando el artículo 24 de la Constitución Española, al cambiar la calificación jurídica de la conducta infractora sin dar el oportuno trámite de alegaciones a la imputada, provocándole una evidente indefensión.

En sentido contrario, y en relación al tema que vamos a desarrollar en este trabajo, las inspecciones domiciliarias, la Sentencia⁴² del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2016 confirma la tesis de la Audiencia Nacional y da validez a una actuación de la CNC que se desarrolló en un domicilio del que no era titular la empresa investigada (LACTALIS), sino algunas filiales suyas que controlaba al 100% de participación social, al entender que no se generaba indefensión alguna en cuanto todas ellas constituían una única unidad económica.

En el plano comunitario encontramos idénticas consecuencias de anulación por parte del Tribunal General⁴³ de decisiones de la Comisión en las que la inobservancia de determinadas garantías procesales haya podido condicionar el curso del expediente en detrimento de la empresa infractora.

Existe, por último, un control de legalidad ilimitado por parte de los tribunales de justicia europeos en caso de recursos de las decisiones de la Comisión. La sentencia del TJUE *KME Germany* representa una tendencia hacia un mayor respeto de las normas fundamentales en el marco de procesos sancionadores⁴⁴. Dicho control de legalidad, que salvo en los motivos de orden público no puede realizarse de oficio, “corresponde a la parte demandante alegar los motivos contra ésta y aportar las pruebas en apoyo de dichos motivos”⁴⁵.

³⁹ MÖLLMANN, M.: “Due Process in Antitrust Proceedings Before the European Commission: Fundamental Rights are not enough”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2014 (1).

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 8 de noviembre de 2012, rec. núm. 1/2012.

⁴¹ RCNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, *Navieras Baleares*.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de abril de 2016, rec. núm. 191/2014, RJ 1846/2016 (*ECLI:ES:TS:2016:1846*).

⁴³ Asunto T-25/95, *Cimenteries CBR y otros c. Comisión* [2011] ECR II-491, párrafos 240-241; Asunto T-186/06, *Solvay SA c. Comisión* [2011] ECR II-378, párrafos 227, 237-238.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de diciembre de 2011, caso C-389/10 P, asunto *KME Germany y otros/ Comisión*, apartado 102.

⁴⁵ Sentencia del TJUE en el caso *KME Germany y otros/Comisión*, cit., apartado 131.

4. Derechos fundamentales frente a las inspecciones domiciliarias de la autoridad de competencia

En el marco de la evolución que hemos descrito hacia una mayor sensibilización sobre el respeto de los derechos fundamentales en los procedimientos antitrust, hace ya más de tres lustros había señalado el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que "*el respeto de los derechos de defensa constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado por la Comisión dentro de los procedimientos administrativos susceptibles de ocasionar sanciones en aplicación de las normas de competencia del Tratado*"⁴⁶.

Un ámbito específico en el que la problemática de la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas no ofrece ninguna duda, y así lo ha interpretado de forma consistente la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria, es en extender el concepto de “domicilio privado”, a los efectos de la protección del derecho fundamental de su inviolabilidad, a la sede de las empresas.

A este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia el 18 de junio de 2015, en el asunto C-583/13 P, *Deutsche Bahn*, apartados 18 a 36, que a su vez confirma –en este punto concreto de la entrada en domicilio de las empresas- la dictada por el Tribunal General el 6 de septiembre de 2013 (recurso T- 289/11), constituye junto con la STJUE de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, *Nexans*, los pronunciamientos que sientan los precedentes necesarios para el estudio de estas cuestiones.

Conforme a ellas, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio prevista en el artículo 8 de la CEDH puede extenderse a los locales comerciales y sedes sociales de empresas, pero en estos casos la injerencia pública puede ir más lejos que en otros supuestos⁴⁷.

Es un dato muy positivo el grado de “recepción” en la jurisprudencia española toda esta doctrina, emanada primero del TEDH, y recogida después del TJUE. Un ejemplo preclaro de aplicación de estos principios a una inspección domiciliaria en la que las empresas alegaron vulneración de los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio y defensa es la Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso de las *empresas de turrónes*⁴⁸, sobre la Resolución de la CNMC de fecha 31 de enero de 2014, dictada por el Consejo e inadmitiendo el recurso interpuesto por el recurrente contra la orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC de 25 de octubre de 2013, el acta de la subsiguiente inspección de 5 de noviembre de 2013 y la comunicación de la Subdirectora de cárteles de 13 de diciembre de 2013, aclaratoria del plazo y órgano ante el que interponer recursos administrativos contra las resoluciones precedentes.

⁴⁶ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, As. 322/1981, *Nederlandsche Banden industrie Michelin c. Comisión*, Rec. p. 3461, párrafos 7 y 17.

⁴⁷ Así se desprende de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Niemitz* de 16 de diciembre de 1992 y *Bernh Larsen* de 14 de marzo de 2013.

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 2016, rec. núm. 136/2014, RJ SAN 2986/2016 (*ECLI:ES:AN:216:2986*).

