

RESOLUCIÓN

(Expediente, Recurso 0025/09, Campezo/Guipasa)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 28 de diciembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero Ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R0025/09, Campezo/Guipasa, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L., CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Y GUIPASA S.A. (en adelante CAMPEZO), de conformidad con el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 9 de octubre de 2009 y el acto administrativo de la inspección realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la sociedad mencionada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha de 29 de octubre de 2009, previa entrada en correo administrativo de 27 de octubre de 2009, ha tenido entrada en la CNC escrito de la representación de CAMPEZO en el que se formula recurso contra la Orden de Investigación de la DI de 9 de octubre de 2009 y el acto administrativo de la inspección realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la sociedad mencionada con base en autorización judicial de entrada en el domicilio del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº3 de Donostia-San Sebastián por auto de 14 de octubre de 2009 por entender que los citados actos administrativos han producido indefensión al recurrente y perjuicios irreparables al

haberse producido con violación de derechos amparados por la Constitución Española (CE) y con infracción de preceptos de la LDC. En dicho recurso se solicita:

- 1) Que se deje sin efecto el acto de la inspección y el acta que lo refleja por violación de los artículos 18.2 y 24 de la Constitución y que se declare sin efecto la Orden de Investigación de 9 de octubre de 2009 al infringir el artículo 40 de la LDC en relación con el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).
- 2) Que se ordene que todos y cada uno de los documentos intervenidos por la inspección se devuelvan de inmediato al recurrente, sin dejar nota alguna en el expediente ni en ningún otro.
- 3) Que se declare que en el acto de la inspección se ha llevado a cabo con infracción del derecho a la protección de los datos personales de los directivos y empleados del recurrente, al volcarse los contenidos de sus ordenadores sin discriminar los ficheros que contienen datos de carácter personal, ajenos a la actividad empresarial.

SEGUNDO. La anterior solicitud se justifica en los siguientes hechos:

Con fecha 15 de octubre de 2009, funcionarios de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) se personaron en la sede de la empresa Grupo Campezo Obras y Servicios S.L., sita en San Sebastián calle Amezketa, 10, con el fin de llevar a cabo una inspección que le permitiese verificar la posible existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, todo ello de acuerdo con las Órdenes de Investigación de fecha 9 de septiembre de 2009, dictadas por el Director de Investigación de la CNC, en virtud de las facultades de inspección establecidas en el artículo 40 de la LDC, y la autorización judicial del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de San Sebastián, dictada inaudita parte.

TERCERO. Con fecha 29 de octubre de 2009, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia, escrito de la representación de CAMPEZO, en el que formula su recurso administrativo contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación solicitando lo expuesto anteriormente.

CUARTO. Con fecha de 5 de noviembre, la DI remitió informe sobre el recurso en cuestión, conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC

QUINTO. El Consejo de la CNC en su reunión de 28 de diciembre de 2009 ha examinado y fallado la siguiente Resolución.

SEXTO. Es parte interesada GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L., CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Y GUIPASA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Fundamento del recurso y pretensiones del recurrente

Del recurso presentado con fecha de entrada de 29 de octubre de 2009 se deduce que el fundamento de CAMPEZO para promover el presente recurso se basa en la Orden de Investigación de la DI de 9 de octubre de 2009 y el acto administrativo de la inspección realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la sociedad mencionada con base en autorización judicial de entrada en el domicilio del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº3 de Donostia-San Sebastián por auto de 14 de octubre de 2009. Entiende la representación letrada de la recurrente que los citados actos administrativos han producido indefensión al recurrente y perjuicios irreparables al haberse producido con violación de derechos amparados por la CE y con infracción de preceptos de la LDC.

En concreto, la pretensión anulatoria de la actuación de la DI se fundamenta en los siguientes extremos, que seguidamente se analizarán:

1. Violación del art. 18.2 CE que proclama la inviolabilidad del domicilio prohibiendo la entrada en todo domicilio sin autorización de su titular o decisión judicial.
2. Vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE) que se produce por el equipo inspector de la CNC en la inspección practicada el 15 de octubre de 2009.
3. Infracción por parte de la Orden de Inspección de fecha 9 de octubre de 2009 del art. 40.2 de la LDC en relación con el art. 13.3 del RDC.
4. Infracción por la inspección del derecho a la protección de los datos personales de las personas físicas cuyos ficheros informatizados se inspeccionaron (art. 18.4 CE en relación con el art. 10 CE).

