

## **DERECHO DE COMPETENCIA: INSPECCIONES Y RECOMENDACIONES**

### **1) INTRODUCCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE**

La actividad inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) se ha visto reforzada por la nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia

La actividad inspectora viene regulada por:

- Arts. 39 y 40 de la Ley 15/2007:
  - Deber de colaboración
  - Facultades de inspección
- Arts. 20, 21 y 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003

Las autoridades con competencia en inspecciones son:

- Comisión Europea (si se considera tiene dimensión comunitaria, lo que supone que afecta a 3 o más países o mercados)
- La Comisión Nacional de la Competencia, a nivel nacional
- Las autoridades de competencia en las CCAA

Estos tres niveles actúan coordinadamente

#### **Conductas punibles (artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia)**

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

#### **Sanciones (art. 63)**

Los órganos competentes podrán imponer **multas de hasta el 10 % del volumen de negocios** total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

**En el caso de las asociaciones**, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el **volumen de negocios de todos sus miembros**.

**Además**, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer **una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos** que hayan intervenido en el acuerdo o decisión y no hubieran votado en contra o salvado su voto.

### **Facultades de la inspección**

Estas son:

- Requerimiento de información
- Interrogatorios
- Inspecciones domiciliarias (las denominadas “*DAWN RAIDS*”), que se caracterizan por ser: sorpresa, sin previo aviso, y simultáneas iniciadas por
  - o denuncia de proveedores, clientes o competidores
  - o por delación (en el marco de, por ejemplo, un programa de clemencia en el que uno de los implicados sale del proceso a cambio de delatar a los demás)
  - o “ex officio”, como consecuencia, por ejemplo, de unas declaraciones públicas que haya podido hacer el propio inspeccionado previamente.

### **La inspección domiciliaria (art. 40)**

Incluye las siguientes facultades:

- a) Acceso: no sólo a locales, terrenos o vehículos de empresas y asociaciones sino también a domicilios particulares de empresarios, administradores y otros miembros del personal.
- b) verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,
- c) hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,
- d) retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b,
- e) precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes (hasta 10 días),
- f) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a y e requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

## 2) DESARROLLO DE UN “DAWN RAID” O INSPECCIÓN SORPRESA

**Inspectores:** Funcionarios que siempre deberán ir acreditados por sus servicios (Comisión Europea o Comisión Nacional de la Competencia, CNC).

**El documento que lo autoriza** debe indicar y hay que comprobar que todo sea correcto:

- Objeto y finalidad concretas de la inspección
- Sujeto investigado
- Mención de las posibles sanciones por infracción de las normas de competencia y por obstrucción de la inspección

**Presencia de abogados:** la empresa tiene derecho a consultar a sus abogados durante la inspección y se puede solicitar a la inspección que espere a llamar al abogado, aunque la presencia del abogado no es condición para que se inicie la inspección.

**El responsable ante la inspección:** En las inspecciones no tiene porqué haber un representante legal. La inspección buscará simplemente un responsable en ese momento en la empresa y si no se identifica, se corre riesgo de sanción. Al igual que en una situación de emergencia, no se tiene porqué esperar a que llegue un representante legal, cualquier persona al cargo en la empresa puede hacerse cargo de la inspección. En este sentido puede ser aconsejable tener designados responsables para estos temas o incluso un posible manual operativo.

**Acceso:** El acceso incluye locales de la empresa, medios de transporte de la empresa, y domicilios particulares de empresarios, administradores y otros miembros del personal, previa presentación de mandamiento judicial (el mandamiento judicial no es requisito necesario pero, para evitar obstrucción, suele hacerse de oficio).

**¿Qué puede ser examinado por la inspección?** La inspección examinará cosas tales como:

- Libros y documentos profesionales
- Agendas personales
- Ordenadores de empleados, directivos y administradores
- Herramientas de archivo de datos

Los inspectores no pueden llevarse originales pero sí copias.

### **Interrogatorios:**

Pueden llevarse a cabo también interrogatorios aunque no es lo más habitual.

Es obligatorio contestar aunque lo razonable es hacerlo bajo criterios de mínimos exigibles.

Es sancionable la inexactitud o el engaño en las declaraciones aunque existe el derecho a no autoinculparse.

**Obligación de cooperar:** Existe la obligación de cooperar y el no hacerlo está sancionado con multas que pueden alcanzar hasta el 1% de la facturación anual de la empresa en el ejercicio anterior

### **Confidencialidad:**

Existe la confidencialidad en las comunicaciones abogado cliente con abogados externos a la empresa. Sin embargo, en materia de competencia no se reconoce la confidencialidad en las comunicaciones con abogados de la propia empresa.

Por cuanto respecta a la documentación incautada en la inspección, es posible solicitar la confidencialidad de secretos de empresa de cara al posterior acceso de terceros a los archivos preparados con dicha documentación.