Este pronunciamiento parece un buen ejemplo (su ponente es el Magistrado Santiago Soldevilla) de cómo evaluar ese delicado equilibrio entre la eficacia de la actividad inspectora, y el respeto a los derechos fundamentales de las empresas, además de una muestra de aplicación de precedentes (*Deutsche Bahn, Nimitz, Nexans*, etc.) al caso concreto planteado, con resultado de avalar la actuación de la CNMC y declararla conforme a derecho.

El excesivo “celo” con el que se han desarrollado –sobre todo en los primeros tiempos de la extinta CNC- algunas inspecciones, ha llevado a la doctrina⁴⁹ a estudiar con atención esta cuestión, y alertar de la posible conculcación de derechos fundamentales. Y ha llevado a la jurisprudencia a anular actos administrativos que no han respetado los límites y requerimientos legales de estas inspecciones domiciliarias⁵⁰. Eso sí, como se ha señalado⁵¹ recientemente, y tendremos ocasión de poner de manifiesto en los diversos asuntos que analizaremos a continuación, es llamativa –y preocupante- la falta de “sintonía” en esta materia entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, y muy dispares los criterios con que una y otra instancia valoran la posible conculcación de derechos fundamentales de las empresas en el marco de una inspección domiciliaria.

En resumen, y como se ha señalado acertadamente: “El refuerzo de los poderes de investigación y de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), así como el incremento del número de inspecciones realizadas desde entonces por el órgano instructor de la CNC –la Dirección de Investigación– han puesto de manifiesto la necesidad de conciliar los derechos de las empresas investigadas con la eficacia de la labor inspectora y los poderes de investigación de la CNC y, en último término, con el interés público en la protección de la libre

⁴⁹ Vid., por todos, FELTRER, L.: “La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones en materia de defensa de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, sept-oct 2010, nº 17, pp. 11-31; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados”, *Anuario de la Competencia 2008*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 133-157.

⁵⁰ La legitimidad administrativa de esta facultad inspectora está fuera de toda duda; el art. 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, reconoce la condición de agente de la autoridad al «personal funcionario de carrera de la CNMC, debidamente autorizado por el director correspondiente», facultándole para «realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de [dicha] Ley». Por su parte, el art. 13.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero) dispone que «el personal autorizado por el Director de Investigación podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, cuando existan indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave».

⁵¹ PÉREZ-ABAD, C.: “Novedades jurisprudenciales en materia de inspecciones domiciliarias durante 2016”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 303 y ss.

competencia. La tensión entre los referidos bienes jurídicos se ha puesto de manifiesto en las inspecciones realizadas por la Dirección de Investigación en varios expedientes sancionadores"⁵².

Para profundizar en el estudio de esta problemática, tras situar el marco legal y la posible vulneración del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, nos centraremos en las cuestiones que más controversia⁵³ han suscitado sobre este ámbito en fechas recientes: las órdenes de inspección, y su válida motivación; la posible vulneración, en el marco de una inspección domiciliaria, de secreto de las comunicaciones abogado-cliente (*legal privilege*); y, por último, el empleo como prueba de cargo de los llamados "hallazgos casuales".

4.1. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de junio de 2015, *Deutsche Bahn* (As. C-583/13 P), señala con toda nitidez que la protección frente a injerencias arbitrarias de los poderes públicos requiere un marco legal y unos límites estrictos, estimando adecuadas las cinco garantías que estableció el Tribunal General en la Sentencia de instancia:

- a) motivación de la decisión de inspección;
- b) límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección;
- c) imposibilidad de que la Comisión imponga la inspección por la fuerza;
- d) intervención de las autoridades nacionales; y,
- e) la existencia de vías de recurso a posteriori.

Por la relevancia que ha tenido en la jurisprudencia reciente en nuestro país la cuestión de la motivación de las órdenes de inspección, parece oportuno analizarlo con carácter monográfico en el siguiente apartado. En cualquier caso, un punto de partida previo es que la inspección no exceda el objeto para el cual se dirige. Un caso determinante en nuestro ordenamiento jurídico es el caso STANPA (*Asociación de Peluquería y Cosmética Profesional*).

Ante los indicios relativos a que se estaban cometiendo prácticas anticompetitivas en el seno de dicha Asociación, la antigua CNC decidió incoar un expediente sancionador, y llevar a cabo inspecciones por

⁵² VERGÉZ MUÑOZ, C.: "Los derechos de las empresas objeto de inspecciones de Competencia: la sentencia del TS en el 'asunto Stanpa'", publicaciones del *Consejo General de la Abogacía Española*, 21 de enero de 2013, disponible en: <http://www.abogacia.es/2013/01/21/los-derechos-de-las-empresas-objeto-de-inspecciones-de-competencia-la-sentencia-del-ts-en-el-asunto-stanpa/> (último acceso el 12 de abril de 2018).