SEGUNDO. Naturaleza y alcance del procedimiento de autorización judicial en materia de inspecciones realizadas por la Comisión Nacional de la Competencia

Las facultades de inspección de la CNC están reguladas en el artículo 40 de la LDC y en el artículo 13 de su Reglamento. De otra parte, la Disposición Adicional Séptima de la LDC, por la que se le da nueva redacción al artículo 8.6 de la LJCA, dispone que *“los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición”*.

De acuerdo con la jurisprudencia del TS y TC, a través de esta intervención judicial, se trata de conciliar, el respeto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, con la ejecutoriedad de los actos administrativos que es consecuencia del principio de autotutela administrativa en su vertiente ejecutiva (STS de 27 de septiembre de 1997).

Así mismo, la mencionada doctrina se viene expresando de forma clara en el sentido de que el control ejercido por el juez autorizante es un control liminar, que no pone en entredicho la regularidad del acto, sino únicamente la adopción por órgano competente y conforme a procedimiento establecido, revistiendo una apariencia general de legalidad. La jurisprudencia es unánime al señalar que el ámbito de cognición del juzgador en los casos de solicitud de entrada es limitado. Dicha jurisprudencia limita (ATC de 16 de diciembre de 1991) la intervención del juzgado llamado a garantizar la inviolabilidad del domicilio a, en su caso, autorizar a la Administración a que entre en él, entrada que debe estar justificada por una previa decisión administrativa, cuya ejecución haga necesaria dicha intromisión (SSTC 22/1984,FJº5 y 160/1991, FJº8) y que reúna los requisitos propios de un título ejecutivo (STC 137/1985,FJº 5).

Al ejercer esta atribución, el Juez no asume el control de la legalidad de la actuación administrativa; su función de garantía se agota al asegurar que la entrada domiciliaria es, efectivamente, necesaria para ejecutar un acto que, prima facie, parece fundado materialmente en un acto administrativo válido, y dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias (STC 144/1987, FJº 2).

De todo ello se deduce que no corresponde al órgano judicial que debe de resolver sobre el otorgamiento de la autorización sino la comprobación en este momento de determinadas exigencias preliminares, básicamente, la apariencia de legalidad. Máxime además cuando el recurrente dispone de la vía de la impugnación ante los Juzgados y Tribunales competentes del acto habilitante, esto es, la propia autorización judicial.

Para el caso que nos ocupa, esta doctrina viene ratificada en el Auto nº 318/2009, de 14 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia, que autorizaba la entrada de los inspectores de la CNC en la sede social de la recurrente. En el mismo aún reconociendo que el Juez no debe conceder la autorización como un mero automatismo formal, declara que *“no se somete a su juicio una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona (STC 22/1984). Se le ha otorgado al Juez la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por una autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (STC 76/1992)”* (Razonamiento jurídico 2º).

De todo lo dicho se deducen con carácter general y, en particular, para el análisis pormenorizado de las cuestiones planteadas en el presente recurso, que se llevará a cabo inmediatamente, las siguientes conclusiones:

- 1.) La toma de conocimiento por parte del Juez Contencioso Administrativo en estos procedimientos de autorización judicial es limitado, en el sentido que no le corresponde en este momento enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse.
- 2.) En concreto, el Juez deberá verificar, con carácter previo, que el interesado es, efectivamente el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización; la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración; que el acto sea dictado por la autoridad competente; que el acto aparezca fundado en derecho; que el acto sea necesario para alcanzar el fin perseguido; que no se produzcan más limitaciones de las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.
- 3.) No es, por tanto, el Auto judicial el que debe de señalar el objeto de la investigación, pues el mismo vendrá determinado en la Orden de Investigación sobre la que se fundamenta la solicitud de autorización. Sin embargo, el ámbito de cognición del Juez Contencioso Administrativo se limitará a los aspectos ya mencionados.
- 4.) La resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, aunque la misma podrá ser recurrida por los afectados ante el Juez o Tribunal competente e incluso se podrá solicitar la suspensión del mismo.

