

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección SEXTA

SENTENCIA N°:

Ilmos/as. Sres/Sras.:

Presidente:

Dª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética**, Dª María del Val Díez Rodríguez, Dº Oscar Mateo Quintana, Dº Fernando Magariños Munar, Dº Manuel Fernández Villacañas Vela, Dº Juan Gómez Conde y Dª Rosario Espeja Sanz y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2008 y actuaciones materiales de investigación llevadas a cabo el 19 de junio de 2008**, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética, Dª María del Val Díez Rodríguez, Dº Oscar Mateo Quintana, Dº Fernando Magariños Munar, Dº Manuel Fernández Villacañas Vela, Dº Juan Gómez Conde y Dª Rosario Espeja Sanz y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2008 y actuaciones

materiales de investigación llevadas a cabo el 19 de junio de 2008, solicitando a la Sala, declare la nulidad de los actos impugnados por vulneración del Derecho Fundamental a la intimidad.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, denegado éste y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintinueve de septiembre de dos mil nueve.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2008, y los actos materiales de investigación en la sede de la entidad recurrente realizados el día 19 de junio de 2008.

Hemos de aclarar desde ahora, que el examen jurídico en el presente recurso, sólo puede hacerse desde la óptica de un derecho fundamental violado, pues se ha seguido el procedimiento especial para su protección. Se alegan tres vulneraciones de derechos fundamentales, el primero, la inviolabilidad del domicilio, el segundo, el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, y el tercero, el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados de la entidad actora.

Analizaremos en primer lugar la violación del artículo 18.2 Constitución. Tal precepto dispone:

“2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

Veamos los antecedentes del presente conflicto jurídico a fin de entender con mayor precisión los términos en que éste se plantea.

El 18 de junio de 2009, el Director de Investigación de la CNC acordó autorizar la entrada y registro en las instalaciones de la recurrente con las facultades previstas en el artículo 40.2 de la Ley 15/2007, a fin de recabar

datos sobre la posible comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la LDC, y, concretamente, como se fija en la pg. 2 del Acuerdo, *“La conducta colusoria de la que ha tenido conocimiento esta Dirección de Investigación, tiene como objetivo principal la coordinación y/o la fijación de las condiciones comerciales de los productos de peluquería profesional fabricados por las empresas participantes mediante un intercambio de información entre todas ellas, que habría sido llevada a cabo, a partir del año 2004, en el marco de la asociación STAMPA. De conformidad con la información a la que ha tenido acceso esta Dirección de Investigación, dichos acuerdos y/o prácticas concertadas podrían haber comenzado en la década de los ochenta y es probable que continúen en vigor, siendo los productos afectados los relativos a la peluquería profesional fabricados en España por las siguientes empresas, que representan en la actualidad, aproximadamente, entre el 70 y el 75% del total del mercado español...”*

Coherentemente con ello, en la página 4 del citado Acuerdo se define el ámbito fáctico de la inspección a *“...un supuesto acuerdo de intercambio de información y fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional.”*

Como consecuencia del Acuerdo parcialmente transcrito, se procedió el 19 de junio de 2008 al registro de la sede de la entidad en Madrid ya que por persona debidamente apoderada se prestó el consentimiento para la entrada a fin de ejecutar la orden de registro acordada por el Director de Investigación de la CNC.

También en virtud del Acuerdo citado se procedió a la inspección en la sede de Barcelona, pero en este caso, con autorización dada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 13 de Barcelona por auto de 16 de junio de 2008, en el que expresamente se refiere a la Orden de investigación de 10 de junio de 2008 dada por el Director de Investigación, y en relación a las conductas colusorias en que podrían haber incurrido las *“...empresas fabricantes de productos de peluquería profesional...”*, y, coherentemente con ello, en el punto 1º de la parte dispositiva se autoriza a *“...acceder al inmueble sito en calle Valencia, 292, entresuelo, 08009, Barcelona, al objeto de practicar las diligencias de ejecución forzosa consistentes en:... proceder a la verificación de la existencia de un intercambio de información y fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicios, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional.”*

Afirma la actora que el registro no se limitó a obtener datos sobre el sector de productos de la peluquería profesional, sino que se amplió a otros sectores de actividad que eran el Comité de Estética, el Comité de Selectividad, y, en menor medida, pero también, el Comité de Gran Consumo y el Comité de Farmacia.

