

Artículos

REQUERIMIENTOS DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL BAJO DERECHO ESPAÑOL

Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

Requerimientos de producción documental bajo derecho español

Este artículo examina los requerimientos de producción documental —solicitudes que obligan al destinatario a entregar grandes volúmenes de documentación identificada mediante criterios de búsqueda automatizados— y analiza su posible aplicación en el ordenamiento jurídico español. Partiendo de la práctica consolidada en Estados Unidos y en las investigaciones de competencia de la Comisión Europea, el trabajo demuestra que las normas que fundamentan estos requerimientos no difieren sustancialmente de las españolas, por lo que las diferencias observadas responden más a la cultura jurídica y la práctica administrativa que a divergencias normativas. El artículo estudia los principales límites a los que debe sujetarse cualquier requerimiento de esta naturaleza, así como los aspectos técnicos y procedimentales que caracterizan estos procesos de e-discovery.

PALABRAS CLAVE:

Producción documental; E-discovery; Requerimientos de información.

Documentary production requirements under spanish law

This article examines document production requirements — that oblige recipients of such requests to deliver large volumes of documentation identified using automated search criteria — and analyses their potential implementation in the Spanish legal system. Drawing on established practices in the United States and the European Commission's competition investigations, the article shows that the underlying rules of these requirements are not substantially different to those in Spain. It suggests that any observed differences are more likely to be attributed to legal culture and administrative practices than regulatory divergences. It also considers the main limitations to which any such request must be subject, as well as the technical and procedural aspects that characterise these e-discovery processes.

KEYWORDS:

document production, e-discovery, information requests.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-12-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-12-2025

Beltrán de Lubiano, Jokin (2025). Requerimientos de producción documental bajo derecho español. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 69, pp. 51-76 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción a la cuestión

Todos los días, los tribunales y las administraciones españolas solicitan a particulares y empresas que entreguen documentación de todo tipo. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en determinadas jurisdicciones (como los Estados Unidos) o procedimientos (como es el caso de los procedimientos de competencia ante la Comisión Europea), en la práctica española no se pide a las empresas que efectivamente se “autoinspeccionen” para identificar *todos* los documentos potencialmente relevantes sobre una materia, con la entrega de miles —si no millones— de documentos en respuesta a un requerimiento de documentación.

La práctica de la Comisión Europea en materia de competencia demuestra que este regulador ha considerado útiles —y, por tanto, los ha importado al contexto europeo— procedimientos originalmente típicos de sus homólogos estadounidenses, como es el caso de los requerimientos de “producción” documental que llevan a este tipo de entregas masivas de documentos¹. En este contexto, cabe preguntarse si estos procedimientos serán también importados al contexto español y, en ese caso, en qué medida son posibles en nuestro derecho.

Este artículo postula que la diferencia entre unos y otros requerimientos de entrega de documentos no es fundamentalmente jurídica; es decir, no se basa en una arquitectura legal sustancialmente distinta. En cambio, la diferencia es de cultura jurídica y práctica administrativa o judicial. Para ello, primero se describirá en qué consiste la práctica moderna de “producción documental” y, a continuación, se considerará en qué medida una práctica de esa naturaleza encajaría en el derecho español.

A continuación, se considerarán los límites que debe superar una petición de esta naturaleza —el principal, la proporcionalidad, y otros adicionales, como el secreto profesional o el respeto a las normas de protección de datos— y los mecanismos prácticos de *e-discovery* que se han desarrollado para canalizar este tipo de peticiones.

En relación con esto último, el artículo trata de proporcionar cierto detalle sobre el diseño y ejecución en la práctica de este tipo de solicitudes de documentación, con dos objetivos: primero, para evitar una discusión demasiado abstracta que impida ver exactamente la realidad práctica a la que nos enfrentamos en un caso de estos y, segundo, para tratar de resumir los requisitos y

¹ En este artículo, se utiliza requerimiento de “producción” documental, por su nombre habitual en inglés (*documento production*) y en línea con el término usado en la norma europea (véase el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales).

criterios esenciales que hacen que el cumplimiento de este tipo de requerimientos de producción documental sea viable tanto desde la perspectiva jurídica como práctica.

2. ¿Qué es un requerimiento de producción documental?