TERCERO. Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Una vez delimitado el alcance de la autorización judicial prevista en el art. 8.6 de la LJCA, y entrando propiamente en el análisis del recurso objeto del presente expediente, el Consejo considera que el mismo debe ser inadmitido por los dos motivos que, inmediatamente, se expondrán:

- 1.) En primer término, porque la inspección sobre la que se fundamenta el presente recurso constituye un acto de trámite no susceptible de ser impugnado al no producir indefensión ni perjuicios irreparables.**

Al interponerse el recurso objeto del presente expediente en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 LDC, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si la Orden de Investigación dictada por la DI y la subsiguiente inspección son, como pretende la recurrente, actos administrativos recurribles ante el Consejo o si, por el contrario, procede su inadmisión.

El mencionado artículo 47 LDC solo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la Dirección de Investigación que “produzcan

indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, de tal modo que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda.

La inspección no pone fin a ningún procedimiento administrativo ni decide el fondo del asunto. Las facultades reconocidas en el artículo 40 a los funcionarios de la CNC para llevar a cabo las inspecciones que sean necesarias, cumpliendo las garantías legales, para la debida aplicación de la LDC, constituyen una posibilidad otorgada a la DI, que puede ejecutarse, incluso, con anterioridad a la incoación de expediente sancionador, como en el caso examinado. En tales circunstancias la inspección domiciliaria se inserta dentro de la fase de información reservada (art. 49. 2 LDC) cuyo objeto es determinar, con carácter preliminar, si concurren las circunstancias que justifiquen, en su caso, la incoación del expediente sancionador. Ni la información reservada ni la ejecución de la inspección determinan necesariamente que el expediente sancionador vaya a ser incoado, puesto que ello dependerá del resultado de las actuaciones (incluida la inspección), pudiendo acordarse finalmente el archivo de las actuaciones.

A este respecto debe traerse a colación, la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de indefensión, reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitarios 1) y R/0009/08 (Transitarios 2)], en la que se declara lo siguiente: “El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que *«no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa»* (STC 71/1984, 64/1986).”

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquella que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos.

La pretendida indefensión sólo podrá ser apreciada respecto de actuaciones administrativas que efectivamente tengan un carácter sancionador, puesto que tal reconocimiento tiene su justificación en la vigencia de los principios del orden penal que viene reconociéndose

dentro del derecho administrativo sancionador, en cuanto manifestaciones ambos del ordenamiento punitivo del Estado (STS de 7 de febrero de 2007, recurso de casación nº 6456/2002). El mencionado carácter sancionador no puede sin embargo sostenerse en este caso pues la actuación de la DI que se recurre no supone imputación de cargo alguno al recurrente.

Es doctrina consolidada de este Consejo de la CNC la consideración de que en los actos de trámite, dado que no existe todavía la imputación de un cargo, no cabe plantearse la existencia de indefensión. Así, lo ha declarado este Consejo en su Resolución de 3 de febrero de 2009: *“En todo caso, el derecho de defensa del recurrente no se ha visto vulnerado en ningún caso, puesto que, como ya se ha repetido, tanto la Orden de Investigación como el Acuerdo de incoación se refieren a los hechos que motivaban una y otro. Y, en definitiva, la acusación formal, a efectuar por la Dirección de Investigación, en su caso, no tiene lugar sino mediante el Pliego de concreción de hechos de infracción, que es “el único acto que define la acusación y las personas imputadas” tal como ya declaró en su momento el extinto TDC en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. r171/96, Unión Explosivos 2). En otras palabras, como seguía diciendo el TDC en la misma Resolución, “dado que no existe imputación de un cargo [al recurrente] del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”.*

Como resulta evidente, este no es en modo alguno el caso examinado en el presente expediente, pues la actuación de la DI que se recurre no supone imputación de cargo alguno al recurrente, por lo que hay que estar a lo declarado por el extinto TDC en ya en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. R171/96, Unión Explosivos 2) al indicar que *“dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”.*