⁵³ A partir, como hacen los autores que más han trabajado la materia, de los asuntos que han llegado a los tribunales en fechas recientes. *Vid.*, por todos, VEGA GARCÍA, F.: "La función inspectora en competencia desde las últimas resoluciones administrativas y/o judiciales", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 19, 2016, págs. 23 a 35.

sorprende en su sede, así como en el domicilio social de las empresas que la integran. En el marco de dicho expediente, STANPA y dos de las empresas inspeccionadas interpusieron ante el Consejo de la CNC sendos recursos contra las inspecciones referidas, alegando:

(i) la infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio –recogido en el artículo 18.2 de la Constitución– al haber accedido los inspectores a documentos ajenos al objeto de la orden de investigación y para el cual tenían legitimación (sector de la peluquería profesional); y

(ii) la infracción del derecho de defensa –consagrado en el artículo 24 de la Constitución– por el acceso a documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Ambos recursos fueron desestimados⁵⁴ por el Consejo de la CNC, ante lo que las empresas recurrentes acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativa, primero ante la Audiencia Nacional y, posteriormente, ante el Tribunal Supremo. En las dos sentencias de la Audiencia Nacional, ésta estimó parcialmente los recursos planteados, reconociendo la existencia de límites⁵⁵ a la facultad de inspección de la CNC, y sosteniendo que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio al haberse excedido la inspección del objeto de la orden de investigación, puesto que había recabado información sin discriminar entre aquellos documentos relacionados con el objeto de la investigación, y los ajenos a dicho objeto⁵⁶.

En un sorprendente giro de acontecimientos, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012 anuló⁵⁷ parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional, resolviendo el recurso de casación planteado por STANPA, declarando que la protección de la libre competencia y la necesidad de evitar obstáculos a las inspecciones de la CNC en la detección y sanción de conductas anticompetitivas, prevalecen frente al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio.

El TS invoca la jurisprudencia sentada en el asunto *Dow Chemical*⁵⁸, en el que el TJUE estableció que la autoridad de competencia ha de poder buscar –en el curso de la inspección– todos los elementos de información necesarios, pese a que no sean todavía conocidos ni estén plenamente identificados, y no es por tanto exigible que identifique previamente y con toda exactitud los documentos a los que quiere tener acceso.

⁵⁴ Resoluciones de la CNC de 3 de octubre de 2008, Exp. R/0004/08 *CP España*, y Exp. R/0005/08 *L'Oréal* y de 17 de julio de 2008, Exp. R/0006/08 *STANPA*.

⁵⁵ *Vid.*, sobre esta cuestión, el acertado análisis de: CANTOS BAQUEDANO, F. y SANTOS LORENZO, S.: "Los límites a los poderes de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia", en PETITBÓ JUAN, A. (Dir), *Acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009, págs. 255 a 278.

⁵⁶ Sentencias de la Audiencia Nacional, de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009\782) y de 26 de septiembre de 2011 (RJ 2011\790).

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de abril de 2012 (RJ 2012\6424).

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asuntos acumulados 97/87 a 99/87, apartado nº 24.

Como puede apreciarse, dos bienes jurídicos en conflicto, y la delicada tarea jurisprudencial de ir delimitando los supuestos específicos y circunstancias concretas que tienen que acompañar la labor inspectora en los procedimientos sancionadores administrativos para no conculcar derechos fundamentales.

4.2. La válida motivación de las órdenes de inspección.

Hemos tenido en fechas recientes un ejemplo de lo delicado que es este equilibrio en la Sentencia⁵⁹ del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, que anula una inspección domiciliaria en la sede de UNESA, y por tanto el expediente sancionador y la cuantiosa multa que se siguió, por considerar que la Orden de Investigación y su ejecución no reunían las exigencias constitucionales de respeto a los derechos fundamentales de la empresa.

El recurso de casación lo interpuso la representación UNESA contra la Sentencia⁶⁰ de la Audiencia Nacional en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la CNC de 14 de diciembre de 2009 (Expediente R/0030/2009) que inadmitió el recurso interpuesto por la referida Asociación contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA.

Al margen de otras cuestiones procesales del recurso, que no son de interés aquí, como se señala en el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia:

“En el motivo de casación segundo se alega la infracción de los artículos 18.2 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio), 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento, así como de la jurisprudencia dictada en interpretación de dichos preceptos en materia de autorización de inspecciones domiciliarias. Aduce en este motivo la recurrente que, en contra de lo declarado por la sentencia, en el proceso de instancia quedó acreditado que la Orden de Investigación incumple con las exigencias normativas contenidas en los artículos 40 de la Ley y 13 del Reglamento, dada la ausencia de acreditación de indicios de una posible infracción, la falta de justificación de la necesidad de investigación, la desproporción de la medida adoptada y la ausencia de concreción de la supuesta infracción”.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de diciembre de 2014, rec. núm. 4201/2011.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de junio de 2011, rec. núm. 135/2010.

La sala acoge el motivo alegado, recordando su propia jurisprudencia⁶¹, que extiende el derecho constitucional de la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, que por tanto no se circunscribe a las personas físicas, al igual que otros derechos –como el de la tutela judicial efectiva, amparado por el artículo 24 CE- que se extienden tanto a personas físicas como jurídicas, tal y como hemos señalado con anterioridad, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional⁶².