Que las afirmaciones actoras, en este punto, son ciertas, resulta claro del expediente administrativo en el que los inspectores recogen las referencias al material incautado.

Y, efectivamente, del expediente administrativo que contiene los listados elaborados por la propia inspección, se hace referencia a DVD que contienen datos relativos a conceptos de “selectividad”, “asamblea general”, “Cuatrecasas”, “gran consumo”, “comité legal”, “estética profesional”, “informe

estadísticas”, “accidente de tráfico”, “Caser”, “denuncia bolso”, “Irene”, “certificado de escolaridad”, etc. Todos estos conceptos nada tienen que ver con el ámbito de la peluquería profesional.

Además la Sala constata en los listados aportados referencias a “envío de plantilla” y “correo de empleados”, cuya conexión con el sector de la peluquería tampoco se aprecia.

Así las cosas hemos de fijar ya los límites objetivos de la presente litis.

Lo que nos interesa determinar es si el registro realizado sobre datos atinentes a otros sectores distintos de la peluquería profesional se encontraba bajo la cobertura del Acuerdo del Director de Investigación y la Resolución del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de Barcelona, base jurídica para la realización del registro y que operan como límite al derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 de la Constitución.

Que los inspectores actuasen de forma constitutiva de vía de hecho es algo que no interesa en este recurso, ya que es cuestión atinente a la legalidad ordinaria, ni tampoco interesa ninguna otra vulneración de un precepto legal, pues en el especial procedimiento en el que nos encontramos sólo podemos enjuiciar la vulneración de derechos fundamentales, y en este caso, ésta se concreta en la violación del derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución.

SEGUNDO: Dicho lo anterior, hemos de entrar en el examen de la posible violación del repetido derecho fundamental.

En un primer momento hemos de realizar una distinción de concepto. Una cosa son las facultades de los inspectores en un concreto registro y otra muy distinta es el ámbito material en el que esas facultades han de ejercerse. Efectivamente, el artículo 40 de la Ley 15/2007 determina las facultades de los inspectores:

“2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

a. acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,

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 de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,

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.”

Ahora bien, estas facultades han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y en este punto es donde radica el conflicto de autos, porque precisamente el registro se extendió mas allá de la conducta investigada, y por tanto más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora.

Una primera aproximación al problema que hemos de resolver la encontramos en los pronunciamientos contenidos en la sentencia del TC 41/1998, que en sus F.J. 33 y 34 declara:

“Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 L.E.Crim.). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Sólo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.

34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio (SSTC 290/1994, fundamento jurídico 3.o, y 126/1995, fundamentos jurídicos 3.o y 4.o).

Por su parte la sentencia del TC 14/2001, también aporta elementos importantes para definir el alcance del registro y su conexión con la autorización, pues declara en su fundamento jurídico 8:

“Hemos de ocuparnos ahora de la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, FJ 5, y 136/2000, FJ 4).

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que

pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4)."

De la primera sentencia hemos de concluir como doctrina general:

1.- que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados,

2.- los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita, y

3.- la finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito – en nuestro caso infracción administrativa -.

De la segunda sentencia deducimos:

1.- la autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados,

2.- el registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos, y

3.- la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito – en nuestro caso, infracción administrativa -.

De tal jurisprudencia se concluye que los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación.

Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el TC, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados.

TERCERO: Esta doctrina que exponemos se ha elaborado por el TC en relación a actuaciones en el seno de un proceso penal, pero tales principios son igualmente trasladables a los expedientes administrativos sancionadores, ello, de un parte, porque de la propia doctrina del TC resulta que el derecho a la inviolabilidad del domicilio viene referido a la injerencia en él sin consentimiento del titular, de cualquier autoridad, sea del orden penal, colaboradora del mismo, o del orden administrativo, e, incluso, de un particular – con los correspondientes tipos penales en garantía del derecho -, y, de otra parte, porque, como es bien sabido, los principios del Derecho Penal se aplican, si bien con modulaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.