Y no existe imputación de la que defenderse porque en el momento de producirse la actuación recurrida, como se ha advertido, ni siquiera se había incoado procedimiento sancionador, toda vez que la misma se realizaba en el marco de la información reservada prevista en el artículo 49.2 LDC. Por tanto, dicha actuación de ningún modo es definitiva, y en este sentido, como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, *“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”,* matizando que *“esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”.*

Ninguno de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el presente caso pues, como acabamos de razonar, ni estamos ante un acto definitivo ni se ha resuelto, procedimiento sancionador alguno, siendo

consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

En cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el TC entiende que es “aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración” (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). Dado que no puede hablarse de vulneración de ningún derecho constitucional, no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable. Pero, además, tampoco entiende el Consejo que quepa apreciar su existencia en el momento procedimental en el nos encontramos, puesto que la inspección, desarrollada con arreglo a una OI ajustada a las exigencias del artículo 13.3 del RDC y posteriormente validada a efectos de entrada por un Juez de lo Contencioso-Administrativo, no ha tenido ningún tipo de consecuencia jurídica que, aún de manera indirecta, se pueda identificar con la producción de perjuicio de ningún tipo.

De ello se puede deducir, como adelantamos, que es notorio que no existe indefensión ni perjuicios irreparables a derechos fundamentales con respecto de un acto que, como la inspección, es de mero trámite y carente de contenido sancionador y que, en consecuencia, este recurso resulta inadmisibile.

2.) En cualquier caso, y sentadas las bases anteriores, aún cuando procediera realizar un análisis pormenorizado y de fondo de las cuestiones planteadas por la recurrente, entiende este Consejo que tampoco cabría estimar el recurso, ya que no se habría producido perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos respecto de cada uno de los extremos alegados, como exige el artículo 47 de la LDC, por los siguientes motivos:

(i) Violación del artículo 18.2 de la Constitución que proclama la inviolabilidad del domicilio prohibiendo la entrada en todo domicilio sin autorización de su titular o decisión judicial.

La fundamentación de esta alegación del recurrente se basa en el error material detectado en el Auto nº 318/2009 de 14 de octubre de 2009 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián, en el que, si bien se remite a la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 9 de octubre de 2009, el objeto de la investigación que se refleja en su razonamiento jurídico tercero no coincide con el indicado en la citada Orden de Investigación y en base a ello, el recurrente alega que la inspección no se ha ajustado al objeto para el que se autorizó la entrada y, por tanto, las pruebas obtenidas son ilícitas por vulneración de la inviolabilidad domiciliaria constitucional.

Sentadas las bases, en el fundamento de derecho anterior, sobre la naturaleza y el alcance del procedimiento de autorización judicial para la entrada en los domicilios de las sociedades objeto de inspección por parte de la CNC, este Consejo debe nuevamente

recordar, de conformidad con la jurisprudencia del TC y TS, el alcance limitado de la cognición del Juez respecto del acto sometido a su decisión. Como pusimos de manifiesto, el deber de verificación del Juez Contencioso Administrativo en estos procedimientos de autorización judicial es acotado, en el sentido que no le corresponde en este momento enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse.

Así, el Juez deberá verificar, con carácter previo, que el acto sea dictado por la autoridad competente, que la Orden de Investigación de la DI de 9 de octubre de 2009, está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende, que se respeta el principio de proporcionalidad, que el interesado es, efectivamente el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización; la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración; que el acto sea necesario para alcanzar el fin perseguido; que no se produzcan más limitaciones de las estrictamente necesarias para la ejecución del acto. El acto de intervención del Juez no se puede extender por lo tanto a la fiscalización de la legalidad del acto y su ejecutividad, ni tampoco puede modificar sin aportar motivación o justificación al respecto los fundamentos de la solicitud expresados en la Orden de Investigación. Su labor se circunscribe a formarse un juicio conducente al otorgamiento o denegación de la autorización solicitada por la Administración, pero no es el Juez el que debe especificar ni señalar cuál haya de ser el objeto de la investigación.

De esta forma, sólo puede entenderse, efectivamente, como un error material la disparidad contenida en el razonamiento jurídico tercero del Auto judicial en cuanto al objeto de la inspección con respecto a la Orden de Investigación.

