

Distr.
GENERAL

TD/B/RBP/91
10 de noviembre de 1992

ESPAÑOL
Original: FRANCES

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Grupo Intergubernamental de Expertos
en Prácticas Comerciales Restrictivas
11º período de sesiones
Ginebra, 23 de noviembre de 1992
Tema 4 b) del programa provisional

Comunicación del Gobierno de Francia

El texto adjunto, que ha presentado la Dirección General de la Competencia, el Consumo y la Represión de Fraudes, del Ministerio de Economía y Finanzas de Francia, se distribuye para que sirva de documento de referencia en las consultas solicitadas y previstas en el programa provisional y anotaciones (véase el documento TD/B/RBP/86, sección II, anotación al tema 4 b), punto B): "Los derechos del demandado en investigaciones y actuaciones sobre la competencia".

APLICACIONES PARTICULARES DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA EN LA ESFERA
DE LAS PRACTICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

o algunas observaciones sobre la eficacia dentro del respeto de los derechos fundamentales*

FREDERIQUE DAUDRET,
Comisario de la Dirección General
de la Competencia, el Consumo y
la Represión de Fraudes,
Oficina de Política General de
la Competencia y
las Prácticas Contrarias
a la Competencia

"Existen valores fundamentales sin los cuales el derecho más elaborado quedaría reducido a una reglamentación sin alma y sin perennidad". Ese podría ser, de entrada, el tono de una reflexión sobre los derechos de la defensa y el derecho de la competencia.

Conservando como principio básico la libertad del comercio y de la industria, la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986 ha modificado profundamente los mecanismos institucionales de la competencia en Francia.

El respeto de las libertades representa el aspecto innovador del nuevo orden económico instaurado, por lo que los procedimientos destinados a asegurar el libre funcionamiento del mercado van acompañados de garantías sustanciales. Así, el dispositivo anterior, vivamente criticado a causa de los poderes excepcionales que concedía a la Administración y el carácter insuficientemente contradictorio del procedimiento ante la Comisión de la competencia, ha sido sustituido por un mecanismo que atenúa las limitaciones con que tropezaban los operadores económicos, al mismo tiempo que, permite el juego efectivo de la competencia y tiene gran cuidado de respetar los principios fundamentales.

Los cambios que se pueden percibir más inmediatamente han sido la separación del poder de investigación del poder de decisión y la supresión de las prerrogativas de investigación que constituían excepciones al derecho común. Pero la introducción de un procedimiento realmente contradictorio ante el Consejo pone de manifiesto también la importancia y el sentido de los cambios realizados.

Por otra parte, en interés de una buena administración de la justicia, las nuevas reglas del juego se han completado con la transferencia del control de las decisiones del Consejo de la Competencia al orden jurisdiccional constitucionalmente garante de las libertades: en adelante el derecho de las

* Gazette du Palais, 22 y 23 de abril de 1992.

prácticas contrarias a la competencia y restrictivas de ella, queda sometido al control del juez jurisdiccional y unificado bajo la autoridad de Tribunal de Casación.

Así, durante cuatro años, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Apelación de París se han preocupado, más allá de una interpretación literal, de explicitar y completar las disposiciones de procedimiento relativas a los derechos de la defensa, a la luz tanto de los principios generales de nuestro orden jurídico interno como de los derechos fundamentales dimanantes de los compromisos internacionales suscritos por Francia.

Esta delimitación del contorno de un procedimiento respetuoso de las garantías fundamentales ha englobado también, con el mismo rigor, las dos grandes etapas del proceso: la búsqueda de la prueba o investigación y la discusión de la prueba y de las acusaciones o fase contradictoria.

No debe dudarse de que el conjunto de esta jurisprudencia, dado el delicado equilibrio que establece entre nociones complejas y movedizas y los principios inmutables del derecho, debe acogerse con beneplácito como un progreso más que significativo en el terreno de los derechos de la defensa.

Tal jurisprudencia es el reflejo directo de los deseos que expresaba el Sr. Potocki al decir: "el derecho de la competencia debe estar al servicio de la libertad económica, pero también y sobre todo al servicio de la libertad en sí misma".

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA

"... entonces haz tu investigación y pronuncia la sentencia justa..."

En materia de competencia -o más exactamente de prácticas contrarias a la competencia- la apreciación y la sanción eventual de los hechos que tienen la apariencia de un quebrantamiento de las normas establecidas exigen en todos los casos unas investigaciones previas, detalladas y complejas. Efectivamente, la realidad movediza y dinámica a la que se aplica el derecho de la competencia y la tecnicidad de los conceptos económicos que entran en la definición de las prácticas contrarias a la competencia excluyen un paso inmediato del hecho al derecho; una apreciación exacta de los hechos y una justa calificación de las prácticas implican una fase activa de búsqueda e investigación. Dicho de otra manera, es indispensable que el asunto llegue a estar "en situación de ser juzgado" con el fin de determinar sin equívocos que se ha cometido una infracción o que se ha menoscabado el orden económico.