Pues bien, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se articula frente a todos, y por ello, las formas y límites en que se permite que tal derecho ceda ante un interés superior, según la elaboración doctrinal declarada por el TC, es aplicable también al ámbito administrativo.

Dicho esto hemos de entrar a analizar si en el presente caso se ha producido un registro no amparado por las respectivas órdenes de entrada y registro y por ello una violación del artículo 18.2 de la Constitución.

Como hemos dicho anteriormente, la cuestión radica en que en el curso del registro se aprehendieron documentos – mediante copia de los contenidos en el disco duro de los ordenadores existentes en las sedes de la actora -, que no guardaban relación con el sector de productos de peluquería profesional, ámbito al que se circunscribían las conductas investigadas y al que venían referidas las órdenes de entrada y registro.

Reiteradamente la entidad actora ha insistido en que se le comunicaran los criterios de búsqueda de tales documentos, afirmando que no se habían utilizado términos o criterios de búsqueda encaminados a localizar los documentos en este ámbito, sino que, por el contrario, se habían copiado íntegramente los discos duros de los ordenadores para, con posterioridad, examinar los documentos detenidamente, tuviesen o no relación con el sector de peluquería objeto de investigación.

No podemos compartir las afirmaciones contenidas en el Acuerdo de la CNC de 3 de octubre de 2008, en cuanto a que tales criterios eran confidenciales, porque la inquisición del interesado venía referida a los instrumentos utilizados para identificar los documentos respecto de los que el registro había sido autorizado. Y tales instrumentos nunca pueden ser confidenciales para el interesado en la medida en que determinan el medio para encontrar los documentos que serán copiados o incautados.

En resumen, de lo expuesto hasta ahora hemos de concluir que el registro se extendió a datos que nada tenían que ver con el sector de productos de peluquería al que venían referidos los hechos constitutivos de la infracción imputada y para cuya investigación se dieron las autorizaciones de entrada y registro.

Por tanto, el registro, en cuanto afectó a ámbitos no relacionados con la peluquería profesional, no se encontraba amparado por las autorizaciones de entrada y registro y, por ello, constituye una actuación administrativa irregular vulneradora del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La Administración en el registro realizado el 19 de junio de 2008 violó el derecho reconocido a la entidad actora por el artículo 18.2 de la Constitución.

Ahora hemos de ver las consecuencias de tal violación, y para ello nos atendremos al examen de los pedimentos de la demanda.

Se solicita de la Sala que se declare la actuación material que nos ocupa contraria a Derecho. Pues bien, es cierto que existe una actuación material contraria a Derecho en el registro efectuado, pero no toda la actuación constitutiva del registro es contraria a Derecho. Efectivamente, de lo expuesto hasta ahora resulta que la vulneración del derecho reconocido en el artículo 18.2 viene determinada porque el desarrollo material del registro se extendió más allá de los datos para los que se había dado la autorización de entrada y registro, y por tanto, tales datos fueron objeto de incautación – mediante copia -, sin cobertura de una orden de la CNC o del Juzgado que lo autorizase. Esa actuación en el registro y respecto de datos ajenos al sector de peluquería, no encontraba la necesaria cobertura de una autorización de registro que limitase el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución.

Ahora bien, todos los datos recogidos en el registro referentes al sector de la peluquería profesional, estaban debidamente amparados en las

autorizaciones de entrada y registro de la CNC y del Juzgado, por lo que no existió irregularidad en el registro respecto a ellos.