Sin embargo no puede entenderse que este error material en uno de los razonamientos jurídicos del Auto haya producido indefensión material a los afectados puesto que, en primer término, y de acuerdo con todo lo dicho anteriormente, no es el Juez el que determina el objeto concreto de investigación puesto que no le corresponde enjuiciar en este momento la legalidad del acto, sino básicamente verificar la apariencia de legalidad y la justificación de la medida. Debe destacarse, por otro lado, que en la Parte Dispositiva del fallo que, como es conocido, constituye la decisión del juez acerca de los hechos sometidos a su decisión, se autoriza expresamente a los funcionarios de la CNC a entrar en la sede de las empresas afectadas “a fin de proceder a la inspección ordenada por la DI de la CNC”.

En segundo lugar, los inspectores advirtieron, desde el primer momento de la Inspección, que el objeto de la investigación se circunscribiría a lo dispuesto en la Orden de Investigación, y que en cualquier caso existía la posibilidad de recurrir el citado Auto mediante recurso de apelación en un solo efecto en el plazo de quince días, contando desde el siguiente a su notificación, tal y como consta en el Acta de Inspección.

En conclusión, a juicio de este Consejo, la inspección desarrollada el 9 de octubre de 2009 fue ajustada a derecho, tal y como confirmó prima facie el Auto Judicial que la autorizó, sin que pueda entenderse vulnerado el derecho constitucional alegado de la inviolabilidad

domiciliaria por el error material existente en el mismo, ni pueda ser aplicada la doctrina traída a causa por la recurrente, expresada en la sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2009 y relativa a la documentación recabada fuera del objeto de la inspección.

(ii) Vulneración del derecho de defensa (artículo 24 de la Constitución), en tanto que el auto hace referencia a la inspección respecto de Grupo Campezo Obras y Servicios S.L., su matriz, filiales y participadas y la Orden de Investigación únicamente a Grupo Campezo Obras y Servicios S.L.

Paralelamente a la alegación anterior, también sostiene la recurrente la incongruencia entre el Auto judicial y la Orden de Investigación con respecto a la determinación de los sujetos investigados. Según la representación de la mercantil la autorización judicial hace referencia al Grupo Campezo Obras y Servicios S.L., su matriz, filiales y participadas, mientras que la Orden de Investigación de la DI alude solamente al Grupo Campezo Obras y Servicios, lo que supone según la representación procesal recurrente un proceder arbitrario de la Administración que causa indefensión a las empresas identificadas.

Respecto a esta alegación, considera el Consejo innecesario extenderse en su argumentación toda vez que consta de forma irrefutable en la Orden de Investigación, firmada por la Directora de Investigación con fecha de 9 de octubre de 2009, y a la cual las partes afectadas tuvieron acceso desde un primer momento, la autorización a los funcionarios indicados para realizar una inspección a partir del día 15 de octubre de 2009, “en la sede de Grupo CAMPEZO Obras y Servicios S.L., o en cualquier otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas, situada en C/ de los Amezketa, 10 - Bajo y Primera Planta 20010 Donostia - San Sebastián (GUIPÚZCOA)” (cita textual con subrayado propio). Por su parte, en la parte dispositiva del Auto nº 318/2009, donde se acuerda autorizar a los funcionarios de la CNC a la entrada, se alude expresamente a “la empresa grupo Campezo Obras y Servicios S.L., ubicada en el De los Amezketa 10-bajo y primera planta de Donostia o en cualquier otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas”.

No existiendo tal incongruencia en cuanto a la identidad de los sujetos inspeccionados esta alegación tampoco estaría llamada, en su caso, a prosperar.

(iii) Infracción del artículo 40.2 de la LDC en relación con el artículo 13.3 del RDC, pues la Orden de Investigación de la DI de 9 de octubre de 2009 no cumple con ninguno de los requisitos que se señalan en el artículo 13.3 del RDC.

Entiende la recurrente que la Orden de Investigación de 9 de octubre de 2009 no cumple con ninguno de los requisitos que se señalan en el art. 13.3 del RDC en relación con el art. 40 de la LDC, por lo que se debería dejar sin efecto la inspección y ordenar la devolución de toda la documentación recabada.