Así pues, la investigación reviste un carácter primordial, pues es a la vez una garantía de objetividad para los sujetos del derecho de la competencia y una prenda de la eficacia de la aplicación y el respeto de ese derecho. Sin embargo, en el curso de esa fase de "poner en situación", la eficacia, por muy necesaria que sea, no puede buscarse a cualquier precio. Lo mismo que en materia penal, los métodos de la investigación deben necesariamente respetar los derechos fundamentales de la persona y los grandes principios de nuestra tradición jurídica, muchos de ellos reafirmados por el Consejo Constitucional y recogidos en los convenios internacionales relativos a los derechos humanos.

En efecto, si bien el derecho de las prácticas contrarias a la competencia no pertenece a la esfera penal -salvo en el caso particular previsto en el artículo 17 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986- es indiscutible que se sitúa, teniendo en cuenta la naturaleza de las sanciones que puede pronunciar el Consejo de la Competencia, dentro de una esfera con una acentuada coloración represiva.

Esa es la razón por la que la esfera de competencia del Consejo Constitucional abarca el poder de sancionar de que disponen las diversas autoridades administrativas.

En varias decisiones, el Consejo ha considerado que el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República no conciernen solamente a las penas aplicables por las jurisdicciones represivas sino que también se extienden necesariamente a cualquier sanción que tenga el carácter de un castigo, incluso si el legislador ha estimado pertinente dejar que la pronuncie una autoridad de carácter no judicial o no jurisdiccional.

Ese es el espíritu que ha presidido la elaboración en 1986 de las nuevas disposiciones relativas al poder de realizar una investigación. En consecuencia, cada tipo de investigación está acompañado de garantías proporcionales al riesgo de menoscabo de los derechos fundamentales que encierra.

Desde hace casi cuatro años, la jurisdicción ordinaria, con la preocupación de encontrar un justo equilibrio entre la eficacia de los poderes de investigación reconocidos a la administración y el respeto de los derechos fundamentales, ha precisado las condiciones de la utilización de esos poderes.

Como ilustración de ese doble imperativo, conviene detener la atención sobre los dos tipos de poderes de investigación de que disponen las autoridades encargadas de la competencia.

A. Los poderes coercitivos de investigación:

En materia de competencia y de prácticas restrictivas, hasta 1986 el régimen de las investigaciones estaba regido por las disposiciones de la Ordenanza N° 1484, de 30 de junio de 1945, que daba a los investigadores la posibilidad de utilizar discrecionalmente su poder de visita y de embargo. Los investigadores podían en cualquier momento, sin ninguna garantía de procedimiento o de control para la empresa, efectuar un registro.

Se debe al impulso y a la autoridad del Consejo Constitucional la reforma de la legislación que se va a llevar a cabo en esta disciplina.

En efecto, en virtud de la decisión N° 83-164, de 29 de diciembre de 1983, la alta autoridad ha definido el marco jurídico en el que las visitas domiciliarias de los agentes de la administración fiscal deben realizarse. Refiriéndose en primer lugar al artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano relativo al pago de los impuestos públicos, el Consejo Constitucional legitima el principio mismo de los registros en el marco de la lucha contra el fraude fiscal. En un segundo momento, el Consejo estima que esos registros sólo pueden realizarse respetando el artículo 66 de

la Constitución, que confía a la autoridad judicial la salvaguardia de la libertad individual en todos sus aspectos y sobre todo en el de la inviolabilidad del domicilio.

Confirmando su jurisprudencia anterior, el Consejo consagra aquí expresamente el valor constitucional del principio de la inviolabilidad del domicilio. Para lograr la necesaria conciliación entre la salvaguardia de la libertad individual y la necesidad de la imposición fiscal, el Consejo exige que las operaciones de registro no solamente sean autorizadas por el juez sino que también éste verifique de manera concreta la legalidad de su fundamento y controle su desarrollo.

De conformidad con esos principios, el legislador somete las visitas y los embargos de los agentes de la Dirección General de la Competencia, el Consumo y la Represión del Fraude al control del juez jurisdiccional.

En ese sentido el artículo 48 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986 establece que cada visita debe ser autorizada por un mandamiento del Presidente del Tribunal de Primera Instancia o de un juez delegado dentro de cuya jurisdicción se encuentren los locales que deban visitarse. Pero la autorización no agota los poderes del juez, pues la visita tiene lugar bajo su responsabilidad. Por lo tanto, esas exigencias son las mismas que el Consejo Constitucional ha formulado en su decisión N° 184 de 29 de noviembre de 1984 y según la cual el juez debe seguir efectivamente el curso de cada visita y resolver los incidentes que eventualmente se produzcan.

Con ese fin, el juez designa a uno o varios agentes de la policía judicial para que asistan a la visita y le mantengan informado de su desarrollo (párr. 3 del art. 48). El juez puede también trasladarse a los locales durante la intervención (párr. 4 del art. 48) y decidir, en su caso, la suspensión y el fin de la visita.

La intervención del juez jurisdiccional prevista de esa manera en todas las etapas del procedimiento constituye indiscutiblemente una garantía para la empresa controlada. No obstante, la protección de que la empresa disfruta a causa del hecho de estar proclamada en la Constitución la inviolabilidad del domicilio depende en la práctica de la naturaleza del control jurisdiccional que se ejerza.

"Si bien el tema de las libertades individuales se presta perfectamente a declaraciones de principios, la realidad de su defensa es con mucha frecuencia una cuestión de detalles."