### **3) QUÉ HACER Y QUÉ NO HACER (DO'S AND DONT'S)**

#### **¿Qué debe hacer una empresa ante la inspección?**

- Mantener la calma aunque en estado de alerta
- No oponerse al registro
- Colaborar con las autoridades de defensa de la competencia
- Recabar apoyo de asesores jurídicos

En derecho de competencia el valor fundamental es el de la competencia en el mercado y éste prevalece incluso sobre derechos fundamentales como el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia,... (ésta ha sido hasta ahora la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo). El Gobierno alemán llegó a ser sancionado por ponerse la policía del lado de una empresa que se negó a permitir el acceso de inspectores europeos que acudían sin orden judicial. En España lo normal es que si se produce una inspección europea, siendo las autoridades españolas informadas previamente, se acuda a la inspección sorpresa con orden judicial (evitando así limitaciones para poder precintar un local si fuere necesario, para lo cual es preceptiva la orden).

En todo caso, con orden o sin ella, no conviene oponerse a la inspección.

En interrogatorios es importante contar sólo lo que uno sabe directamente sin más explicaciones de las necesarias y nunca hablar de cosas que se saben por referencia de otros pero que nunca hayamos visto directamente o producidas en reuniones en las que no hayamos estado.

Concluida la inspección se procederá al levantamiento del Acta que luego debe ser firmada por los responsables.

Factores a controlar en una inspección:

#### **a) El alcance de la investigación**

Viene determinado por la orden de investigación o el mandamiento judicial, que deberán ser comprobados.

La investigación está limitada a:

- La actividad, rama o sector especificado
- Las prácticas descritas (la orden tiene que ser concreta y no vale decir que se busca cualquier práctica anticompetitiva; la orden de investigación se da por indicios de una práctica concreta que debe especificarse)
- Los medios enumerados en la orden

**b) La imposibilidad de acceso a:**

- Documentos protegidos por “privilegio legal” (que en el ámbito de competencia sólo se reconoce al abogado externo a la empresa investigada)
- Documentos protegidos por el derecho a la intimidad personal o familiar (por ej. correspondencia privada)

Es importante tener en cuenta que el **empresario no puede** autorizar el acceso al correo de sus empleados sin el consentimiento de éstos. Es un derecho personal y sería precisa orden judicial para ello si el empleado no está ese día en la oficina. Los ordenadores personales pueden contener información privada, de forma que, para evitar obstrucciones sancionables en este caso, si el empleado no está, es aconsejable indicar que no nos oponemos pero que no disponemos del consentimiento del afectado y que si se hace, se hace sin el consentimiento de éste, lo que debe constar en acta.

**c) Es necesario mandamiento judicial, si no hay consentimiento de los afectados, para:**

- Acceso a correspondencia
- Precintar documentos, archivos, ordenadores y locales empresariales

Normalmente las inspecciones suelen llevar el mandamiento judicial de oficio.

**d) Contenido del Acta Final:**

- Comprobar su exactitud
- Comprobar los documentos copiados o intervenidos
- Exigir que contengan las claves o motores de búsqueda utilizados en el registro de los ordenadores (palabras clave rastreadas,...)
- Hacer constar las incidencias (los inspectores harán constar las incidencias ocurridas durante la inspección y la empresa también tiene derecho a hacer constar las incidencias que haya constatado por su parte). Realizar las manifestaciones pertinentes derivadas de la forma de realizar la inspección domiciliaria.

**e) Acordar una solución para el manejo de los documentos intervenidos sujetos a controversia:** En los supuestos en que no exista un criterio o posición común respecto de:

- Qué se considera ajeno a la investigación
- Qué está sujeto a confidencialidad
- Qué está amparado por el secreto legal
- Qué está protegido por el derecho a la intimidad

En España no existe jurisprudencia sobre controversias en la interpretación y por tanto conviene acordar soluciones con el jefe de la inspección.

Por ejemplo es posible tratar de acordar la separación de los documentos sobre los que haya diferencia de opinión en su consideración en una carpeta independiente y tratar de quedar otro día los representantes de la empresa y de la inspección para consensuar qué entra en el expediente y qué no (en otros países existen soluciones de aplicación automática como es meter los documentos objeto de controversia en un sobre lacrado y remitirlos a un tercero árbitro pero de momento en España no).

En último caso ello puede dar lugar a recurrir la orden de inspección, el mandamiento judicial o incluso la investigación completa.

### **Posibilidades de Impugnación**

De la inspección es posible impugnar:

- i. El mandamiento judicial, en virtud de:
  - La existencia de indicios racionales de una infracción
  - La necesidad de registro y la inexistencia de otras alternativas menos gravosas
  - El riesgo de que el empresario se oponga a la entrada
- ii. La actuación inspectora, con respecto a:
  - Extralimitación
  - Violación de derechos fundamentales
  - Falta de proporcionalidad

Efectos del recurso judicial pueden ser:

- La anulación (total o parcial) de la inspección domiciliaria e ineficacia de las pruebas obtenidas
- Devolución de los documentos indebidamente obtenidos
- No utilización de la información lograda (la complicada “teoría de la amnesia aguda” según la cual aun habiendo sido leído debe ser ignorado por completo)

### **PREVENCIÓNES DE FUTURO**

- 1) Realizar una auditoría sobre el cumplimiento de las normas de competencia
- 2) Promover acciones de formación para el personal de la empresa o asociación (directivo y no directivo)
- 3) Contar con asesoramiento jurídico especializado