Con carácter previo a una articulación pormenorizada de los requisitos exigidos por el precepto mencionado del RDC, es necesario poner de manifiesto que la OI goza de una doble presunción de validez, por una parte como acto administrativo dictado por una autoridad competente con sujeción a la ley, y de otra, al ser refrendada, en los términos expuestos en anteriores fundamentos de derecho, por el Juez competente para ello al proceder a la autorización judicial.

Por ello, este Consejo quiere dejar constancia que en el supuesto en que la Orden de Investigación no se ajustara a los parámetros legales exigidos, fuera excesivamente amplia en sus términos, o hubiera obviado alguna condición obligatoria, en ningún caso, se hubiera procedido judicialmente a autorizar la entrada en el domicilio de las inspeccionadas, como así sucedió, pues precisamente la toma de conocimiento y el control efectuado por el juez tiene como finalidad garantizar la satisfacción de las exigencias derivadas de un procedimiento de autorización de entrada, esto es, la apariencia de legalidad, la justificación de la medida y la proporcionalidad de la actuación en relación con el fin perseguido.

El artículo 13.3 del RDC establece que el personal autorizado ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique *“el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia”*. Pues bien, si nos detenemos en la Orden de Investigación de 9 de octubre de 2009, observamos que la misma además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la inspección, indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a determinada información según la cual determinadas empresas habrían podido incurrir en posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional y que, por lo tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si estos acuerdos se han llevado a la práctica.

Asimismo en la citada Orden de Investigación se indica que la investigación a realizar podrá abarcar, entre otras actuaciones, la inspección del registro de comunicaciones internas, del registro de comunicaciones externas, incluido el libro de "faxes" y la correspondencia comercial, las agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, los archivos físicos e informáticos, los ordenadores personales, el Libro de Actas del Consejo o de los órganos directivos y los documentos contractuales. Por último, tal y como dispone el artículo 13.3, la Orden de Investigación recuerda que se sanciona con una multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa a aquella empresa que no se someta a la inspección o la obstruya.

Así pues, respecto a esta alegación, ha de indicarse que en la Orden de Investigación, como ya ha podido comprobarse, se indican expresamente los extremos exigidos por la normativa de desarrollo, por lo que en ningún caso cabría señalar la infracción del artículo 40.2 de la LDC en relación con el artículo 13.3 del RDC.

iv) Infracción por la inspección del derecho a la protección de los datos personales de las personas físicas cuyos ficheros informatizados se inspeccionaron (artículo 18.4 de la Constitución en relación con el artículo 10 de la Constitución).

La recurrente, por último, alega que el acto de inspección se llevó a cabo con infracción del derecho a la protección de los datos personales de los directivos y empleados de las empresas inspeccionadas, al volcarse los contenidos de sus ordenadores sin discriminar los ficheros que contienen datos de carácter personal, ajenos a la actividad empresarial.

En relación con esta alegación, debe señalarse en primer lugar que, al igual que sucede con el derecho fundamental a la intimidad –art. 18.1 CE-, y tal y como se desprende del análisis minucioso contenido en la sentencia citada por la propia recurrente (STC de 292/2000, de 30 de noviembre. V. también Sentencia TC 254/1993, de 20 de julio), la llamada “libertad informática” –art. 18.4 CE- constituye un derecho personal cuya titularidad corresponde a la persona física a la que se le otorga un poder de control o disposición sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. La propia mercantil reconoce en su recurso que la legislación sobre protección de datos no se aplicará a las personas jurídicas, ya que se protegen los datos de carácter personal, concernientes a personas físicas. Por ello no debería ser invocado por terceras personas distintas de las directamente afectadas, de modo que el ejercicio de las acciones necesarias para su protección correspondería exclusivamente al titular del derecho (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 marzo 2000), que, como en otros derechos similares, sería siempre la persona física afectada (el empleado) y no la empresa a través de su representante legal (STC núm. 183/1994, de 20 de junio).

Por otro lado, el artículo 6 de la de la citada Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) establece con carácter general la necesidad de recabar el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal. Sin embargo, establece seguidamente, “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias”. En este caso, este último requisito vendría satisfecho por el cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNC y, más en concreto, las facultades que los artículos 39 y 40 de la citada Ley atribuye a la DI.

