

"WHATSAPP" Y TELÉFONOS MÓVILES: COMPETENCIA REFUERZA SUS PODERES PARA DESCUBRIR CÁRTELES

10 October 2016 | Madrid
Legal Briefings

Cada vez con más frecuencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**") recurre a mensajes de "WhatsApp" en el curso de sus investigaciones para poder probar la existencia de cárteles secretos entre empresas. En palabras de la propia CNMC, estos sistemas de mensajería entre dispositivos móviles cobran una especial importancia en las investigaciones de las autoridades de competencia, porque permiten realizar comunicaciones especialmente rápidas y facilitan el intercambio de información comercial sensible entre competidores.

Junto a la utilización de mensajes de "WhatsApp", también cobra especial importancia probatoria la grabación no consentida de conversaciones telefónicas a través de dispositivos móviles por parte de uno de los intervinientes.

La utilización creciente de estos sistemas de mensajería y el acceso por parte de las autoridades de competencia a los dispositivos móviles de empleados, plantea, sin embargo, un reto importante para las empresas en el diseño de sus programas de *compliance*. Las empresas deberán tener en cuenta la información accesible a través de estos dispositivos en los procesos de seguimiento y auditoría de sus programas de cumplimiento normativo, y adoptar instrucciones claras sobre el uso por parte de los empleados de los teléfonos móviles corporativos.

Dos recientes pronunciamientos judiciales de la Audiencia Nacional¹ y del Tribunal General de la Unión Europea² (el "**Tribunal General**") son especialmente relevantes en este sentido, ya que refuerzan los poderes de investigación de la CNMC y de la Comisión Europea en el marco de las inspecciones domiciliarias, al confirmar: (i) la posibilidad de acceder a los teléfonos móviles de los empleados de las empresas sujetas a una inspección de la CNMC; y (ii) la validez probatoria en el marco del Derecho europeo de las grabaciones de conversaciones telefónicas de empleados de empresas que hayan sido obtenidas en el marco de una inspección de la Comisión Europea.

Analizamos, a continuación, los citados pronunciamientos judiciales y las implicaciones prácticas que tienen para las empresas ante el riesgo de verse involucradas en una inspección domiciliaria de este tipo.

1. EL ACCESO A LOS MÓVILES DE LOS EMPLEADOS EN EL MARCO DE LAS INVESTIGACIONES DE LA CNMC

El 5 de noviembre de 2013, la CNMC llevó a cabo una inspección domiciliaria de la sede de la empresa Almendra y Miel, S.A. ("**AyM**") dedicada a la fabricación de turrón en España. En el marco de dicha inspección, la CNMC recabó una serie de mensajes de WhatsApp en los que un empleado de AyM y otra empresa competidora manifestaban la necesidad de adoptar una postura común en relación con un cliente presente en el mercado de distribución de turrónes de marca blanca en España.

AyM y dicho empleado presentaron recurso administrativo en el que se solicitaba a la CNMC la nulidad, entre otras, de la Orden de investigación y del Acta de inspección preparadas por la propia CNMC. Dicho recurso fue inadmitido por ésta³, al no concurrir los presupuestos procesales establecidos a tal efecto.

La decisión de inadmisión fue recurrida en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso el 18 de julio de 2016.

En el recurso, el empleado alegó que la Orden de investigación de la CNMC no facultaba a los inspectores para revisar su teléfono móvil durante la investigación domiciliaria de la empresa, sin embargo, el pronunciamiento de la Audiencia rechaza tal alegación sobre la base de que la Orden facultaba a los inspectores para revisar las agendas físicas y electrónicas de los empleados de las empresas, "lo que incluye los teléfonos móviles".

Además, también manifestó que su teléfono móvil, que contenía datos de carácter privado, fue revisado por los inspectores de la CNMC sin su presencia, frente a lo cual, la Audiencia Nacional indica que tal manifestación no estaba avalada por prueba alguna. Es más, se indica que el Acta de inspección fue firmada por el empleado sin que se consignase protesta o mención a dicho hecho. Asimismo, la Audiencia explica que el Acta detalla que, con carácter previo a la revisión de su teléfono, se preguntó al empleado por aquellos documentos de contenido personal que fueron descartados por la CNMC para el examen de los documentos relevantes ya sin su presencia.

Todo ello, unido a otras cuestiones, llevó a la Audiencia Nacional a desestimar el recurso interpuesto confirmando la Resolución de inadmisión adoptada por la CNMC con carácter previo.

Vale la pena señalar que los mensajes de "WhatsApp" recabados durante la inspección de la sede de AyM fueron finalmente empleados como prueba de cargo en la Resolución de la CNMC⁴ de 7 de abril de 2016, mediante la cual se sancionó con un total de 11,6 millones de euros a AyM y otros fabricantes de turrón por su participación en un acuerdo de reparto de mercado de los principales distribuidores de turrónes de marca blanca en España.

2. LA VALIDEZ DE LAS GRABACIONES DE CONVERSACIONES TELEFÓNICAS COMO PRUEBA EN EL MARCO DE LAS INVESTIGACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

La Decisión de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013⁵ resolvió sancionar con un total de 28 millones de euros a cuatro operadores presentes en la industria del camarón por su participación en un cártel.

