

Unclassified

Spanish - Or. English

22 September 2020

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO
LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Obtención de
pruebas en formato digital en cárteles**

- Contribución de Portugal -

28 y 29 de septiembre de 2020, reunión virtual por Zoom

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Portugal PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 28-29 de septiembre 2020 reunión virtual por Zoom.

Ms. Sra. Lynn Robertson, Gerente MENA/Africa, LACCF ; Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03465582

Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles

- Contribución de Portugal -

1. Introducción

1. Hacer frente a los cárteles siempre ha sido una prioridad para la autoridad de competencia de Portugal (Autoridade da Concorrência; en adelante, «AdC» o «Autoridad»), ya que sus prioridades en materia de política de competencia resaltan la importancia de reforzar su actividad de aplicación de la ley en la detección, la investigación y la sanción de prácticas anticompetitivas, concretamente cárteles.
2. Entre otras ventajas, la creciente digitalización de las pruebas ha mejorado las posibilidades de destapar pruebas, en particular en inspecciones no anunciadas, lo cual contribuye a la conclusión satisfactoria de las investigaciones. No obstante, esto también ha generado nuevos desafíos técnicos y jurídicos.
3. La política y el enfoque de la AdC con respecto a las inspecciones no anunciadas han evolucionado en consecuencia con el tiempo, lo cual refleja el aumento de la importancia de las pruebas en formato digital en las investigaciones de cárteles y permite abordar los desafíos que supone el uso de nuevas tecnologías. En particular, la AdC ha modernizado sus instrumentos, con lo que ha mejorado la recopilación y el análisis de pruebas en formato digital mediante la aplicación de nuevas soluciones informáticas forenses y ha ampliado el desarrollo de las capacidades relacionadas.
4. El contexto más reciente de la COVID-19 también presenta desafíos para la obtención de pruebas en formato digital a través de inspecciones. Teniendo esto en cuenta, es posible que los procedimientos tengan que adaptarse de forma temporal a las circunstancias excepcionales.
5. En la presente contribución, compartimos la experiencia práctica de la AdC en lo que respecta a la obtención de pruebas en formato digital en investigaciones de cárteles, lo que nos proporcionará un contexto con respecto al marco jurídico aplicable, las facultades de investigación de la AdC y el procedimiento para la recopilación y el procesamiento de datos en formato digital (sección 2). Compartimos un resumen general de los desafíos relacionados y las lecciones aprendidas en la era digital, incluidas las cuestiones jurídicas e informáticas (sección 3), y terminamos con las observaciones finales.

2. Contexto

2.1. Marco jurídico y facultades de investigación de la AdC

6. Según la ley de competencia portuguesa¹, la AdC tiene la facultad de realizar entrevistas, así como de solicitar documentos y otros tipos de información a empresas y a personas físicas o jurídicas.²

¹ Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo.

² Artículos 15 y 18 1) a) y b) de la ley de competencia portuguesa.

7. Además, la AdC dispone de la facultad para llevar a cabo inspecciones no anunciadas en los locales, la propiedad y los medios de transporte de las empresas si dichas inspecciones son necesarias para la obtención de pruebas. Se incluye además la facultad para buscar, examinar, recopilar e incautar datos, independientemente de sus respectivos soportes de almacenamiento.³

8. La AdC también tiene autoridad para precintar los locales de las empresas en las que se pueden encontrar los documentos y el soporte de almacenamiento correspondiente, «*incluidos ordenadores y otros equipos electrónicos de almacenamiento de datos*».⁴

9. Asimismo, en determinadas circunstancias, la AdC tiene la facultad para llevar a cabo inspecciones no anunciadas en domicilios privados y otras ubicaciones, vehículos incluidos, de los accionistas, los gestores y otros miembros del personal de las empresas.⁵

10. Las inspecciones no anunciadas requieren una orden judicial previa emitida por un fiscal o un tribunal.⁶ La orden proporciona el fundamento jurídico para la realización de las inspecciones y, en ella, se define el alcance correspondiente (empresas y objeto de la investigación) y se indica el plazo para llevar a cabo la inspección (un máximo de 30 días). Si la incautación de las pruebas recopiladas está fuera del alcance de la orden, la AdC debe obtener una autorización (*ex ante*) o una validación (*ex post*) adicional del poder judicial.⁷