Y en este punto hemos de hacer una precisión con independencia de lo que después diremos sobre el problema de la prueba; no nos encontramos ante la doctrina conocida como la “fruta del árbol prohibido”, según la cual, toda prueba obtenida como consecuencia de una prueba ilícita es también ilícita, y ello, porque en este caso, los datos relativos al sector de la peluquería no se han obtenido como consecuencia de los datos relativos a otros sectores. Sí se han obtenido en un registro en el que se ha producido una extralimitación, pero los datos obtenidos respecto al sector de peluquería no eran objeto de tal extralimitación, por tanto la irregularidad en el registro relativa a los sectores no amparados por las autorizaciones, no se trasmite al sector de peluquería que sí tenía cobertura en las autorizaciones de entrada y registro.

En conclusión, debemos declarar contraria a Derecho la actuación material del registro en cuanto afectó a datos no relacionados con el sector de la peluquería, no así respecto de los datos relativos a dicho sector, que es ajustada a Derecho. Por los mismos motivos hemos de anular la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 en cuanto confirma la legalidad del registro respecto de los datos ajenos al sector de peluquería, no así respecto de los datos referentes a ese sector.

A continuación se nos pide la declaración de invalidez de todas las pruebas obtenidas en las inspecciones que nos ocupan y las obtenidas posteriormente como consecuencia de los datos obtenidos en dichas inspecciones.

Hemos de empezar aclarando que técnicamente no podemos hablar de pruebas sino de elementos fácticos obtenidos en las inspecciones, y ello, porque tal documento fáctico se convierte en prueba de cargo o descargo una vez incorporada al correspondiente expediente sancionador como elemento que acredita determinados hechos. Y esta matización es importante para entender lo que diremos a continuación.

En el presente recurso no ha sido recurrido un acuerdo por el que se incorporen, como elementos probatorios, a un expediente administrativo los elementos fácticos incautados en la entrada y registro que nos ocupa, tampoco es objeto de recurso una resolución que haya valorado como prueba tales elementos fácticos, por tanto, se nos pide por la actora en este punto que realicemos un pronunciamiento de futuro, y no que enjuiciemos una actuación administrativa ya producida. Ello es algo a lo que no podemos acceder. La actuación que enjuiciamos se circunscribe a una recogida de elementos fácticos, que en el momento examinado no constituye prueba, y por tanto ningún pronunciamiento podemos realizar sobre la legalidad o ilegalidad de una actuación aún no producida y que no se sabe a ciencia cierta si se producirá cual es la consideración de prueba de los elementos fácticos aprehendidos.

Por último se nos solicita que ordenemos la devolución del material incautado. Ya hemos señalado que sólo la aprehensión, mediante copia de los documentos, relativa a sectores distintos de la peluquería es irregular, y por ello, sólo a tales las copias incautadas de tales documentos han de ser devuelta, y, efectivamente, deben serlo, porque la Administración no puede legalmente mantener en su poder unos datos recogidos con vulneración de derecho fundamental.

CUARTO: Aclarado lo anterior, hemos de entrar en el examen de las dos restantes vulneraciones de derechos fundamentales alegadas.

Respecto de la confidencialidad de las relaciones abogado cliente, no es un derecho fundamental sustantivo porque nada consagra la Constitución a este respecto, pero es un elemento integrante del derecho de defensa recogido en el artículo 24 del Texto Constitucional. Tal precepto dispone:

“2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Es por tanto necesario que se haya producido alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión. La actuación que examinamos no es constitutiva del uso de la información obtenida en el registro irregular, y por tanto, no pudo causar indefensión material en la forma definida por el TC. No apreciamos vulneración del derecho de defensa.

Por último, se alega violación del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados en la medida en que se incautaron documentos personales que se encontraban en el disco duro de los ordenadores, así como correos electrónicos de carácter también personal.

El precepto constitucional que se dice vulnerado es el artículo 18.1 y 3:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...”

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial...”

Que se incautaron documentos propios de los empleados es algo que ya se ha declarado probado en la presente sentencia, pero hemos de examinar si esa incautación supone una vulneración sustantiva de los derechos alegados.