A este respecto debe recordarse que, aunque la recurrente alude al artículo 4 de la citada LOPD, que dispone que *“Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”*, la Agencia Española de Protección de Datos en sus resoluciones (v. entre otras la Resolución R/00589/2004) ha afirmado que el citado artículo 4 consagra el principio de pertinencia en el tratamiento de los datos de carácter personal, que impide el tratamiento de aquellos que no sean necesarios o proporcionados a la finalidad que justifica el tratamiento, debiendo restringirse el tratamiento de los datos excesivos o bien procederse a la supresión de los mismos (STC 11/1998, de 13 de enero FF.JJº. 4 y 5). En consecuencia, el tratamiento del dato ha de ser pertinente al fin perseguido. La pertinencia en el tratamiento de los datos no sólo debe producirse en el ámbito de la recogida e introducción de los datos en el fichero, sino que habrá asimismo de respetarse en el posterior tratamiento que se realice de los mismos.

En este supuesto, la finalidad trae causa directa de las potestades de inspección atribuidas por la LDC a la DI, y los deberes de colaboración e información con la CNC a los que están sujetos todas las personas físicas y jurídicas. A este respecto, la obtención de determinados datos durante una inspección por personal inspector de la CNC, debidamente autorizado por la correspondiente Orden de Investigación, como son los nombres del personal de la empresa inspeccionado, su relación profesional con la empresa, las agendas y reuniones de dicho personal, sus correos electrónicos y la información relacionada con el objeto de la investigación que pueda existir en sus despachos y ordenadores en la empresa inspeccionada, respeta el principio de pertinencia anteriormente aludido y la finalidad determinada a la que su recopilación debe dirigirse, en cuanto que dichos datos son necesarios, proporcionados y no excesivos, siempre que no sean utilizados para otra finalidad radicalmente distinta de la que motivaron su recogida (STC 94/1998, de 4 de mayo, FJº. 4). A este respecto, merece la pena destacar el tratamiento cauteloso de la confidencialidad que, en este caso, se le dio a la documentación recabada, por lo que tampoco puede alegarse que la vulneración realmente haya tenido lugar, al margen del deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC que pesa sobre los funcionarios que tengan acceso a la tramitación del expediente. A mayor abundamiento, el artículo 40.5

de la LDC establece que los datos e informaciones sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas por esta Ley.

La recurrente alega que la violación del derecho constitucional protegido por el art. 18.4 se produjo al no discriminar la información recabada, que incluía ficheros con datos personales ajenos a la actividad empresarial, y examinar la misma sin el consentimiento del afectado, al no encontrarse presente en la empresa en el momento de la inspección. A este respecto debe hacerse dos consideraciones:

- En primer término, se trata de una inspección desarrollada en un ámbito empresarial, en la que se presupone que la información almacenada en los ordenadores personales de los empleados de la empresa tiene carácter predominantemente profesional y no privado; además, como ha sido señalado en otras tantas resoluciones por este Consejo, en las inspecciones ejecutadas por la DI sí se discrimina la información inspeccionada y posteriormente recabada, a través de una selección significativa de toda la información y documentación existente en la empresa. Ello queda patente en la propia Acta de Inspección redactada, cuyos puntos 34 y 35 señalan cuáles fueron los ordenadores y despachos inspeccionados y a quién correspondían, no siendo más de 6 empleados de la empresa los afectados.

- En segundo lugar, el consentimiento a que se refiere el último párrafo del artículo 40.2 de la LDC es aplicable en cuanto al acceso y precinto de locales, pero no para la copia de libros o documentación existente en la empresa. Por tanto, toda vez que la autorización judicial para el acceso pertinente ha sido obtenida, los inspectores de competencia podrían acceder a despachos y obtener copias de libros y documentación encontrada en la empresa, sin el consentimiento de la persona afectada, atendiendo a las competencias que les atribuye la LDC y la Orden de Investigación y a su condición de agente de la autoridad.