Efectivamente, el control que ejerza el juez no debe ser puramente formal; el juez debe desempeñar un "papel activo" en el procedimiento de la visita con objeto de que su intervención constituya una garantía real para las empresas. Eso es lo que el Tribunal de Casación ha considerado solemnemente al confirmar mediante cinco decisiones del 15 de diciembre de 1988 los mandamientos de varios presidentes de tribunales de primera instancia.

Las respuestas que principalmente merecen subrayarse son las relativas a la motivación del mandamiento que autoriza el embargo. Ese es el aspecto del control jurisdiccional que más ha llamado la atención. En efecto, tratándose

de la fase primordial del procedimiento de visita, el Tribunal Supremo ha adoptado una posición muy neta, pues condena la práctica consistente en manifestar en una cláusula de estilo que los elementos facilitados por la Administración son suficientes para justificar la visita: "visto que para estimar la demanda de la Dirección de la Competencia de que se le autorice a proceder a visitas y embargos en los locales de la sociedad X, el mandamiento recurrido se limita a manifestar que las informaciones facilitadas hacen presumir que esa sociedad ha participado en prácticas contrarias a la competencia; que al adoptar su decisión por ese solo motivo el Presidente del Tribunal ha hecho que el Tribunal de Casación no esté en situación de controlar si se había verificado que la demanda se ajustaba a derecho".

Es claro que el control del Presidente del Tribunal de Primera Instancia debe ser de la naturaleza prevista en la ley. "El juez debe verificar que la demanda de autorización que se le presenta está fundada..." según se precisa en el párrafo 3 del artículo 48 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986. Como dice el profesor Dugrip, esas disposiciones convierten al Presidente del Tribunal de Primera Instancia en "el juez de la necesidad de la inspección, pues debe apreciar si las circunstancias del caso justifican que se menoscabe la inviolabilidad del domicilio... Si bien la ley no exige aquí, como ocurre en derecho penal, que se haya incoado un sumario, la autorización debe basarse en una presunción suficientemente fundada de que la inspección permitirá obtener pruebas concretas de la infracción sospechada". Y el mandamiento que el juez decreta debe mencionar las informaciones en que se funda. El Tribunal de Casación estará entonces en situación de controlar si se ha verificado que la demanda está fundada. A ese efecto, el juez no puede contentarse con informaciones vagas y formales sino que debe tener conocimiento de los hechos reales del asunto. Ello implica que los agentes de la Dirección General de la Competencia, el Consumo y la Represión de Fraudes le presenten un expediente acompañado de pruebas suficientes.

Además de condición legal de la autorización, la verificación concreta del fundamento suficiente de la decisión constituye una garantía del respeto de las libertades fundamentales. Y si el Tribunal de Casación no hace referencia en sus refrendos a las decisiones del Consejo Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio, son sin duda esas decisiones las que le han servido de inspiración en este caso.

Otra garantía de la efectividad del recurso al Tribunal de Casación cuya inobservancia ha sido sancionada en las sentencias antes citadas del 15 de diciembre de 1988 es que el mandamiento autorizando la inspección debe ser comunicado al interesado bien mediante notificación o bien mediante acta donde se señale la posibilidad de recurrir y el plazo para ello. La sola entrega de una copia o su envío por carta certificada no basta para que comience a transcurrir el plazo de cinco días previsto para interponer el recurso.

La verificación de que la inspección está ajustada a derecho, la motivación circunstanciada y la notificación del mandamiento no son las únicas cuestiones sobre las que el Tribunal de Casación ha tenido ocasión de pronunciarse.

En realidad, es punto por punto como el Tribunal Supremo, siguiendo resueltamente la vía indicada por el Consejo Constitucional, ha precisado el régimen del control jurisdiccional y las medidas previstas en el artículo 48 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986.

A partir de ahora el terreno está bien delimitado en esta materia. Desde la sentencia del 20 de noviembre de 1989, la Sala de lo Comercial del Tribunal de Casación estima que los mandamientos decretados en virtud del artículo 48 reúnen todas las garantías indispensables para la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, cabe preguntarse si el Tribunal Supremo no va demasiado lejos al admitir, en una sentencia reciente, que una empresa, cuyo domicilio no ha sido allanado, puede sin embargo entablar un recurso contra el mandamiento que ha autorizado el registro.

En efecto, las garantías inherentes a la investigación coercitiva -tales como la autorización judicial y la posibilidad de entablar un recurso- están fundadas en el menoscabo del principio de la inviolabilidad del domicilio. Por esa razón, no se comprende bien qué interés tiene en recurrir una empresa que no ha sido objeto de ninguna investigación.

Además, esa solución encierra el riesgo de debilitar el procedimiento porque la sociedad no investigada podrá en todo momento recurrir en casación, mientras que las demás empresas serán privadas de ese derecho por prescripción.

B. Los poderes de investigación simples

Esa misma voluntad de garantizar a la vez la eficacia en la investigación de las infracciones y el respeto de los derechos de las empresas -adaptada a las características propias de la investigación "simple"- ha inspirado la elaboración de los poderes definidos principalmente en el artículo 47 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986.

En efecto, si la protección concedida a esos medios de investigación no coercitivos es menor por estar proporcionada al riesgo de menoscabar los derechos fundamentales, el procedimiento "ordinario" se ha establecido teniendo en cuenta esa doble necesidad.