Partiendo de esa premisa, sigue diciendo el TS, es indudable que toda actuación administrativa que comporte una invasión o interferencia en el domicilio de una persona física o jurídica debe producirse, para no ser ilegítimos, dentro los cánones legalmente establecidos. En el ámbito específico que nos ocupa, la normativa que resulta de aplicación viene constituida por los artículos 40 LDC, y 13 RDC, preceptos que –se recuerda por la Sala- deben ser interpretados y aplicados en consonancia con lo dispuesto en la normativa comunitaria europea sobre competencia, en particular, el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Sin embargo, en lo que se refiere al Auto de 4 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid, en su parte dispositiva simplemente autoriza a los funcionarios de la CNC para que “... a partir del día 5 de noviembre puedan entrar en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) a fin de verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de esa entidad que puedan constituir prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de aquella LDC”. Y la fundamentación del referido auto no añade ninguna concreción específica acerca del objeto y la finalidad de la inspección que allí se autoriza, pues únicamente alude a “posibles prácticas anticompetitivas en el seno de UNESA”.

Esta insuficiente justificación se entiende contraria al artículo 24 CE, por no ajustarse a las exigencias del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia⁶³ comunitaria, que exige que se indique el objeto y la finalidad de una inspección, siendo esta concreción una ineludible garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas.

Así, concluye nuestro alto tribunal (Fundamento Jurídico 5º):

“Trasladando las consideraciones que llevamos expuestas al caso que nos ocupa, no resulta exigible que la Orden de Investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de investigación; pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación. Pues bien, fácilmente se constata que la Orden de Investigación de 2 de

⁶¹ Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de los Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 2010, rec. núm. 4572/04, 5910/06 y 704/04.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, de 17 de octubre.

⁶³ Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta), de 25 de noviembre de 2014, Asunto T-402/13.

noviembre de 2009, que era objeto de impugnación en el proceso de instancia, no contiene las especificaciones mínimamente exigibles”.

Como ya ha señalado la doctrina, las consecuencias son “brutales”⁶⁴: alcanzada esta conclusión, resulta innecesario el examen del resto de motivos de casación, ya que al verse anulada la Orden de Investigación quedan privadas de validez las actuaciones inspectoras que se llevaron a su amparo, y sin entrar por tanto al análisis de si la patronal UNESA cometió o no una infracción contraria al artículo 1.1 LDC –que, todo apunta a que materialmente la conducta encausada sí era constitutiva de práctica anticompetitiva- se anula la multa impuesta por la CNC a varias empresas eléctricas, de 60 millones de euros, por fijar los precios de la luz a los grandes consumidores de electricidad y poner trabas al cambio de suministrador, la tercera mayor sanción impuesta en su historia por nuestra autoridad *antitrust*.

No es este el único ejemplo –y esto es algo preocupante, ya que menoscaba la eficacia de la aplicación pública y cuestiona la actuación inspectora de la autoridad de competencia-, en fechas recientes encontramos dos pronunciamientos del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2015, resolviendo los asuntos *Navieras Baleares*⁶⁵ y *Transmediterránea*⁶⁶, anulando sendas resoluciones de la antigua CNC, de noviembre de 2011 y febrero de 2012, que impusieron a la empresa Transmediterránea multas por importe total de 48,2 millones de euros por infracciones muy graves a la competencia por formar un cártel de precios.

El fallo del TS es consecuencia de la anulación previa⁶⁷, acordada en febrero de ese mismo año, de la inspección desarrollada por la CNC en mayo de 2010 en las sedes de Transmediterránea Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca, dado que las órdenes de investigación fueron sumamente genéricas y no contenían la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación. Nuestro alto tribunal destaca en sus Sentencias de 2015 que los datos obtenidos en esas inspecciones carecen de valor alguno por haberse obtenido con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo que produce “insuficiencia probatoria” para dictar las resoluciones sancionadoras, que en gran medida se basaron en esos datos.

⁶⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las órdenes de investigación de las autoridades de competencia y la protección del domicilio empresarial”, Blog *Derecho mercantil*, 8 de enero de 2015, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/las-ordenes-de-investigacion-de-las.html> (última consulta: 21 de abril de 2018).

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de junio de 2015, rec. núm. 874/2014.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de junio de 2015, rec. núm. 1994/2014.

⁶⁷ La resolución del Consejo de la CNC de 2 de julio de 2010 había inadmitido el recurso administrativo entablado contra las órdenes de investigación de 3 y 12 de mayo de 2010; contra los actos materiales de ejecución de dichas ordenes consistentes en las inspecciones de las sedes de dichas empresas de Palma de Mallorca y Madrid desarrolladas los días 11 y 12 de mayo; y contra la resolución de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de mayo. Este pronunciamiento fue recurrido en vía contencioso-administrativo, y la Audiencia Nacional desestimó dicho recurso mediante Sentencia de 7 de febrero de 2012, que fue impugnada en casación por las referidas compañías.