Como punto de partida, conviene describir a qué tipo de petición nos enfrentamos en este artículo. Para ello, podemos empezar por el resultado: como en las películas tradicionales de abogados estadounidenses, una solicitud de producción documental requerirá a su destinatario la entrega de numerosa documentación, representada tradicionalmente en estas películas mediante cajas y cajas de documentos (y, hoy en día, mediante *gigabytes* de información).

Para llegar a ese resultado, un requerimiento de producción documental requiere que el destinatario entregue *toda* la documentación relativa a una materia (el *qué*), exigiendo efectivamente que el destinatario establezca un proceso de recopilación y selección de grandes volúmenes de documentación, especialmente la de naturaleza digital (correos electrónicos, chats, etc.) (el *cómo*). En la práctica, lo anterior conlleva el uso de métodos técnicos (como la selección de todos los documentos que contengan determinadas palabras clave) que eliminan sustancialmente la discrecionalidad del destinatario para elegir qué documentos debe entregar, e implica la producción de numerosa documentación de menor relevancia.

Con algo más de detalle, un requerimiento de producción documental contiene típicamente los siguientes elementos. Para ilustrarlo, me referiré al requerimiento modelo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos para investigar operaciones de concentración empresarial que este organismo publica en su página web². Así, un requerimiento de esta naturaleza:

- i. Designa como destinatario del requerimiento a una sociedad o grupo societario, y obliga al destinatario a responder respecto de todos los documentos bajo el control del destinatario.

Por ejemplo, en el caso del modelo del Departamento de Justicia, se define *Sociedad* para incluir a sus "*matrices domésticas y extranjeras, predecesoras, divisiones, filiales, entidades del grupo, asociadas y empresas en participación, y todos los administradores, directivos, empleados, agentes y representantes u otras personas que actúen o pretendan actuar en nombre o por cuenta de cualquiera de los anteriores*"³. A continuación, el modelo instruye al destinatario de que el requerimiento exige la "*producción de todos los documentos, datos y otra información en posesión, custodia o control de la Sociedad*"⁴.

² Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2025). Nótese que este documento también exige del destinatario una serie de respuestas descriptivas (o *narratives*), pero en este artículo me centraré en los aspectos documentales.

³ *Id.*, Definition 1 ("*the Company' ... mean[s] ... its domestic and foreign parents, predecessors, divisions, subsidiaries, affiliates, partnerships, and joint ventures, and all directors, officers, employees, agents, and representatives or other persons acting or purporting to act for or on behalf of any of the foregoing*").

⁴ *Id.*, Instruction 2 ("*this Request requires the production of all responsive documents, data, and other information in the possession, custody, or control of the Company*").

- ii. Define documentos de forma amplia, para incluir, en particular, documentación digital (*electronically stored information* o ESI). Así, en el ejemplo del modelo del Departamento de Justicia, el término *documento* se define como “*toda la información escrita, impresa o almacenada electrónicamente (‘ESI’), así como cualquier archivo electrónico eliminado pero recuperable o cualquier fragmento de archivo electrónico de cualquier tipo que se encuentre en posesión, custodia o control de la empresa, incluida la información almacenada en cuentas de redes sociales como X (antes Twitter) o Facebook, chats, mensajes instantáneos, mensajes de texto, otras aplicaciones de mensajería y documentos contenidos en entornos de trabajo colaborativo y otras bases de datos de documentos. Los ‘documentos’ incluyen metadatos, fórmulas y otros datos incrustados, ocultos y bibliográficos o históricos que describen o se relacionan con cualquier documento*”⁵.

La inclusión de la documentación digital o ESI es definitoria, pues hoy en día el universo de documentos digitales —correos electrónicos, chats, archivos compartidos en servidores empresariales o plataformas colaborativas, aplicaciones de notas, etc.— comprende en la práctica millones de documentos incluso en organizaciones de tamaño menor.