La Ordenanza y el Decreto a ella referente delimitan el contorno propio de este tipo de investigación.

Ese contorno puede apreciarse por oposición al mucho más amplio del artículo 48.

- Si los investigadores pueden penetrar en todos los locales, terrenos o medios de transporte, sólo debe tratarse de lugares destinados a una utilización profesional, con exclusión de los locales que sirvan en parte como domicilio a los interesados.
- Los investigadores no están autorizados a apoderarse de documentos en el sentido del párrafo 1 del artículo 48. Sólo pueden pedir su comunicación.

Y en ese marco, la petición no puede ser general sino que únicamente debe referirse a los documentos cuya existencia conoce el investigador y está en situación de identificar.

Además, sólo los documentos que tengan un carácter profesional pueden embargarse y ello únicamente en forma de copias.

Es forzoso hacer constar que en el marco de unos poderes de investigación así delimitados el riesgo de menoscabo de los derechos fundamentales queda extremadamente minimizado.

Así pues, no se requiere una autorización judicial previa a la inspección. Sin embargo, el "procedimiento del artículo 47" permite llegar a la imposición de las mismas sanciones que la investigación coercitiva. Por ello, incluso si en esa etapa no se "inculpa" a la empresa, ha de permitírsele que organice su defensa. Es el acta de comunicación o de declaración que debe levantarse obligatoriamente después de una investigación la que va a constituir la prueba de la obtención de documentos o declaraciones y va a permitir al juez verificar que el procedimiento se ha desarrollado de conformidad con las prescripciones legales.

Las condiciones del levantamiento de ese acta están estrictamente definidas. Esas condiciones figuran en los artículos 46 de la Ordenanza y 31 del Decreto de 29 de diciembre de 1986. El acta debe redactarse en el plazo más breve posible. En ella se indicarán la naturaleza, la fecha y el lugar de las comprobaciones o de los controles efectuados. Debe ir firmada por el investigador y por la persona a la que conciernen las investigaciones. En caso de que esta última se niegue a firmar el acta, debe mencionarse en ella este hecho. Ha de entregarse una copia del acta a las partes interesadas.

Un acta redactada de esa manera hace fe, mientras no se pruebe lo contrario.

Desde un principio el Tribunal de Apelación de París ha prestado una atención particular al respeto de las formas estipuladas y en varias sentencias ha eliminado de los debates las actas y los informes en que éstas se resumían por el hecho de que no mencionaban la formalidad legal de la entrega de una copia o contenían declaraciones de un testigo anónimo.

Por el contrario, el Tribunal ha considerado en varias ocasiones que la negativa del empresario a firmar el acta -supuesto previsto en los textos- no tachaba al acta de irregularidad.

Tratándose más particularmente de los interrogatorios que pueden efectuar los ponentes del Consejo, el Tribunal de Apelación de París ha considerado que la posibilidad prevista en el artículo 20 del Decreto de que las personas interrogadas cuenten con la asistencia de un abogado es una garantía esencial de la defensa. Por ese motivo, el Tribunal ha estimado que el ejercicio efectivo de esa posibilidad exige que los interesados sean informados de ella. A causa de no haberse observado esa formalidad en todos los casos, el Tribunal ha anulado y retirado de los autos las actas litigiosas.

Pero más allá del respeto de las garantías de fondo referentes al levantamiento de un acta y a la asistencia de un abogado en la comparecencia ante el ponente, el Tribunal de Apelación de París, por su manera de interpretar los textos y de colmar sus lagunas, ha contribuido a dar pleno sentido a las garantías procesales concernientes a la investigación.

1. En primer lugar, el Tribunal ha podido, en varias ocasiones, aportar precisiones importantes acerca de la naturaleza de los documentos reunidos y susceptibles de servir de prueba de la existencia de prácticas contrarias a la competencia.

En respuesta a un recurso entablado por una empresa que no había respetado una decisión del Consejo, según el cual constituía una violación de los derechos de la defensa el procedimiento incoado sobre la base de un informe que contenía la correspondencia entre un abogado y su cliente, el Tribunal de Apelación ha anulado la decisión del Consejo que le había sido sometida. La motivación se articula en dos tiempos:

Después de haber considerado que la correspondencia litigiosa constituía una pieza esencial del informe sobre la investigación del Ministerio de Economía y se refería al examen entre el abogado del actor y su cliente sobre la manera de responder a los mandamientos del Consejo (cuyo incumplimiento era el origen de la decisión apelada), el Tribunal ha estimado que la pieza litigiosa debía "por ese hecho quedar al menos excluida de los debates". Sin embargo, el Tribunal llega más lejos. Considera también que la correspondencia considerada "por su contenido circunstanciado y exento de equívocos ha determinado en gran medida el contenido del informe sometido al examen del Consejo de la Competencia y su sola exhibición en el procedimiento ha menoscabado irremediablemente la exposición de toda la argumentación de la S.P.F.P. y por ello ha constituido una violación de los derechos de la defensa".

Se puede reconocer aquí la formulación utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en una sentencia que sienta jurisprudencia relativa a la naturaleza y el alcance de los poderes de verificación de que dispone la Comisión en virtud del artículo 14 del Reglamento 17.