Señala el TS, en el Fundamento de Derecho 3º de la primera de las Sentencias referidas, y es un compendio preciso de todo lo que se ha expresado en este epígrafe, que:

“En efecto, la valoración probatoria efectuada en la instancia por la Sentencia recurrida, que se basa en la efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia, ha de ser necesariamente corregida, puesto que el órgano regulador se apoyó en datos obtenidos ilícitamente, con infracción de derechos fundamentales -en concreto, del derecho a la inviolabilidad domiciliar- que no han de ser tenidos en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia”.

Como conclusión a este apartado hemos de “celebrar” que, tras estas iniciales actuaciones de la autoridad de competencia en España que no terminaban de ser acordes al estándar constitucional de tutela de los derechos fundamentales de las empresas, la revisión judicial ha ido calando en nuestro regulador antitrust, y recientes Resoluciones de la CNMC, como por ejemplo la de 4 de febrero de 2016, en el asunto *Correos Express*⁶⁸, tratan minuciosamente y con todo rigor el nivel de concreción y motivación que ha de tener una orden de inspección para no causar indefensión al inspeccionado.

4.3. El legal privilege o privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente

En el ámbito del derecho comunitario encontramos un asunto reciente sobre la infracción de la especial y singularísima tutela de que gozan las comunicaciones entre el abogado y su cliente, en la Sentencia⁶⁹ del TEDH de 2 de abril de 2015, que estima que las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo por la autoridad francesa de la competencia infringieron los derechos fundamentales de defensa y privacidad de las empresas constructoras investigadas, puesto que ni se les permitió –en el curso de la inspección- evitar que fueran incautados documentos confidenciales, ni el sistema de revisión judicial posterior hizo posible que fueran retirados del expediente.

Tras la trascendental Sentencia *AKZO*⁷⁰, del Tribunal General, este derecho ha quedado consagrado en el acervo del Derecho de defensa de la competencia⁷¹, que reconoce y respeta el carácter confidencial de

⁶⁸ Resolución de la CNMC, de 4 de febrero de 2016, Expte. R/AJ/121/15, *CORREOS EXPRESS*.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), de 2 de abril de 2015, *Vinci Construction et GMT Génie Civil et Services c. Francia*, Asuntos nº 63629/10 y nº 60567/10, disponible en la página web: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (última consulta: 13 de abril de 2018).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal General, de 17 de septiembre de 2007, Asuntos acumulados T-125/2003 y T-253/2003, *AKZO Nobel y otros c. Comisión*.

⁷¹ *Vid.*, sobre el "legal privilege", el análisis efectuado en SUDEROW, J.: "Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros, de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 316-325.

este tipo de documentos, a los cuales tienen vedado acceder las autoridades en el marco de una inspección domiciliaria.

En nuestro ordenamiento interno, probablemente el asunto que mejor refleje el estado de la cuestión es el ya citado caso STANPA. En efecto, dicha Asociación Nacional de Peluquería y Cosmética recurrió las inspecciones llevadas a cabo por la CNC en su sede al entender que se había infringido su derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio, contemplado en el art. 18.2 CE. Tanto la propia CNC (en Resolución de 3 de octubre de 2008) como la Audiencia Nacional (en Sentencia⁷² de 30 de septiembre de 2009, resolviendo el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales) rechazaron la pretensión de la demandante en cuanto a la actividad inspectora de la CNC en su sede, y finalmente el expediente culminó con la Resolución *Peluquería Profesional*, que declaró acreditada la infracción del art. 1 LDC por la comisión de diversas conductas anticompetitivas, lo que supuso la imposición de cuantiosas sanciones a las empresas implicadas (L'OREAL, WELLA, GRUPO COLOMER, MONTIBELLO, HENKEL, LENDAN, DSP HAIRCARE PRODUCTS) y también una multa de 900.000€ a la propia STANPA.

Además de alegar que se había infringido la inviolabilidad del domicilio por acceder a documentos que no tenían que ver con el objeto de la inspección, en este caso también se invocó la infracción del derecho fundamental de defensa (art. 24 CE), al haberse incautado la CNC en el curso de la inspección de un informe de un despacho de abogados, precisamente alertando sobre los posibles riesgos derivados de intercambios de información en el seno de la Asociación.

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2009 desestimó esta pretensión, al entender que la incautación de dicho informe no suponía –en sí misma– una violación del derecho de defensa, ya que la no utilización de dicha comunicación entre el abogado y su cliente imposibilita la existencia de indefensión material alguna (conforme a la "teoría del uso"). Esta argumentación de la AN ha sido valorada muy negativamente⁷³, ya que la jurisprudencia comunitaria⁷⁴ en este sentido va más bien enfocada en dirección contraria: los inspectores no pueden ni siquiera a un documento que sea confidencial y goce del privilegio de la comunicación abogado-cliente.