Hemos de partir de la base de que la Administración actuante no dirigió su actuación a la aprehensión de los documentos privados de los empleados ni de sus correos, lo que ocurrió es que, al copiar el contenido de los discos duros de los ordenadores, también copio documentos personales de los empleados. Pero la actuación de la administración no se encaminaba ni a aprehender esos documentos ni a intervenir las comunicaciones con terceros de los empleados, en cuanto documentos personales o transferencia de información personal de los mismos. Lo que ocurrió realmente es que la Administración, al extralimitarse en el registro vulnerando el artículo 18.2 de la Constitución, también afectó a documentos propios de los empleados. Pero esa afectación no tiene sustantividad propia en la medida en que la actuación administrativa no se dirigió a la aprehensión de los documentos personales y correos electrónicos de los empleados, sino a la aprehensión de todos los documentos, entre los que se encontraban estos documentos privados.

No apreciamos por tanto que la actuación de la Administración supusiera una intromisión en la intimidad personal y secreto de las comunicaciones de los

empleados, sino que supuso una extralimitación de un registro que incidió en tales documentos ajenos al ámbito objeto de la investigación. Esta vulneración, al aprehender documentos ajenos a dicho ámbito, es integrante de la declarada del artículo 18.2, pues la misma se produce porque los documentos en cuestión se encontraban en el domicilio registrado, y se vieron afectados por un registro irregular, pero en ningún caso supuso una actuación administrativa específica sobre los documentos o correos personales de los empleados.

No apreciamos sustantividad en esta actuación administrativa sino que entendemos que la aprehensión de los documentos privados integra la vulneración del artículo 18.2 de la Constitución, en cuanto se realizó extralimitando las facultades de las órdenes que autorizaban la entrada y registro, y sobre tales documentos por la razón de encontrarse en los domicilios inspeccionados.

Para terminar hemos de señalar que rechazamos la alegación del Ministerio Fiscal en cuanto a la falta de autorización de la entidad para interponer el presente recurso porque del poder otorgado a la representación procesal resulta que quien lo otorga se encuentra facultada para ello por escritura de 2 de marzo de 2007.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética**, **D^a María del Val Díez Rodríguez**, **D^o Oscar Mateo Quintana**, **D^o Fernando Magariños Munar**, **D^o Manuel Fernández Villacañas Vela**, **D^o Juan Gómez Conde** y **D^a Rosario Espeja Sanz** y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2008 y actuaciones materiales de investigación llevadas a cabo el 19 de junio de 2008**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución y actuación administrativa impugnadas en cuanto el registro efectuado incidió sobre elementos fácticos ajenos al sector de productos de la peluquería profesional, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en tal extremo, **ordenando** la devolución de las copias de los documentos realizada por los inspectores ajena al ámbito de los productos de la peluquería profesional, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DE LA SECCION SEXTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DON JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, A LA SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO 3/2009, SEGUIDO POR LOS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

Al discrepar de la tesis mayoritaria respecto de los razonamientos y fallo de la sentencia dictada en los autos 3/2009, formuló respetuosamente Voto Particular, entendiendo que los criterios que debía haber seguido la Sala son los que se expresan en los siguientes razonamientos:

PRIMERO.- La sentencia de la que discrepo no cuestiona la conformidad a derecho del Acuerdo del Director de Investigación y de la Resolución del Juzgado nº 13 de Barcelona, sino que llega a su conclusión de estimación parcial del recurso porque considera que “...*el registro se extendió más allá...de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora...*” (F.D. Segundo) ya que “...*se extendió a datos que nada tenía que ver con el sector productos de peluquería...*” (F.D. Tercero).

Mi desacuerdo, que expreso en este voto particular, se refiere a este punto, ya que no considero que el acto del registro haya excedido la Orden de Investigación del Director de Investigación de la CNC de 18 de junio de 2008.

SEGUNDO.- Efectivamente, el ámbito fáctico de la Inspección viene delimitado en la Orden de Investigación, en cuya página 4 se indica lo siguiente:

A la vista de lo expuesto, se ordena a STANPA que se someta a inspección por su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del artículo 1 de la LDC en relación con un supuesto acuerdo de intercambio de información y fijación, de forma

directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional.