En otro caso, el Tribunal de Apelación de París hace suya las condiciones fijadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en la sentencia AM & S para reconocer el carácter confidencial de determinados documentos. En primer lugar, la correspondencia protegida es la de un abogado independiente, es decir, que no está vinculado a un cliente por una relación laboral. En segundo lugar, esa correspondencia debe haber tenido lugar en el marco del derecho de defensa del cliente y con el fin de su ejercicio. Esta última protección, para ser eficaz, debe interpretarse en el sentido de que abarca no sólo la correspondencia intercambiada después de la apertura de la investigación susceptible de permitir la adopción de una decisión sobre la base de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986 sino también la correspondencia anterior y directamente relacionada con ella.

Eso es lo que dice explícitamente el Tribunal de Apelación en el asunto que se examina.

También precisa lo que debe entenderse por correspondencia intercambiada para la defensa del cliente. "... Desde el momento que tenía por objeto dar o solicitar una opinión jurídica previa a la negociación de un contrato, no puede mantenerse que no forma parte de la actividad de asesoramiento sino que constituye una infracción de la que el abogado es autor o cómplice. Que intercambiada entre el sindicato y su abogado en el marco de una consulta jurídica, pertenece al secreto profesional y si bien no se elevó ninguna protesta en el momento de su embargo, el ponente estaba en situación de comprobar su carácter confidencial cuando tomó conocimiento de ella... ".

El Tribunal recuerda aquí que el principio del secreto profesional no cubre sólo la correspondencia vinculada a un acto de defensa sino que se extiende a los actos pertenecientes al asesoramiento jurídico. Pero sobre todo considera que el secreto profesional no podría aducirse en la hipótesis de que el abogado fuera más allá de su actividad de asesoramiento o de defensa.

2. El otro punto al que debe prestarse atención en el marco de una reflexión relativa a los derechos de la defensa es el principio de la no autoincriminación, en cuya virtud la persona interrogada en el curso de una investigación no debe, a través de las preguntas que se le hacen, encontrarse finalmente en la situación de acusarse a sí misma.

Son las autoridades europeas de la competencia las primeras que han tenido que pronunciarse sobre este punto. En efecto, se ha planteado la cuestión de saber si el derecho de no autoincriminación, contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, formaba parte del derecho comunitario y debía aplicarse en el marco del Reglamento 17/62.

En dos sentencias esenciales del 18 de octubre de 1989, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, después de un análisis riguroso del principio considerado, dio una respuesta luminosa acerca de su aplicación.

En primer lugar, el Tribunal recuerda que los poderes de investigación conferidos a la Comisión por el Reglamento 17/62 tienen por finalidad permitirle el cumplimiento de su misión, es decir, velar por el respeto de las reglas de la competencia en el mercado común. Una vez situado de esa manera el problema en su contexto, el Tribunal considera que el Reglamento 17/62 no consagra expresamente el derecho al silencio ni reconoce la facultad de sustraerse a una investigación sino que por el contrario, impone a las empresas una obligación de colaboración activa.

El Tribunal de Luxemburgo afirma con ello decididamente el principio de la eficacia necesaria de las reglas de la competencia "en nombre del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores".

Pero en un segundo tiempo, el Tribunal estima que debe examinarse si "los principios generales de derecho comunitario, del que los derechos fundamentales son parte integrante y a la luz de los cuales deben interpretarse todos los textos del derecho comunitario, imponen el reconocimiento de un derecho a no proporcionar informaciones susceptibles de ser utilizadas para establecer, contra la persona que las facilita, la existencia de una infracción a las reglas de la competencia". El Tribunal

considera después que ni el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni el artículo 14 del Pacto Internacional contienen, fuera del procedimiento penal propiamente dicho, un derecho a no testimoniar en contra de sí mismo.

Sin embargo, sobre la base del principio fundamental que el Tribunal ha consagrado de la necesidad de garantizar el respeto de los derechos de la defensa, el Tribunal considera que "la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de proporcionar respuestas en virtud de las cuales pudiera verse en la necesidad de admitir la existencia de la infracción acerca de la cual corresponde a la Comisión aportar la prueba". Así pues, a la luz de esos criterios, el Tribunal ha debido anular parcialmente la decisión litigiosa por estar fundada sobre tres preguntas "que tenían por consecuencia invertir la carga de la prueba".

Puede verse en este análisis la preocupación del Consejo Constitucional y del Tribunal de Casación de "encontrar el justo equilibrio entre la eficacia y la coherencia de los poderes de investigación por una parte y el respeto de los derechos fundamentales de las empresas por otra parte".

Hasta el momento, el Tribunal de Apelación de París no ha tenido ocasión de apreciar en concreto esas cuestiones en el curso de una investigación.

Sin embargo, en una sentencia del 21 de mayo de 1990, se ve claramente que el Tribunal ha adoptado los principios enunciados por el Tribunal de Justicia.

Efectivamente, considera imperativos los límites reconocidos a las peticiones de información de la Comisión "... la investigación previa no debe tener el resultado de comprometer irremediablemente las garantías de la defensa; en consecuencia, si el ponente puede obligar a los representantes de la empresa a facilitar las informaciones necesarias sobre los hechos y documentos relativos al caso, no puede sin embargo, mediante procedimientos desleales, obtener de las personas interrogadas declaraciones que les llevarían a confesar la existencia de prácticas ilícitas de las que corresponde al Consejo de la Competencia aportar la prueba".