11. La información protegida por la confidencialidad jurídica y profesional⁸ no se puede incautar durante las inspecciones.⁹

12. En virtud de la legislación portuguesa, está prohibida la incautación de correspondencia postal que no se haya abierto con el fin de investigar las infracciones de las leyes de competencia.¹⁰ La jurisprudencia ha aplicado la misma norma para la correspondencia electrónica, de modo que los correos electrónicos solo podrán incautarse si se han abierto.¹¹

13. No existe ningún plazo legal establecido para la realización del análisis de las pruebas recopiladas en inspecciones. Dicho esto, la ley de competencia portuguesa estipula que, como norma general, la investigación debe concluirse (en particular, mediante la emisión de una declaración de objeciones o el archivo del caso) en un plazo de 18 meses a partir de que se decida iniciar un proceso.¹²

³ Artículo 18 1) c) de la ley de competencia portuguesa.

⁴ Artículo 18 1) d) de la ley de competencia portuguesa.

⁵ Artículo 19 de la ley de competencia portuguesa.

⁶ Artículo 174 4) del Código de Procedimiento Penal.

⁷ Artículos 18 2), 20 1) y 21 de la ley de competencia portuguesa.

⁸ De acuerdo con la ley portuguesa, la confidencialidad profesional jurídica abarca las comunicaciones que implican el asesoramiento externo o interno en determinadas circunstancias.

⁹ Artículo 180 2) del Código de Procedimiento Penal y artículo 71 1) del Estatuto del Colegio de Abogados. Véanse también las Directrices de procedimiento relativas a los procesos antimonopolio de la AdC, párr. 193, disponible en: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/LO_Instrucao_Processos_2013.pdf.

¹⁰ Artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

¹¹ Directrices de procedimiento relativas a los procesos antimonopolio de la AdC, párr. 52.

¹² Artículo 24 1) de la ley de competencia portuguesa.

2.2. Procedimiento relativo a la recopilación, el procesamiento y la preservación de datos en formato digital

14. Algunas de las cuestiones principales acerca de la obtención de pruebas en formato digital en investigaciones de cárteles están relacionadas con las inspecciones no anunciadas (es decir, las inspecciones sorpresivas). En concreto, la preservación y la protección de la autenticidad de las pruebas durante una inspección no anunciada y después de esta son fundamentales para garantizar el debido proceso y la conclusión satisfactoria de una investigación. Habida cuenta de ello, la AdC ha desarrollado habilidades informáticas forenses para encontrar, recopilar, preservar y revisar datos en formato digital en el contexto de las inspecciones no anunciadas. El enfoque de la AdC durante una inspección y después de esta está sujeto a la mejora constante basada en la experiencia de la AdC.

15. Uno de los primeros pasos de una inspección no anunciada es solicitar la asistencia y la cooperación del gestor informático de la empresa, así como identificar al personal correspondiente de la empresa investigada y recopilar sus respectivos ordenadores o portátiles.

16. En las inspecciones no anunciadas, normalmente, la AdC solo incautará una copia forense de los datos que considere relevantes en función de una revisión *prima facie* de los datos disponibles en los locales investigados. Esta revisión se realiza basándose en palabras clave (únicas o combinadas). Asimismo, el uso de palabras clave ayudará a excluir la información privada o protegida por la confidencialidad jurídica y profesional de la revisión y la incautación.

17. En virtud de la ley de competencia portuguesa, la AdC debe elaborar un informe oficial después de la inspección,¹³ el cual deberá notificarse a la empresa investigada. Este informe debe contener una lista detallada de las pruebas obtenidas durante la inspección, incluidas aquellas en formato digital. Estas últimas se definen en el informe mediante la referencia a archivos *hash*, los cuales acreditan que los archivos de la empresa incautados por la Autoridad no se han modificado.¹⁴ El procedimiento de la AdC garantiza además la preservación de los datos mediante el procesamiento de las copias de trabajo de los datos en formato digital para evitar que los datos originales sufran ningún daño, con el objetivo de mantener una cadena de custodia sólida.