Kok Seafood, una de las empresas que participaba en el cártel, realizó de forma secreta una serie de grabaciones de las conversaciones telefónicas mantenidas con Heiploeg, otra de las empresas que formaba parte del mismo. Dichas grabaciones fueron recabadas por la Comisión Europea en el marco de la inspección domiciliaria desarrollada en las oficinas de Kok Seafood.

Heiploeg recurrió la Decisión de la Comisión Europea sobre la base de la inadmisibilidad de las grabaciones recabadas de Kok Seafood como prueba de cargo en su contra, ya que dichas grabaciones se habían realizado de manera ilegal por parte de Kok Seafood.

El razonamiento del Tribunal General parte de la base de que las grabaciones fueron obtenidas por la Comisión Europea de manera legal, esto es, en el marco de una inspección domiciliaria de la sede Kok Seafood.

No obstante, Heiploeg alegó que las grabaciones realizadas por Kok Seafood infringían el Derecho al respeto a la vida privada y familiar contenido en el Artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("CEDH"). Por ello, el Tribunal debía valorar si la Comisión Europea podía emplear como prueba válida, una evidencia que había sido obtenida por un tercero (Kok Seafood) de manera ilegal pero recabada por la Comisión Europea de manera legal (en el marco de una inspección domiciliaria).

A este respecto, el Tribunal consideró que una prueba obtenida de manera ilícita (por Kok Seafood) pero recabada de manera legal (por la Comisión Europea) podía ser utilizada como prueba de cargo siempre y cuando dicha evidencia: (i) no infringiese el Derecho a un proceso equitativo de Heiploeg (Artículo 6 CEDH); y (ii) no fuese el único medio de prueba invocado para motivar la infracción anticompetitiva imputada a Heiploeg⁶.

En este sentido, el Tribunal consideró que: (i) Heiploeg había tenido la oportunidad de revisar las grabaciones telefónicas en el marco de la investigación de la Comisión Europea y de formular alegaciones al respecto; y (ii) las conversaciones telefónicas no habían sido el único medio de prueba empleado por la Comisión frente a Heiploeg, que se había valido de otro tipo de pruebas de cargo para motivar su Decisión de infracción.

Por todo ello, el Tribunal General concluyó que las grabaciones telefónicas recabadas por la Comisión Europea en la inspección domiciliaria podían ser empleadas como medio de prueba frente a Heiploeg pese a haber sido obtenidas por Kok Seafood de manera ilícita. A la vista de éste y otros motivos, el Tribunal General resolvió desestimar el recurso de Heiploeg y confirmar la legalidad de la Decisión de la Comisión Europea.

3. CONCLUSIONES

1. La Audiencia Nacional ha confirmado las facultades de la CNMC para acceder a los dispositivos móviles de los empleados de las empresas inspeccionadas y, en consecuencia, a la información disponible en estos dispositivos.
2. Bajo Derecho europeo, son admisibles como prueba válida las grabaciones de conversaciones telefónicas siempre que las mismas: (i) hayan sido recabadas de manera legal por la Comisión Europea; (ii) se hayan empleado otras pruebas de cargo para invocar la infracción de las normas de competencia; y (iii) no se infrinja el Derecho de la entidad investigada de revisar tales grabaciones y alegar en su descargo en el marco de la investigación de competencia.
3. La empresas deben tomar en consideración estos aspectos en los procesos de seguimiento y auditoria de sus programas de compliance y adoptar instrucciones precisas en relación con el uso de los sistemas de comunicación en los dispositivos móviles corporativos.

¹ Sentencia Nº 218/2016 de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2016 en el número de recurso 136/2004.

² Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 8 de septiembre de 2016 en el Asunto T-54/14 *Goldfish BV y otros contra Comisión Europea*.

³ Resolución de la CNMC de 31 de enero de 2014, en el Asunto R/DC/0001/14, *Almendra y Miel y Otro*.

⁴ Resolución de la CNMC de 7 de abril de 2016 en el Asunto S/DC/0503/14 *Fabricantes de Turrón*.

⁵ Decisión de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 en el Asunto AT.39633 *Camarones*.

⁶ Conviene señalar que el Tribunal Supremo ha mantenido una posición similar a la del Tribunal General en relación con la validez probatoria de este tipo de evidencias (ver, en particular, Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2016 en el recurso de casación número 999/2014, Fundamento de Derecho 1º).

KEY CONTACTS

If you have any questions, or would like to know how this might affect your business, phone, or email these key contacts.



**HENAR GONZÁLEZ
DURÁNTEZ**

PARTNER, MADRID

+34 91 423 4016
Henar.Gonzalez@hsf.com



**MANUEL
CONTRERAS**

SENIOR ASSOCIATE,
MADRID

+34 91 423 4073
Manuel.Contreras@hsf.com

LEGAL NOTICE

The contents of this publication are for reference purposes only and may not be current as at the date of accessing this publication. They do not constitute legal advice and should not be relied upon as such. Specific legal advice about your specific circumstances should always be sought separately before taking any action based on this publication.

© Herbert Smith Freehills 2021

**SUBSCRIBE TO STAY UP-TO-DATE WITH LATEST THINKING, BLOGS, EVENTS, AND
MORE**

Close