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL EXAMEN DE LA PRUEBA Y DE LAS ACUSACIONES

Audiatur et altera pars

En el curso de la fase judicial -o fase decisoria- es en el principio de la contradicción donde los derechos de la defensa van a encontrar expresión. Nacida en la Grecia antigua, transmitida a Roma y recobrada durante la alta Edad Media, la noción de contradicción, inherente al procedimiento civil, ha sido transpuesta a lo contencioso penal y a la esfera administrativa.

Considerado como el "esquema fundador del Estado de derecho y de los regímenes democráticos" el principio de la contradicción tiende a aplicarse a todos los procedimientos jurídicos (judiciales, arbitrales o disciplinarios) de todas las ramas del derecho.

El nuevo procedimiento de la competencia, establecido por la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986, contiene también como parte integrante este principio de valor constitucional y común a todos los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

La Ordenanza, en su artículo 18, "enuncia desde el principio la regla cardinal" al afirmar "que la instrucción y el procedimiento ante el Consejo de la Competencia son plenamente contradictorios".

Se ve con toda claridad por los términos mismos del texto que, al igual que en materia penal, este principio fundamental se aplica no sólo a los debates propiamente dichos sino también a toda la fase previa de preparación de la vista que, en un procedimiento esencialmente escrito, reviste una importancia capital.

En una de sus primeras decisiones en cuanto al fondo, el Tribunal de Apelación de París expresa muy claramente lo que significa la contradicción: "considerando que las cinco sociedades inculpidas han tenido conocimiento de las acusaciones formuladas contra ellas y, después de haber dispuesto de plazos razonables para dar sus respuestas, han tenido todavía la posibilidad de exponer sus explicaciones oralmente con ocasión de la sesión celebrada por el Consejo de la Competencia. Así pues, no se puede sostener que se ha quebrantado el principio de la contradicción".

A) En el curso de la etapa preparatoria de los debates, el principio de contradicción implica, pues, que por una parte se informe de manera completa a las empresas y por otra parte que se les facilite el tiempo necesario para preparar su defensa.

1) Desde 1988, el Tribunal ha sancionado por dos veces la inobservancia del derecho de información. En efecto, ha exigido que con anterioridad a cualquier decisión del Consejo, sea de inadmisibilidad o de sobreseimiento, las partes tengan conocimiento de todos los documentos con inclusión de las observaciones del Comisario del Gobierno:

"... Pero considerando que esa carta (las observaciones del Comisario del Gobierno) no ha sido puesta en conocimiento de los apelantes (por el Consejo de la Competencia), los cuales sólo han sido informados de su existencia y de su contenido ante el Tribunal..."

Por el contrario, en otro caso, el Tribunal ha considerado que por haber sido incluido el texto de los documentos litigiosos en el informe de la Dirección Nacional de Investigaciones, el cual era a su vez un anexo del informe del ponente, se había respetado el carácter contradictorio del procedimiento.

Así pues, el principio es claro: el respeto del principio de la contradicción exige la comunicación de la totalidad del expediente.

Sin embargo, en la Ordenanza se reserva la posibilidad de suspender la aplicación de esta regla fundamental cuando la comunicación de los documentos pueda menoscabar otra garantía esencial que el secreto de los asuntos. En el

artículo 23 se prevé esa facultad: "El Presidente del Consejo de la Competencia puede denegar la comunicación de los documentos que hagan peligrar el secreto de los asuntos, salvo en el caso de que la comunicación o la consulta de esos documentos sea necesaria para el procedimiento o para el ejercicio de los derechos de las partes. Esos documentos se retirarán del expediente".

La aplicación de esas disposiciones da lugar a una decisión llamada "decisión sobre el secreto de los asuntos" que con toda evidencia excluye cualquier debate contradictorio ante el Presidente, el cual sentencia únicamente en función de las observaciones de la parte que le ha sometido el asunto.

Debe señalarse que la excepción prevista en el artículo 23 de la Ordenanza tiene una limitación importante: si un documento se considera necesario para el procedimiento -es decir, que permite aportar la prueba de la práctica denunciada- deberá incluirse en el expediente y ser comunicado, aún cuando concierna al secreto profesional.

Por otra parte, contra la decisión de divulgar el documento litigioso -o contra la de retirarlo- sólo se puede recurrir ante el Tribunal de Apelación de París conjuntamente con la decisión del Consejo en cuanto al fondo, es decir, en un momento en que la cuestión ha perdido todo interés práctico (artículo 19 del Decreto N° 87-849 de 19 de octubre de 1987).

La solución adoptada por las autoridades comunitarias es diferente. Antes de ejecutar la decisión por la que se estima que un documento no está cubierto por el secreto de los asuntos, la Comisión tiene la obligación de dar a la empresa requirente "la posibilidad de recurrir al Tribunal de Justicia con el fin de que se controlen las apreciaciones formuladas y se impida la realización de la comunicación".

Si se comprende fácilmente que una información completa -con la reserva de la excepción prevista en el artículo 23- implica el conocimiento de la totalidad del expediente y de los documentos a él referentes, se plantea la cuestión de saber en qué momento debe tener lugar esa comunicación.