- iii. Define un grupo de personas en particular (los custodios o *custodians*) cuyos archivos deben ser recopilados y procesados de forma exhaustiva⁶. Este procesamiento —que se realiza mediante herramientas *forenses* de obtención de documentos, por comparación con una recopilación *manual* de documentos— se extiende a todos los archivos físicos o digitales a disposición de dichas personas.
- iv. Establece un periodo relevante (*e. g.*, últimos doce meses) en el que debe realizarse la recopilación forense.
- v. Establece un método o criterio para seleccionar los documentos relevantes. En la práctica, como no es posible o práctico revisar millones de documentos para identificar los que se refieran a la materia objeto de la controversia o investigación, se utilizan métodos tecnológicos para realizar esa selección, principalmente mediante la búsqueda de documentos que contengan determinadas palabras clave⁷.

Por ejemplo, el modelo del Departamento de Justicia exige que las partes investigadas en relación con una concentración empresarial determinada proporcionen “*todos los documentos relacionados con cambios actuales o potenciales en la oferta, demanda, coste,*

5 *Id.*, Definition 6 (“*all written, printed, or electronically stored information (‘ESI’), and any deleted but recoverable electronic files or any electronic file fragments] of any kind in the possession, custody, or control of the Company, including information stored on social media accounts like X (formerly, Twitter) or Facebook, chats, instant messages, text messages, other Messaging Applications, and documents contained in Collaborative Work Environments and other document databases. ‘Documents’ includes metadata, formulas, and other embedded, hidden, and bibliographic or historical data describing or relating to any document*”).

6 En la práctica, la selección de los *custodians* requiere un trabajo previo de investigación y selección de las personas que más probablemente tengan acceso a los documentos relevantes que se intenta conseguir mediante el requerimiento de producción documental.

7 En la práctica estadounidense, se han desarrollado métodos de correlación estadística (conocidos como *predictive coding*, *Technology Assisted Review* o “TAR”) que sustituyen a la búsqueda por palabras clave. Sin duda, las actuales tecnologías de inteligencia artificial también podrían usarse en este contexto, aunque la dificultad radica en desarrollar un protocolo de búsqueda que sea aceptable para requerentes y requeridos.

precios o producción de cualquier Producto Relevante como resultado de la competencia"⁸. Lo relevante en una petición de este tipo es que "todos los documentos" significa, literalmente, *todos los documentos*. Una petición de este tipo no puede cumplirse mediante una selección manual de una docena de documentos relevantes por parte de los directivos de la empresa; requerirá una búsqueda automatizada en los archivos de la empresa.

En consecuencia, es necesario establecer el método tecnológico para obtener esta documentación. En el método más sencillo de las palabras clave, se deben proporcionar todos los documentos que contengan determinada combinación de palabras (por ejemplo, siguiendo con el apartado del requerimiento modelo citado anteriormente, todos los documentos que contengan las palabras *oferta*, *demanda*, etc., junto con la palabra *competencia* y el producto relevante para ese caso)⁹. En la práctica estadounidense, como se adelantaba, existen métodos aceptados por la comunidad legal más avanzados de *predictive coding* o *technology assisted review* (TAR) en los que se revisa de forma manual un conjunto de documentos relativamente pequeño para luego extrapolar mecánicamente esa selección, mediante métodos de inferencia estadística, al universo total de documentos objeto de revisión. En cualquiera de los casos, la concreción de estos métodos de selección requiere cierto grado de colaboración y negociación entre las partes, para evitar una selección final de documentos relevantes excesiva o deficiente¹⁰.

- vi. Establece un formato particular en el que deben entregarse los documentos (cuestión no menor cuando la entrega comprende decenas de miles de documentos). Dado el elevado número de documentos que serán producidos, el destinatario necesitará cargar la documentación en una herramienta que permita realizar búsquedas adicionales sobre el universo de documentos producidos.

El resultado de los anteriores elementos de un requerimiento de producción documental es que habitualmente las respuestas a requerimientos de este tipo dan como resultado la entrega de decenas o cientos de miles de documentos (si no más). Por citar un solo ejemplo, en el litigio contra Google referido a la monopolización del mercado de búsquedas en internet en Estados Unidos, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos dirigió solicitudes documentales a Google que

⁸ Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2025: Spec. 21): "Submit all documents relating to any actual or potential changes in the supply, demand, cost, price, or output of any Relevant Product as a result of competition".

⁹ En la práctica, estas combinaciones de palabras clave se presentan con una notación de lógica "booleana", creando comandos de búsqueda que pueden tener cierta complejidad (e. g., "(oferta OR demanda OR ...) AND compet* AND [producto relevante]").