18. Si la AdC recopila archivos en formato digital durante una inspección con información que no sea relevante para los procesos, devolverá estos archivos a la empresa investigada en el mismo formato en el que los recopiló.

19. Finalmente, a menos que el caso esté sujeto a la confidencialidad de los procesos, cualquier tercero que muestre un interés legítimo en el caso podrá solicitar acceso al expediente del caso.¹⁵

¹³ Artículo 18 8) de la ley de competencia portuguesa.

¹⁴ Estos archivos proporcionan un valor de *hash* (huella digital) basado en algoritmos que ayuda a mantener una cadena de pruebas (en la que se demuestra que las pruebas se extraen de datos incautados) y una cadena de custodia (en la que se demuestra la procedencia de los datos).

¹⁵ Artículo 33 3) de la ley de competencia portuguesa.

3. Obtención de pruebas: desafíos y lecciones aprendidas en la era digital

20. El procedimiento de la AdC aplicable a la obtención de las pruebas se ha adaptado en respuesta a la gran exposición a nuevas situaciones y nuevos desafíos durante las inspecciones sorpresivas. Muchos de estos cambios también obedecen a desafíos generados por la importancia cada vez mayor de las pruebas en formato digital.

21. Por lo tanto, teniendo en cuenta su experiencia más reciente en las inspecciones sorpresivas y en el contexto de consolidación de su estrategia de aplicación de la ley, la AdC estableció un nuevo modelo para la realización de inspecciones sorpresivas mediante la aplicación de un número de cambios, entre los que se incluyen los siguientes:

- el uso de *software* informático forense avanzado;
- la impartición regular de formación en el ámbito informático al personal;
- la dedicación de más personal por equipo de inspección con diferentes conocimientos (abogados, economistas y expertos informáticos);
- el aumento de la duración de las inspecciones sorpresivas (de uno o pocos días a una o dos semanas);
- el fomento de la comunicación en tiempo real entre los jefes de equipo de inspección en las distintas empresas investigadas;
- la prestación de una coordinación y una asistencia sólidas de los servicios auxiliares a los equipos de inspección.

22. El reciente contexto de la COVID-19 puede presentar desafíos a la hora de obtener pruebas en formato digital a través de inspecciones y, por ello, es posible que los procedimientos deban adaptarse de forma temporal a las circunstancias excepcionales.

23. Además de estos cambios con respecto al enfoque relacionado con las inspecciones sorpresivas, en el contexto de la digitalización, la AdC ha creado además un canal en línea que permite a los denunciantes de irregularidades comunicar a la Autoridad, de forma anónima, información relativa a posibles infracciones de la normativa de competencia.

24. Las siguientes subsecciones se centran en los diferentes desafíos a los que se enfrenta la AdC antes, después y a lo largo de las inspecciones, en concreto con respecto a las pruebas en formato digital.

3.1. Soluciones informáticas forenses de la AdC y desarrollo de capacidades relacionadas

25. En general, la realización de las inspecciones no anunciadas en la era de la digitización implicaba que la Autoridad no solo tenía que asignar más recursos humanos, sino también más infraestructura (incluidas las salas destinadas al análisis de pruebas) a las tareas relacionadas. Del mismo modo, la AdC no creó formalmente un equipo o una unidad de informática forense independiente, pero invirtió importantes recursos en formar al personal y proporcionarles las herramientas necesarias para abordar los desafíos que suponen las pruebas en formato digital.¹⁶

¹⁶ El proceso de inversión en herramientas forenses y el desarrollo de capacidades se vio respaldado por la cooperación internacional entre la AdC y otras autoridades de competencia en el contexto de la Red Europea de Competencia y la Red Internacional de Competencia, por ejemplo, a través de la participación del personal de la AdC,

26. Por este motivo, las inspecciones sorpresivas realizadas en los últimos años se basaron en la inversión por parte de la Autoridad en i) desarrollo de capacidades y ii) soluciones informáticas avanzadas (tanto *hardware* como *software*), lo cual permitió procesar y revisar las pruebas en formato digital de una manera más rápida.¹⁷