En efecto, algunas empresas han mantenido que se violan las reglas de la contradicción, las garantías de la defensa y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando el ponente, antes de la notificación de las acusaciones y sin comunicación previa del expediente, procede al interrogatorio de los responsables de las sociedades encartadas.

En varias ocasiones el Tribunal de Apelación ha respondido que "las disposiciones del artículo 20 del Decreto de 29 de noviembre de 1986, en las que se fijan las modalidades y garantías de los interrogatorios efectuados en el marco de la investigación a que los ponentes del Consejo de la Competencia tienen el poder de proceder para los asuntos que se le sometan, no imponen una comunicación previa del procedimiento, pues la realización de esa formalidad sólo se prevé, según el artículo 21 de la Ordenanza del 1° de diciembre de 1986, cuando el sometimiento del asunto va seguido de una notificación de las acusaciones y de manera correlativa a este acto procesal".

Se ha sentado la regla siguiente:

"En el caso de que sean interrogados antes de la notificación de las acusaciones, las personas cuyas prácticas son objeto de examen no tienen derecho a que se les comunique el expediente sino que han de ser simplemente convocadas y notificadas por carta de la posibilidad de contar con la asistencia de un letrado". Es preciso, en aras de la equidad, añadir -como lo hace el Tribunal- que en la práctica "cuando el ponente convoca a una persona para interrogarla, le envía una copia del acta de sometimiento del asunto de manera que no ignore el objeto de las investigaciones emprendidas."

Sin embargo, si se leen en su totalidad las diferentes sentencias en las que se aborda la cuestión de los interrogatorios por el relator la conclusión no parece tan categórica.

En efecto, si el Tribunal recuerda concretamente que la comunicación del expediente sólo está prevista, según el artículo 21 de la Ordenanza, a partir del momento de la notificación de las acusaciones, tiene gran cuidado sin embargo en señalar el caso específico de que el interrogatorio litigioso no constituya una maniobra destinada a menoscabar los derechos de la defensa (véase la sentencia de 11 de octubre de 1989, "Le Bureau Veritas").

En tal caso, si se comprobase la existencia de maniobras de esa clase, el Tribunal parece indicar que se violaría el principio de la contradicción. Sin duda, hace referencia al artículo 105 del Código de procedimiento que garantiza la imparcialidad del juez de instrucción en los interrogatorios que realice.

Para una visión total, es preciso añadir que en los procedimientos distintos de la notificación de las acusaciones, tal como la inadmisibilidad (artículo 19 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986), el sobreseimiento (art. 20) y la petición de medidas cautelares (art. 12), el enjuiciamiento contradictorio comienza desde el sometimiento del asunto al Tribunal. El principio se aplica tanto al requirente como al Comisario del Gobierno, a los cuales se añaden "las personas en causa" cuando se trate de medidas cautelares.

El Tribunal de Apelación de París ha precisado esas reglas con ocasión especialmente de una decisión de inadmisibilidad del Consejo de la Competencia: "Considerando que en aplicación del artículo 18 de la Ordenanza antes citada la instrucción y el procedimiento ante el Consejo de la Competencia deben ser plenamente contradictorios;

Considerando que desde la presentación de la demanda ante el Consejo de la Competencia las partes deben tener la posibilidad, según el principio de aplicación general antes recordado, de discutir los medios, las explicaciones y los documentos que permitan fundar la decisión, lo que implica que todos los elementos reunidos por el Consejo, o que le hayan sido presentados, deben ser conocidos de los requirentes;

Que para cumplir esa obligación, la comunicación del Director General de la Competencia, el Consumo y la Represión de fraudes, donde se explicaba de manera detallada la opinión de que la demanda debía desestimarse, hubiera debido comunicarse al sindicato y al grupo de demandantes, para permitirles responder a los argumentos aducidos;

Que la omisión de esa formalidad esencial implica el desconocimiento del carácter contradictorio del procedimiento y debe motivar la anulación de la decisión ...".

2) Segundo aspecto del principio de la contradicción en la fase de preparación de los debates: el derecho de las partes a disponer del tiempo suficiente para la preparación de su defensa.

Son el artículo 21 de la Ordenanza y los artículos 17 y 21 del Decreto del 29 de diciembre de 1986 los que fijan los plazos aplicables al procedimiento de notificación de las acusaciones, el procedimiento de sobreseimiento y el procedimiento simplificado. Las partes y el Comisario del Gobierno disponen de dos meses para presentar sus observaciones. En el caso del procedimiento previsto en el artículo 21, se concede un nuevo plazo de la misma duración después de la presentación del informe del ponente. En una sentencia del 4 de julio de 1990, el Tribunal de Apelación ha precisado que el incumplimiento de esos plazos entrañaba la inadmisibilidad: "... Que el ponente ha dado una aplicación exacta a este texto al devolver las memorias presentadas fuera de plazo".

En el caso de una petición de medidas cautelares, el Consejo puede recurrir a un procedimiento de urgencia que necesariamente es muy breve.

El artículo 15 del Decreto del 29 de diciembre de 1986 encomienda también al Presidente del Consejo de la Competencia la fijación de los plazos para la formulación y consulta de las observaciones y documentos integrantes del expediente. La misma libertad se deja al Presidente del Consejo en la hipótesis de la inadmisibilidad de una demanda.