El anagrama de la recurrente “STANPA” corresponde a la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética que, según el artículo 1 de sus Estatutos (folios 3757 a 3774 del expediente administrativo), es una asociación que integra a empresas cuya actividad consista en la fabricación, importación, distribución y venta de productos de perfumería, cosmética, peluquería, jabones, dentífricos, esencias y aromas o similares.

La Orden de Investigación se refiere a los locales de dicha Asociación Profesional, y afecta a cualquier dato o documento que pueda estar relacionado con la conducta anticompetitiva consistente en intercambios de información y fijación de precios o de otras condiciones por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional.

Resulta del acta de inspección que el modo de proceder de los inspectores fue el siguiente: buscaron y copiaron, con arreglo a determinados criterios de búsqueda sobre los que más adelante haremos un comentario, determinados archivos informáticos que obraban en los ordenadores de la Asociación empresarial recurrente, y elaboraron un listado de los archivos informáticos copiados, dejando en poder de la Asociación empresarial tanto los archivos informáticos originales, como una copia del acta y de los listados de los archivos copiados.

A la finalización de la inspección, se indicó a la empresa que una vez analizado por la Dirección de Investigación de la CNC el contenido de los documentos copiados en el curso de la inspección, se procedería a la devolución de aquellos documentos que no estuvieran relacionados con el objeto de la investigación.

Advertido lo anterior, no coincido con la sentencia de la mayoría en el razonamiento que llega a la conclusión de que existen documentos que no tienen que ver con el objeto de la investigación, sencillamente por razón del título o nombre de los listados elaborados por la propia inspección, que se refieren a conceptos como “selectividad”, “asamblea general”, “Cuatrecasas”, “gran consumo”, “comité legal”, “estética profesional”, “informe estadísticas”, “accidente de tráfico”, “caser”, “denuncia bolso”, “Irene”, “certificado de escolaridad”, etc. Hay que tener en cuenta, que de acuerdo con las propias actas de inspección, tales listados se elaboraron en el momento en que la inspección se llevaba a cabo, es decir, antes de haberse examinado el contenido de los documentos.

En mi parecer, el nombre de un fichero o del archivo o directorio en que se encuentre un documento puede ser un indicio de su contenido, pero no es posible sólo por ese dato del nombre o de la carpeta en que se encuentra, decidir de forma segura si el documento en cuestión está relacionado o no con el objeto de la inspección. Si así fuera, se dejaría en manos de las empresas investigadas la selección de documentos a inspeccionar por la CNC, por el

sencillo método de incluir los acuerdos e intercambios de información anticompetitivos en archivos informáticos con nombres ajenos al objeto de la investigación.

TERCERO.- Para decidir sobre el exceso del registro, esto es, sobre el exceso de los archivos informáticos copiados en relación con la Orden de investigación del Director de Investigación de la CNC, hemos de tener en cuenta las facultades de inspección que la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC), reconoce al personal habilitado de la CNC, así como el contexto en el que se produce la actuación inspectora.

La Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008, recaída en el expediente administrativo del que dimanen estas actuaciones, puso de relieve las características esenciales de la inspección que se llevaba a cabo. A diferencia de una inspección laboral o tributaria, que se basa en el análisis de documentos que las empresas tienen el deber de tener en su poder (libro de matrícula de trabajadores, boletines de cotización, libros de facturas, etc), en las actuaciones de la CNC de investigación de cárteles o alianzas colusorias, por su propia naturaleza clandestinos, la información que se busca consiste en comunicaciones, intercambios de datos, actas de reuniones y acuerdos que no necesariamente constan en una ubicación específica.

Por otro lado, es conocido el desarrollo tecnológico alcanzado en nuestros días por los sistemas de almacenamiento en soporte informático, que presentan las dos características a que se refiere la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 citada, de un lado, el ingente volumen de documentación que puede contener un solo ordenador personal de un empleado, y basta al respecto recordar que, como cualquier usuario de bases de datos legislativas y jurisprudenciales conoce, en un simple disco DVD es posible almacenar miles y miles de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales en varios decenios, junto con los miles de normas de todo rango emanadas de los parlamentos nacional y autonómicos y de toda clase de Administraciones, y de otro lado, la facilidad de eliminación de esa información, que puede ser borrada en muy pocos minutos o remitida a otros soportes informáticos también en muy breve tiempo.