27. El *hardware* y el *software* de última generación son costosos, de modo que uno de los desafíos ha sido evaluar de forma permanente las necesidades informáticas específicas de la Autoridad. Por un lado, la Autoridad pretende evitar verse en una situación en la que sus iniciativas para la aplicación de la ley se vean perjudicadas por la falta de soluciones informáticas adecuadas y suficientes. Por otro lado, los recursos financieros deben administrarse de manera racional, y deben evitarse los costes informáticos innecesarios. Desde el punto de vista práctico, esto se traduce, por ejemplo, en saber cuántas licencias de *software* informático forense necesita la Autoridad cada año para que, si es necesario, pueda implementar los recursos informáticos necesarios en un plazo breve.

28. Además de la adquisición de licencias de *software* informático, es necesario proporcionar al personal la formación necesaria. Según la experiencia de la AdC, existen al menos dos grupos destinatarios con distintas necesidades: i) el personal informático forense especializado, cuya formación incluye el aprendizaje relacionado con la gestión y la adaptación del *software* al procedimiento aplicable en las inspecciones sorpresivas y en circunstancias específicas;¹⁸ y ii) el personal de la Autoridad encargado de revisar los datos en los locales investigados (y, más adelante, en los locales de la Autoridad), que debe adquirir las aptitudes necesarias para la revisión de los documentos (p. ej., seleccionar conjuntos de datos, crear cadenas de palabras clave, guardar búsquedas, etc.). Dado que esto último implica conocimientos más básicos, este personal puede recibir formación interna por parte del personal informático forense especializado.

29. En general, teniendo en cuenta la experiencia actual de la AdC, parece que los beneficios generados mediante la inversión en soluciones informáticas forenses avanzadas y el desarrollo de capacidades relacionadas compensan los costes. Esto ocurre no solo porque estas soluciones ahorran tiempo, lo cual posibilita la revisión de un conjunto mayor de pruebas en un plazo más corto, sino también porque, al hacerlo, permiten realizar cambios estructurales en relación con la forma en la que las autoridades pueden organizar inspecciones sorpresivas e incluso, de manera más general, sus investigaciones.

incluido el personal informático, en inspecciones no anunciadas llevadas a cabo junto con otras autoridades de competencia.

¹⁷ Además de una mayor velocidad de procesamiento, el *software* informático forense avanzado ofrece filtros sencillos que permiten eliminar duplicados, filtrar correos electrónicos, resaltar palabras en documentos, etiquetar documentos, agregar hilos de correo electrónico, extraer listas en las que se muestren los patrones por objetivo, año o etiqueta, etc.

¹⁸ Normalmente, este personal desempeña tareas de informática forense con una función informática más general y se encarga de la comunicación con las contrapartes informáticas en la empresa investigada, así como de la identificación y recopilación de los datos del personal relevante.

3.2. Cuestiones jurídicas y otros desafíos relacionados con las pruebas en formato digital

3.2.1. Correos electrónicos no abiertos

30. Como ya se ha mencionado, en virtud de los procesos relacionados con las infracciones de las leyes de competencia, en Portugal, no se pueden incautar correos electrónicos no abiertos. Este marco se deriva del régimen aplicable a la correspondencia por correo físico y se basa, en última instancia, en un derecho constitucional.¹⁹

31. Mientras que actualmente el volumen de correos físicos es mínimo, el correo electrónico se ha convertido en la herramienta de comunicación profesional predilecta en los dos últimos decenios. Por ello, esta norma puede tener una repercusión significativa en la capacidad de la Autoridad para obtener las pruebas pertinentes.

32. Además, no está claro si los llamados «correos electrónicos no leídos» merecen la misma protección que los correos físicos no abiertos, ya que es difícil determinar si un «correo electrónico no leído» se ha abierto o no.²⁰ En este sentido, la aplicación de la llamada «Directiva REC+», encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) para aplicar la normativa con más eficacia, puede hacer que esta situación cambie, ya que aboga por que se otorguen a las autoridades las facultades necesarias para reunir todas las pruebas pertinentes durante las inspecciones en virtud de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.²¹

3.2.2. Desafíos del debido proceso: cuestiones de confidencialidad

33. La obtención de grandes volúmenes de pruebas en formato digital plantea también cuestiones en relación con la protección de la información confidencial, ya que es necesario evitar un procedimiento oneroso de acceso a los archivos, así como establecer un equilibrio entre la garantía de los derechos de la defensa y la protección de la información confidencial.