La aplicación de esos distintos procedimientos no ha sido nunca objeto de controversia.

En realidad, ha sido con ocasión de la primera aplicación del procedimiento de verificación de los mandamientos -para la que no existe ninguna disposición relativa a los plazos- cuando el Tribunal de Apelación de París ha anulado una decisión del Consejo por inobservancia del principio de la contradicción. El Tribunal ha considerado que "si bien el Consejo no está obligado, cuando verifica el respeto de sus mandamientos, a aplicar el procedimiento previsto en el artículo 21 de la Ordenanza del 1º de diciembre de 1986, debe sin embargo, observar los principios rectores que se desprenden de la aplicación del artículo 18 del mencionado texto, según el cual el procedimiento pertinente es plenamente contradictorio".

En relación con el doble aspecto de la fase preparatoria de la sesión, se ha planteado el problema de saber si el Comisario del Gobierno estaba autorizado a presentar, en respuesta del informe del ponente, una memoria escrita sin haberla notificado a las partes y sin que éstas puedan responder a ella por escrito.

En tres sentencias del año 1990, el Tribunal de Apelación de París ha considerado que si bien no están previstas en las disposiciones del artículo 21 de la Ordenanza, las memorias presentadas por el Comisario del Gobierno, a condición de que no contengan "ninguna imputación que haya sido debatida en el curso de la instrucción" tienen el "efecto de reforzar las garantías de la defensa y la contradicción de los debates" pues "permiten a las partes conocer antes de la sesión del Consejo las observaciones que el Comisario está facultado a formular oralmente, en especial por lo que se refiere a la cuantía de las sanciones pecuniarias en que se haya incurrido".

El Tribunal ha precisado que esa práctica procesal "no debe conceder sin embargo a las partes un nuevo plazo de réplica, ya que han dispuesto de 15 días para tomar conocimiento de la memoria, cuyos términos, que no pueden asimilarse a acusaciones, no obligan al Consejo y a los que las partes han podido responder durante las intervenciones orales que tenían la posibilidad de hacer en la sesión, o bien presentando en esa ocasión una nota escrita, para lo que habían sido expresamente autorizadas".

B) Si bien el procedimiento ante el Consejo es de carácter esencialmente escrito, los debates que tienen lugar en la sesión no deben minimizarse.

Momento de confrontación de los protagonistas, la "contradicción dialogada" -según la expresión de P. Nicolopoulos- por su aspecto formal y ritual forma parte del respeto de los derechos de la defensa. Es la forma sensible de la justicia.

El artículo 25 de la Ordenanza trata de la fase oral del procedimiento. Las sesiones no son públicas. A ellas sólo pueden asistir las partes y el Comisario del Gobierno. A tal efecto, el Consejo tiene la obligación de convocar a las partes por carta certificada, con aviso de recepción, por lo menos tres semanas antes del día de la sesión.

Desde ese momento las partes pueden pedir que se les oiga, que se les autorice a estar representadas o a contar con asesoramiento.

En el marco de sus poderes generales de policía de la audiencia, el Presidente del Consejo organiza la sesión y fija el momento y el orden de las intervenciones.

Respecto de la duración de las intervenciones, el Tribunal de Apelación ha estimado que no podía invocarse como causa de nulidad por violación de los derechos de la defensa la limitación de la intervención oral, en el caso considerado, 10 minutos, si no se demostraba que las partes "no habían podido desarrollar los argumentos ya expuestos en sus memorias escritas".

En cuanto al orden de las intervenciones, en la práctica la empresa inculpada tiene la palabra en último lugar.

Antes de esta última intervención, el Consejo puede oír a cualquier persona cuya comparecencia le parezca pertinente para contribuir a su información. El Ponente general y el Comisario del Gobierno pueden presentar, llegado el caso, sus observaciones.

El Tribunal, lo mismo que la Fiscalía general, velan escrupulosamente por el respeto del principio de la contradicción. Sin embargo, es de señalar que ese control se realiza tomando en consideración el carácter contencioso específico de las practicas contarias a la competencia respecto de las cuales, por su naturaleza económica, debe necesariamente procederse con diligencia: Es el orden público económico el que en este caso está en el centro del debate contradictorio. Puede verse que en la aplicación del procedimiento seguido ante ella, la Sección de la competencia de la Primera Sala ha aplicado, desde el comienzo de su actividad y en especial por medio de conferencias en materia de procedimiento, la doble regla de la eficacia y de la celeridad.

CONCLUSION

Con ocasión de las conversaciones de Nanterre el 11 y 12 de marzo de 1988, es decir menos de un año después de la transferencia del control de las decisiones del Consejo de la Competencia al Tribunal de Apelación de París, el Presidente Draï subrayaba que "puede considerarse el nuevo derecho de la competencia como un crisol en el que, mediante la osmosis de las disciplinas, las instituciones y los hombres, se lleva a cabo una transformación capital. Pero esa transformación sólo puede ser fecunda si está basada en los valores fundamentales que son indisociables del derecho".

Hoy día es cosa hecha: Las garantías procesales son una realidad y dan testimonio de la madurez de la política de la competencia.