CUARTO.- Las facultades de investigación que el artículo 40.2 LDC reconoce al personal habilitado de la CNC, que son, entre otras,

a) Acceder a cualquier local, incluyendo el domicilio particular de los empresarios.

b) Verificar libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.

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

d) Retener hasta 10 días los libros y documentos mencionados en la letra b.

e) Precintar todos los locales, libros, documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

Teniendo en cuenta las circunstancias antes citadas sobre las características de la documentación que se buscaba en la inspección, creo que el modo de proceder de los funcionarios fue el menos gravoso para la Asociación empresarial recurrente de entre las actuaciones que permite el artículo 40.2 LDC.

En efecto, como se ha dicho los funcionarios de la CNC buscaron y copiaron determinados archivos digitales de los ordenadores de algunos empleados de la Asociación empresarial recurrente, de forma que al término de la inspección se llevaron las copias y quedaron en la Asociación los archivos originales y un listado de los archivos copiados, con la advertencia de que una vez analizado por la Dirección de Investigación de la CNC el contenido de los documentos copiados, se procedería a la devolución de aquellos que no estuvieran relacionados con el objeto de la investigación.

Tal posibilidad de actuación de copiado de documentación está expresamente prevista por la letra c) del artículo 40.2 LDC mencionado, y aunque es cierto que existen otras formas de proceder alternativas entre las autorizadas por el artículo 40.2 LDC, son más gravosas al conllevar la interrupción de la actividad empresarial por un tiempo superior al que exige el copiado de los archivos informáticos. En particular, si como parece apuntar la sentencia de la que discrepo, los inspectores de la CNC debieron únicamente llevarse los documentos relacionados con el sector de la peluquería profesional, el examen en los locales de la asociación empresarial recurrente, siquiera somero y superficial, del ingente volumen de documentación que puede almacenar un ordenador, habría exigido a los funcionarios de la CNC el precinto de los locales y ordenadores de la asociación empresarial durante el tiempo necesario para esa comprobación “in situ” (facultad reconocida por la letra e del artículo 40.2 LDC) o bien, retener hasta 10 días los libros y documentos, así como sus soportes informáticos (facultad reconocida por la letra d del artículo 40.2 LDC).

QUINTO.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha examinado las facultades que el artículo 14 del primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (Reglamento 17/1962, de 6 de febrero), reconocía a los agentes de la Comisión en materia de verificaciones, que incluían entre otras las de acceso a los locales y hacer copias de los libros y documentos de las empresas y asociaciones de empresas.

Es doctrina del TJCE que estas verificaciones pueden tener un alcance muy amplio, y que las facultades de los agentes no están limitadas a pedir la presentación de documentos identificados previamente de forma precisa, sino

que tales facultades comprenden la posibilidad de buscar elementos de información que aún no sean conocidos o estén identificados.

Así resulta de las STJCE de 21 de septiembre de 1989 (caso Hoechst A.G, asuntos 46/87 y 227/88, apartados 26 y 27), 17 de octubre de 1989 (caso Dow Benelux, asunto 85/87, apartados 37 y 38) y 17 de octubre de 1989 (caso Dow Chemical Ibérica, asuntos 97/87, 98/87 y 99/87, apartados 23 y 24). Esta última sentencia, en los apartados citados, dice lo siguiente.

23. Tanto la finalidad del Reglamento nº 17 (LCEur 1962\4) como la enumeración por su artículo 14 de las facultades de que están investidos los Agentes de la Comisión ponen de manifiesto que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas de competencia en los lugares donde normalmente se hallan; es decir, en los locales empresariales.

24. Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas.