¹⁰ Véase a este respecto la Instrucción 4 del modelo del Departamento de Justicia: "Before using software or technology (including search terms, predictive coding, deduplication, or similar technologies) to identify or eliminate documents, data, or information potentially responsive to this Request, the Company must submit a written description of the method(s) used to conduct any part of its search. In addition, for any process that relies on search terms to identify or eliminate documents, the Company must submit: (a) a list of proposed terms; (b) a tally of all the terms that appear in the collection and the frequency of each term; (c) a list of stop words and operators for the platform being used; and (d) a glossary of industry and company terminology.

For any process that instead relies on predictive coding to identify or eliminate documents, you must include (x) confirmation that subject-matter experts will be reviewing the seed set and training rounds; (y) recall, precision, and confidence-level statistics (or an equivalent); and (z) a validation process that allows for Department review of statistically significant samples of documents categorized as non-responsive documents by the algorithm".

conllevaran la producción de aproximadamente cinco millones de documentos de más de cien *custodians*¹¹.

Como se anticipaba al inicio del artículo, aunque este tipo de herramienta es especialmente propia de la práctica legal estadounidense, también se da en otros contextos y jurisdicciones, como en las investigaciones de competencia de la Comisión Europea. Aunque los detalles concretos de cómo se canalizan estas peticiones no los hace públicos esta institución, lo cierto es que siguen un patrón similar al descrito anteriormente y tienen una importancia relevante en los casos más complejos, especialmente en materia de control de concentraciones¹².

3. La estructura legal de los requerimientos de producción documental y su encaje en derecho español

Una vez descrito en qué consiste un requerimiento de producción documental, debemos plantearnos en qué medida un requerimiento de esta naturaleza sería posible bajo la legislación española. En este apartado, quiero demostrar que los sistemas legales en los que este tipo de medidas es habitual no contienen una norma específica que cubra esta forma de pedir documentación, sino que solo prevén normativamente circunstancias en las que un tribunal o una autoridad administrativa pueden solicitar información. Estas normas no son sustancialmente distintas a las que tenemos en nuestro ordenamiento. Esto descarta, a mi juicio, una conclusión demasiado rápida que rechace, sin más y meramente por referencia ambigua a las diferencias entre sistemas jurídicos, que una petición de este tipo sea posible en el ordenamiento jurídico español.

3.1. La estructura normativa del *discovery* en los Estados Unidos

Comencemos por el sistema estadounidense de *discovery*, usando como ejemplos la norma procesal civil y la norma administrativa de competencia:

- i. En el *discovery* en litigios civiles, la norma procesal federal es del siguiente tenor: *“Las partes pueden obtener información [discovery] sobre cualquier asunto no privilegiado [esto es, protegido por el secreto profesional] que sea relevante para la acción o la defensa de cualquiera de las partes y proporcional a las necesidades del caso, teniendo en cuenta la importancia de las cuestiones en juego en la acción, la cuantía en litigio, el acceso relativo*

¹¹ Véase *Joint Status Report, U.S. et al. v. Google LLC*, 1:20-cv-03010-APM (D.D.C.), doc. 118, disponible en <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1429066/dl?inline>, p. 9. El Departamento de Justicia añadió que ese número era incluso moderado en comparación con otros procedimientos: “A production of this size is suitable for a case of this size and significance. See, e.g., *In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig.*, No. 94-897, MDL 997, 1996 U.S. Dist. LEXIS 1908, at *13 (N.D. Ill. Feb. 20, 1996) (“Tens of millions of documents have been produced to the plaintiffs alone.”); *Keene Corp. v. United States*, 12 Cl. Ct. 217, 220 n.2 (1987) (noting that AT&T produced 12 million documents in a 1970s antitrust action against MCI); *In re Broiler Chicken Antitrust Litig.*, No. 16 C 8637, 2020 U.S. Dist. LEXIS 37140, at *1 (N.D. Ill. Mar. 4, 2020) (noting that with discovery ongoing, defendants had already reviewed and produced 8 million documents)”, *ibid.* (énfasis añadido).