El Tribunal Supremo, por su parte, en su Sentencia de 27 de abril de 2012, confirma la postura de la AN (en cuanto rechazar que se haya cometido una infracción del derecho de defensa al haberse accedido a un informe jurídico de un despacho de abogados a su cliente) pero llega a esta conclusión por un razonamiento

⁷² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª), de 30 de septiembre de 2009, Rec. núm. 3/2008.

⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: "Inspecciones de las autoridades de competencia", *Anuario de la Competencia 2016*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 152.

⁷⁴ No sólo la ya citada AKZO, sino aún antes, desde la temprana Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, As. *AM & S Europe c. Comisión*.

distinto⁷⁵: no se violó la protección de la confidencialidad de estas comunicaciones –el *legal privilege*- porque tal protección no fue invocada en ningún momento de la inspección domiciliaria, ni tampoco se señalaron o sugirieron, en el plazo pertinente a tal efecto (diez días) por parte de las empresas inspeccionadas elementos de prueba orientados a demostrar que los documentos intervenidos (o al menos algunos de ellos) tenían características que hubieran permitido reconocer su naturaleza confidencial, y por tanto bajo el “privilegio” legal, y a los cuales los inspectores no podían tener acceso.

4.4. Los hallazgos casuales en las entradas en domicilio

Es conocida, en el ámbito de la probática civil y penal, la doctrina de los "frutos del árbol prohibido", que viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un derecho fundamental⁷⁶.

Muy conectado con ella, y como una clara excepción al derecho fundamental que hemos considerado de la inviolabilidad del domicilio, está el hecho de que se admita –bajo ciertas circunstancias- que se puedan usar como pruebas en un expediente *sancionador hallazgos causales*, que se han descubierto en el curso de una inspección, pero que no guardan relación con el objeto de la misma.

Como acertadamente ha definido la doctrina⁷⁷ que más a fondo ha estudiado esta cuestión, un "hallazgo casual" reúne tres características: (i) se trata de inspecciones domiciliarias que están debidamente autorizadas y motivadas; (ii) el documento o medio de prueba que se encuentra en el marco de esa inspección no guarda relación con el objeto de la misma; y (iii) constituye un indicio o eventual prueba de una conducta anticompetitiva.

En nuestro país, el Tribunal Supremo ha aclarado recientemente, en sentencia⁷⁸ de 6 de abril de 2016, la doctrina aplicable al hallazgo casual de pruebas por las autoridades españolas de la competencia en el marco una inspección domiciliaria. Este pronunciamiento tiene su origen una inspección realizada por la entonces CNC en diciembre de 2009 en la sede de la empresa Montesa Honda. Según la orden de inspección, ésta tenía por objeto la investigación de posibles prácticas anticompetitivas entre Montesa Honda y sus distribuidores

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27 de abril de 2012, rec. núm. 6552/2009, RJ 3887/2012 (*ECLI:ES:TS:2012:3887*).

⁷⁶ Vid. un estudio reciente sobre esta doctrina, cuyo origen se sitúa en EE.UU., y cuestionando su válido acogimiento en España, en ANDINO LÓPEZ, J. A.: "La doctrina de los frutos del árbol prohibido", *Diario La Ley*, nº 8943, 17 de marzo de 2017.

⁷⁷ IGARTUA ARREGUI, I.: "El hallazgo casual en las inspecciones de competencia, de 'Dow Benelux a Montesa-Honda': seis preguntas clave", en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 101-116.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 2016, Rec. nº 113/2013.

(un acuerdo colusorio de carácter *vertical*). Sin embargo, en el transcurso de la inspección la CNC halló fortuitamente un correo electrónico relativo a otra posible infracción, un acuerdo de intercambio de información con uno de sus competidores, la empresa Suzuki, práctica anticompetitiva de carácter *horizontal* y completamente ajena a las relaciones de carácter vertical entre la empresa y sus distribuidores. La CNC decidió emplear este correo electrónico para fundamentar la incoación de un nuevo expediente sancionador.

Montesa Honda recurrió primero ante el Consejo de la CNC, que desestimó su pretensión⁷⁹, y acudió en vía contenciosa-administrativa ante la Audiencia Nacional, ya que entendía que el acuerdo por el que la CNC decidió incorporar al nuevo expediente el correo electrónico hallado en su inspección –tanto su incautación como utilización posterior para abrir otro expediente sancionador– suponía una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de Montesa Honda, puesto que éste no estaba relacionado con el objeto de la orden de inspección que la autorizaba. La Audiencia Nacional, mediante sentencia⁸⁰ de diciembre de 2012, estimó parcialmente el recurso, acogiendo la tesis de Montesa Honda en este punto.

Sin embargo, en su pronunciamiento el TS revoca el fallo de la AN, otorgando plena validez a la actuación de la CNC, y precisando⁸¹ con ello el marco legal de los *hallazgos causales*. Así, señala en su Fundamento de Derecho 4º:

"Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado".

En esta importante sentencia el Alto Tribunal no hace sino confirmar su anterior pronunciamiento en el asunto *Stanpa*⁸², así como recoger la ya reiterada jurisprudencia del TJUE, que se ha pronunciado sobre asuntos similares, como el pionero *Dow Benelux*⁸³ (en el que el Tribunal de Justicia señala que usar una

⁷⁹ Resolución de la CNC de 7 de octubre de 2010, Expte. R-0053/10, *Montesa Honda*.