SEXTO.- Tampoco comparto los razonamientos de la sentencia respecto del carácter confidencial de los criterios de búsqueda de información utilizados por los funcionarios de la CNC (F.J. Tercero), que por esa razón no fueron facilitados a la asociación empresarial recurrente.

La sentencia de la Sala señala que tales instrumentos nunca pueden ser confidenciales para el interesado en la medida en que determinan el medio para encontrar los documentos que serán copiados o incautados.

Pero el Tribunal de Primera Instancia ha recordado que los funcionarios y otros agentes de la Comisión están obligados a no divulgar las informaciones que se hallen amparadas por el secreto profesional, en su sentencia de 20 de abril de 1999 (asunto T-305/94 y otros acumulados), cuyos apartados 424 y 425 dicen lo siguiente.

424. A este respecto, las demandantes alegan un único argumento, basado en la abundancia de los documentos que la Comisión fotocopió y se llevó, violando así el secreto de las empresas.

425. Pues bien, el supuesto carácter excesivo del volumen de los documentos cuya copia se llevó la Comisión, que, por otra parte, las demandantes no precisan de ninguna otra manera, no puede constituir, por sí solo, un vicio que afecte al desarrollo de un procedimiento de inspección, cuando, además, la Comisión lleva a cabo una investigación sobre un supuesto

cártel entre todos los fabricantes europeos de un sector determinado. Por lo demás, con arreglo al apartado 2 del artículo 20 del Reglamento núm. 17, los funcionarios y otros agentes de la Comisión están obligados a no divulgar las informaciones que hayan recogido de conformidad con dicho Reglamento y que, por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional.

En mi opinión, el deber de guardar secreto sobre los hechos e informaciones que el artículo 43 LDC impone a todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes de la CNC, o que conozcan tales expedientes por razón de profesión o cargo, se extiende no sólo a los documentos copiados en el curso de una inspección, sino también a los criterios de búsqueda de información utilizados, que derivan de la información reservada obtenida por la CNC con carácter previo a la inspección, y cuya revelación puede poner de manifiesto las fuentes de conocimiento de la CNC, así como perjudicar a la propia investigación en marcha.

SÉPTIMO.- Finalmente, también ha de tenerse en cuenta que la asociación empresarial recurrente, que contó con asistencia letrada tanto durante la inspección que se desarrolló en sus locales de Madrid, como en la efectuada en los locales de Barcelona, en ningún momento hizo alegación alguna respecto de que alguno o algunos de los documentos copiados fueran ajenos al objeto de la investigación.

Es más, en fecha posterior a las inspecciones, la asociación recurrente alegó ante la CNC que algunos documentos que identificó estaban amparados por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, y otros se referían a cuestiones de índole privado o particular de los empleados, y la CNC procedió a la devolución de las copias efectuadas de dichos documentos.

El Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 17 de septiembre de 2007 (asuntos T-125/03 y T-253/03, apartados 76 y siguientes) indica que no basta que una empresa se niegue a aportar a la Comisión unos documentos profesionales, alegando su confidencialidad, sino que es necesario que aporte a los agentes de la Comisión los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección:

80.- Resulta, pues, que el mero hecho de que una empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir a la Comisión acceder a dicho documento si, al margen de ello, la empresa no aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Entre otras cosas, la empresa inspeccionada podrá indicar a la Comisión quiénes son el autor y el destinatario del documento de que se trate, explicar las respectivas funciones y responsabilidades de cada uno de ellos y hacer referencia a la finalidad del documento y al contexto en el que se redactó. Del mismo modo, la empresa puede mencionar el contexto en el que se descubrió el documento y la manera en la que fue clasificado, así como remitirse a otros documentos con los que tenga relación.

Pues bien, en este caso, durante las inspecciones de los locales de Madrid y Barcelona, la asociación empresarial recurrente no sólo no aportó dato o prueba de cualquier clase, que permitiera suponer la protección de algún documento frente a la inspección, sino que ni siquiera hizo objeción o alegación en relación con ninguno de los documentos que fueron copiados.

Por las razones expuestas, considero que la sentencia debió desestimar el recurso contencioso administrativo.