34. La ley de competencia portuguesa establece el marco para la protección de los secretos comerciales en el contexto de las inspecciones no anunciadas y otras medidas de investigación²². La confidencialidad es especialmente relevante en el contexto del acceso a los archivos. Además, es relevante a la hora de publicar resoluciones, dado que la AdC tiene el deber de publicar en su sitio web de Internet la versión no confidencial de sus resoluciones firmes de infracción²³. Las partes pueden presentar solicitudes de confidencialidad, proporcionando, en tal caso, una copia de los documentos con la información confidencial suprimida. La AdC puede aceptar o rechazar la clasificación de la información como secreto comercial y escuchará a las partes involucradas antes de adoptar una resolución. En cualquier caso, los asesores económicos y abogados externos

¹⁹ Artículo 34 4) de la Constitución de la República Portuguesa.

²⁰ Los programas empleados para enviar, recibir y leer los correos electrónicos permiten a los usuarios i) leer al menos parte del contenido sin marcar automáticamente el correo electrónico como «leído» y ii) marcar los mensajes como «no leídos» después de haberlos leído.

²¹ Directiva 2019/1 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar con mayor eficacia las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

²² Artículos 15 y 30 de la ley de competencia portuguesa. Véanse también las Directrices de procedimiento relativas a los procesos antimonopolio de la AdC, párrs. 176-192.

²³ Artículo 90 1) de la ley de competencia portuguesa.

de las partes podrán tener acceso a los documentos confidenciales para ejercer los derechos de defensa y recurso judicial.²⁴

35. En este marco, la AdC ha tratado de garantizar un equilibrio justo entre los derechos de la defensa y la protección de la información confidencial, y que, al mismo tiempo, el procedimiento sea lo menos oneroso posible, sobre todo teniendo en cuenta el volumen cada vez mayor de pruebas en formato digital disponibles en los procesos antimonopolio. En este contexto, los recursos presentados por las partes han puesto a prueba el procedimiento de la AdC, que depende, por ejemplo, de si se permitió a la AdC solicitar a las partes que presentaran resúmenes de la información considerada confidencial²⁵ y de si la AdC tenía derecho a prohibir a las empresas que obtuvieran copias de documentos que solo sus abogados y consultores económicos externos podían revisar.²⁶

4. Observaciones finales

36. La ley de competencia portuguesa otorga a la AdC un conjunto exhaustivo de facultades para obtener pruebas en formato digital en las investigaciones de cárteles, en particular, a través de las inspecciones no anunciadas.

37. No obstante, la obtención y la recopilación de pruebas en la era digital presentan tanto oportunidades como desafíos para la AdC.

38. Por ello, la AdC ha llevado a cabo una importante revisión de sus procedimientos, sus herramientas y sus recursos de inspección sorpresiva con miras a reforzar su aplicación. Dada la importancia de las pruebas en formato digital, se ha demostrado que es fundamental invertir en soluciones informáticas forenses avanzadas y en el desarrollo de capacidades, así como adaptar los procedimientos a los desafíos que presentan las nuevas tecnologías y las pruebas en formato digital.

39. Asimismo, la aplicación de la «Directiva REC+», encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de la UE para aplicar la normativa con más eficacia, reforzará los instrumentos digitales de la Autoridad, ya que esta Directiva aboga por que se otorguen a las autoridades las facultades necesarias para reunir todas las pruebas pertinentes, incluidas aquellas en formato digital, en virtud de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.²⁷

²⁴ Artículo 33 4) de la ley de competencia portuguesa.

²⁵ Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, primera instancia, 25/10/2016, Caso n.º 195/16.1YUSTR.

²⁶ Tribunal de Apelación de Lisboa, segunda instancia, 05/04/2016, Caso n.º 225/15.4 YUSTR.L1.

²⁷ Directiva 2019/1 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar con mayor eficacia las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.