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 4 de diciembre de 2012, Rec. nº 736/2012 (RJ 2012/5076).

⁸¹ Recordemos que en la Sentencia de 16 de junio de 2015, en el asunto *Colgate*, el pronunciamiento del Tribunal Supremo fue mucho más ambiguo y poco clarificador: afirmó entonces que los documentos recabados –aun excediendo los límites de la autorización conferida para la inspección domiciliaria– no constituyen prueba hasta que se haga un uso efectivo de ellos en un procedimiento. Y, mientras esto no ocurra, *"ningún pronunciamiento podemos realizar sobre la legalidad o ilegalidad de una actuación aun no producida"*.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 2012 (RJ 2012/3887).

⁸³ Sentencia del TJCE, de 17 de octubre de 1989, As. 85/87, *Dow Benelux NV c. Comisión*.

documentación intervenida en el marco de una investigación, para incoar otra distinta, con un objeto diferente de la anterior, no es usar la documentación para un fin distinto, con lo que es perfectamente válido) o el más reciente *PVC*⁸⁴ (en la que igualmente se decide a favor de la incautación y utilización de los documentos obtenidos en un procedimiento –relativo a prácticas anticompetitivas en el sector del polipropileno- en un segundo procedimiento –en el sector del PVC-).

5. Conclusiones

De todo lo expuesto en páginas anteriores sobre la posible colisión entre los procedimientos sancionadores del Derecho de defensa de la competencia y los derechos fundamentales que asisten a las empresas objeto de dichos expedientes, cabe extraer las siguientes conclusiones.

1. El Derecho de la competencia no es una novedad en el panorama jurídico español o de la Unión Europea, pero sí es reciente el vertiginoso aumento de la cuantía de las multas impuestas, así como el número de autoridades administrativas que lo aplican, además del refuerzo de los poderes de que están dotadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Derivado de lo anterior, se ha puesto de relieve la clásica doctrina que extiende a las personas jurídicas gran parte de los derechos fundamentales que asisten a las personas físicas frente a la actuación de la administración pública. Pese a que el debate no está cerrado, y hay un cierto sector doctrinal contrario al reconocimiento de estos "derechos humanos corporativos", lo cierto es que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como nuestro Tribunal Constitucional parecen confirmar la doctrina a favor de dicho reconocimiento.

3. Ambos fenómenos puede decirse que han "reconfigurado" el equilibrio entre dos bienes jurídicos igualmente dignos de tutela, la efectividad de la aplicación del derecho de la competencia y los derechos fundamentales de las empresas. En sede de principios el consenso es casi total, pero los límites y los perfiles concretos de este equilibrio se van configurando –al hilo de los conflictos que surgen en la práctica- por vía de pronunciamientos judiciales.

4. La revisión judicial de las actuaciones en el plano de la aplicación de este derecho administrativo sancionador es, pues, la garantía última del respeto, así como la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las empresas. El conjunto de garantías procedimentales y el catálogo de derechos a observar en todo

⁸⁴ Sentencia del TJUE, de 15 de octubre de 2002, Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P, *PVC*.

procedimiento de defensa de la competencia conforman el *due process* o proceso justo, que constituye por tanto un punto de encuentro entre normas procesales y sustantivas; derecho de defensa de la competencia y derecho constitucional; y, finalmente, objeto de recurso en vía contencioso-administrativa y en vía de amparo.

5. Este conflicto es especialmente patente en un aspecto muy concreto del expediente administrativo sancionador, cual es el de las inspecciones domiciliarias de las sedes de las empresas investigadas. Aquí se pone de manifiesto en infinidad de aspectos la necesidad de mantener ese equilibrio al que antes hacíamos referencia: la necesaria observancia y respeto de los derechos fundamentales de las empresas, y a la vez, la no menos necesaria efectividad de la actividad inspectora de la autoridad de competencia en el cumplimiento de su función de persecución de las prácticas anticompetitivas.

6. Como hemos podido analizar en estas páginas, no siempre la actuación inspectora de la autoridad de competencia (sea la Comisión Europea, en Bruselas, sea en España la extinta Comisión Nacional de Competencia o la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) ha respetado adecuadamente estos derechos de las empresas, y en distintos aspectos –que hemos ido exponiendo en este trabajo– de su labor ha vulnerado el derecho de defensa, o el *legal privilege* que protege las comunicaciones abogado-cliente, la inviolabilidad del domicilio, la necesaria –y válida– motivación de las órdenes de inspección, etc. En estos casos, han sido los tribunales (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo, Tribunal General y Tribunal de Justicia de la Unión Europea) los que han ido corrigiendo estas infracciones, y perfilando los límites de la observancia de Derechos Fundamentales en la actuación de la autoridad administrativa.