Como se ha advertido el artículo 6 de la LOPD exige el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal pero establece que no será preciso dicho consentimiento “cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias”. El derecho a la protección de los datos personales contenido en el artículo 18.4 de la Constitución asistirá, sin embargo, a los afectados para que éstos, en su caso, puedan oponerse a que esos mismos datos sean conservados una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración –en este caso la investigación-, o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos, y aun ilegales o fraudulentos, o incluso a que esos datos personales sean suministrados por terceros no autorizados para ello (Sentencia TC 254/1993, de 20 de julio, FJº 7).

El último apartado del mencionado artículo establece, de otra parte, que “en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su

tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”. Sin embargo, tampoco este es el caso que nos ocupa, puesto que en sus alegaciones la recurrente no identifica situaciones personales concretas ni justifica lesiones específicas que se hayan producido en relación a determinados datos personales. Es más, si bien la recurrente se refiere en el título de esta alegación a la vulneración del artículo 18.4 CE en relación con el artículo 10 de la misma, sin embargo en su argumentación no justifica, de ningún modo, qué perjuicios y lesiones han tenido lugar de forma real y efectiva, ni siquiera identifica concretamente los datos específicos que hayan podido incurrir en tal vicio inconstitucional. Sin estas especificaciones resulta muy difícil, no ya apreciar, sino valorar una posible vulneración de un derecho constitucional.

Así mismo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 ha confirmado la doctrina aquí mantenida, al pronunciarse sobre un recurso contra las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por la CNC en otro supuesto distinto y referido a otros derechos muy en conexión con el alegado en este expediente. En particular, la AN ha concluido en dicho pronunciamiento apreciando que la actuación de la Administración no supuso una intromisión en la intimidad personal y secreto de las comunicaciones de los empleados, fundamentando su juicio en el hecho que dicha actuación administrativa no se dirigió directamente a la aprehensión de los documentos personales y correos electrónicos de los empleados, en cuanto a documentos personales o transferencia de información personal de los mismos, sino que al copiar y aprehender otros documentos existentes en la empresa, también se copiaron documentos y comunicaciones personales. Por ello, entiende la AN en su pronunciamiento, la afectación en estos casos no tiene sustantividad propia.

En este contexto, aunque el recurrente no lo cita expresamente, tampoco podría entenderse vulnerado el derecho a la intimidad –artículo 18.1 CE-. Como ha recordado en otras ocasiones este Consejo (entre otras, Resolución de 2 de julio de 2008), el derecho a la intimidad no es absoluto y encuentra su límite en otros derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, tal como tiene declarado el Tribunal Constitucional, por lo que la pretendida vulneración del derecho fundamental a la intimidad debe ser examinada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. A este respecto nuestro Alto Tribunal tiene establecido que el acceso o lectura de documentos –por funcionarios públicos en el ejercicio legítimo de sus facultades- que puedan contener datos que afecten a la zona más estricta de la vida privada no constituye en sí mismo una infracción del derecho sino una posible vulneración futura y eventual. En efecto, para que la infracción al derecho se produzca es necesario que los datos se revelen o se utilicen fraudulentamente violando la intimidad del inspeccionado. La sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, referida a una inspección fiscal, así lo entiende al declarar que “este Tribunal no puede pronunciarse sobre lesiones de un derecho fundamental que aún no se ha producido”. Insiste en que “merece especial mención el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación, asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto” y añade que “quienes

obtienen, el secreto, por su condición de servidores del Estado, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que pueden existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone”.

En el presente caso, el interés público, como hemos mencionado, queda perfectamente plasmado en el cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNC y, más en concreto, las facultades que los artículos 39 y 40 de la citada Ley atribuye a la DI. Tal como se hace en la Sentencia citada, también cabe en este punto citar el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece que no se considerarán con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley y que la Ley sólo puede autorizar esas intromisiones por imperativos de interés público.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, entiende el Consejo que no podría apreciarse perjuicio irreparable a la afectada en relación con esta última alegación planteada y que por tanto, a este respecto, debería también inadmitirse el recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por el representante CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L., CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Y GUIPASA S.A. contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 9 de octubre de 2009 y el acto administrativo de la inspección realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la sociedad mencionada

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L., CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Y GUIPASA S.A., haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.