7. La mencionada labor de revisión judicial es muy digna de elogio, y en ese sentido el sistema se está perfeccionando cada vez más y mejor, con dos "pequeñas" salvedades que sí son merecedoras igualmente de cierta preocupación, siendo deseable que con el tiempo y la jurisprudencia se vayan corrigiendo: en primer lugar, y así se ha señalado en este trabajo– la sorprendente falta de "sintonía" entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, cuyas respectivas Salas de lo Contencioso-Administrativo discrepan con demasiada frecuencia y en cuestiones muy nucleares en relación con el equilibrio entre eficacia sancionadora y respeto de los derechos fundamentales de las empresas. En segundo lugar, como también hemos podido comprobar en el apartado correspondiente, la no menos sorprendente falta de "alineación" entre la jurisprudencia española y los precedentes europeos sobre algunos aspectos concretos relativos al *legal privilege* o la concreción del objeto de las órdenes de investigación.

6. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Las órdenes de investigación de las autoridades de competencia y la protección del domicilio empresarial", Blog *Derecho mercantil*, 8 de enero de 2015, en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/las-ordenes-de-investigacion-de-las.html> (última consulta: 21 de abril de 2018).
- ANDINO LÓPEZ, J. A.: "La doctrina de los frutos del árbol prohibido", *Diario La Ley*, nº 8943, 17 de marzo de 2017.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. y otros: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004, p. 84.
- CANTOS BAQUEDANO, F. y SANTOS LORENZO, S.: "Los límites a los poderes de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia", en PETITBÓ JUAN, A. (Dir), *Acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009, págs. 255 a 278.
- CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; las personas jurídicas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35. Mayo-Agosto 1992, pp. 63-83.
- CRUZ VILLALÓN, P.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales" en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 25, 1989, pp. 35-62, p. 62.
- DÍAZ LEMA, J. M.: "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?" en *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, septiembre-diciembre 1989, pp. 79-127.
- FELTRER, L.: "La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones en materia de defensa de la competencia", *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, sept-oct 2010, nº 17, pp. 11-31.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: "Inspecciones de las autoridades de competencia", *Anuario de la Competencia 2016*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 152.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: "Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados", *Anuario de la Competencia 2008*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 133-157.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español)" en *Cuestiones constitucionales* nº 2, enero-junio 2000, pp. 23-71, p. 26.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, Mayo-Agosto 2002, pp. 49-105.
- HOCKETT, C., "Antitrust and Due Process", *Antitrust*, Vol. 28, No. 2, Spring 2014, pp. 3-5; se trata de la reunión de la Sección Antitrust de la ABA (*American Bar Association*).
- IGARTUA ARREGUI, I.: "El hallazgo casual en las inspecciones de competencia, de 'Dow Benelux a Montesa-Honda': seis preguntas clave", en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 101-116.
- JELLINEK, G.: *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, 2001, p. 119.
- LENAERTS, K.: "Due process in competition cases", *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.

- LEÓN JIMÉNEZ, R.: "Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento de competencia comunitario", *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. III, Ed. Dykinson-URJC, Madrid 2002, págs. 118 y ss.
- MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A.: "En contra del reconocimiento de `derechos humanos corporativos´ en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia", *Diario La Ley*, nº 3251/2015, 14 de mayo de 2015.
- MÖLLMANN, M.: "Due Process in Antitrust Proceedings Before the European Commission: Fundamental Rights are not enough", *CPI Antitrust Chronicle*, June 2014 (1).
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: "Repaso de las sanciones penales por ilícitos anticompetitivos en Europa", disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/07/repaso-de-las-sanciones-penales-por.html> (última consulta: 13 de abril de 2018).
- PÉREZ-ABAD, C.: "Novedades jurisprudenciales en materia de inspecciones domiciliarias durante 2016", en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 303 y ss.
- ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Valencia, 2004.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, A., 'The EU's Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?' (2012), en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156904 (última consulta: 24 de marzo de 2018).
- SINOVAS CABALLERO, S., "El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007", *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO - Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pp. 221-248.
- SUDEROW, J.: "Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros, de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 316-325.
- VAN DEN MUIJSENBERGH, W. y REZAI, S.: «Corporations and the European Convention of Human Rights» *Global Business & Development Law Journal* 25 (2012), págs. 43-68.
- VEGA GARCÍA, F.: "La función inspectora en competencia desde las últimas resoluciones administrativas y/o judiciales", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 19, segundo semestre 2016.
- VERGÉZ MUÑOZ, C.: "Los derechos de las empresas objeto de inspecciones de Competencia: la sentencia del TS en el 'asunto Stanpa'", publicaciones del *Consejo General de la Abogacía Española*, 21 de enero de 2013, disponible en: <http://www.abogacia.es/2013/01/21/los-derechos-de-las-empresas-objeto-de-inspecciones-de-competencia-la-sentencia-del-ts-en-el-asunto-stanpa/> (último acceso el 12 de abril de 2018).
- VIDAL MARTÍN, T.: "Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional", en *Indret*, nº 397, Barcelona (2007), disponible en: <http://www.indret.com>
- WILS, W.: "EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees" en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, 2011, pp. 1-32.