¹² En 2018, la entonces comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, defendió la importancia de los documentos internos para las investigaciones de competencia y anunció que la Comisión Europea se encontraba preparando una guía de mejores prácticas sobre este tipo de requerimientos de documentación. Véanse OECD (2018: párr. 22) y el discurso de Margrethe Vestager titulado “Fairness and competition”, de 25 de enero de 2018, disponible aquí: <https://perma.cc/XXC2-7P7J>: “internal documents can help us make better decisions. They can help us understand the markets, and the companies’ plans for the future”). No obstante, parece que dicho proyecto fue posteriormente abandonado.

de las partes a la información pertinente, los recursos de las partes, la importancia de la información para resolver las cuestiones y si la carga o el gasto de la información propuesta supera su posible beneficio"¹³.

Como se puede observar, la norma contiene dos requisitos: relevancia y proporcionalidad, que en el fondo no son sustancialmente distintos de los criterios de pertinencia y utilidad que rigen la admisibilidad de la prueba en el proceso civil en España (es más, curiosamente es la norma estadounidense, no la española, la que tiene un criterio explícito de proporcionalidad)¹⁴. Es cierto que el ámbito del *discovery* estadounidense es más amplio, puesto que las normas federales de procedimiento civil permiten expresamente pedir información que, sin necesidad de superar el criterio de admisibilidad en juicio, razonablemente podría conducir a encontrar pruebas que sí sean admisibles en juicio (Gual Grau, 2011).

- ii. Por lo que respecta a los requerimientos de información administrativos (conocidos como *Civil Investigative Demands*), la legislación de los Estados Unidos permite al Departamento de Justicia solicitar información para investigaciones de competencia en los siguientes términos: *"Siempre que el Fiscal General [...] tenga motivos para creer que alguna persona puede estar en posesión, custodia o control de cualquier material documental, o puede tener cualquier información, relevante para una investigación civil antimonopolio [...], podrá, antes de que los Estados Unidos inicien un procedimiento civil o penal al respecto, emitir por escrito y hacer que se notifique a dicha persona una solicitud de investigación civil en la que se le exija que presente dicho material documental..."*¹⁵.

De nuevo, se puede observar que la norma simplemente introduce un requisito de relevancia (aunque no lo diga expresamente, esta facultad está también limitada jurisprudencialmente respecto de la proporcionalidad o carga que impone al destinatario¹⁶). Compárese con la norma equivalente en España: el artículo 39 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC"). Este precepto prevé que *"toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de esta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta ley. [...] Tales requerimientos de información serán proporcionados y no obligarán a los destinatarios de los mismos a admitir la comisión de una infracción de la normativa de competencia"* (énfasis

13 Fed. R. Civ. Pro. Rule 26(b)(1), trad. propia del original ("*Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable*"); los destacados son propios.

14 Artículo 283 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC").

15 15 U.S.C. § 1312(a), trad. propia del original ("*Whenever the Attorney General ... has reason to believe that any person may be in possession, custody, or control of any documentary material, or may have any information, relevant to a civil antitrust investigation ..., he may, prior to the institution of a civil or criminal proceeding by the United States thereon, issue in writing, and cause to be served upon such person, a civil investigative demand requiring such person to produce such documentary material*"); los destacados son propios.

16 Según la jurisprudencia, un "CID" debe ser razonable respecto de la naturaleza, propósito y ámbito de la investigación (*Okla. Press Pub. Co. v. Walling*, 327 U.S. 186, 209 (1946)), de forma que un requerimiento no será válido cuando sea *"indebidamente oneroso o irrazonablemente amplio"* ("*unduly burdensome or unreasonably broad*", *U.S. v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632, 652).

añadido). Aunque el criterio se formule de forma distinta (relevancia frente a necesidad), resulta sencillo ver que los preceptos no presentan diferencias sustanciales.

Lo que demuestran estos ejemplos es que los tribunales y administraciones estadounidenses requieren habitualmente a litigantes e investigados que produzcan miles o incluso millones de documentos, pero que estas facultades se ejercen con normas de cobertura que no están redactadas de forma sustancialmente distinta de las españolas. Esto demuestra que cualquier diferencia no es atribuible a las normas positivas. Cristian Gual reflexionaba en estas mismas páginas, a propósito de esta cuestión, que las diferencias procedimentales *"no necesariamente emanan del tenor literal de las normas"*, puesto que *"los sistemas de resolución de disputas y, con ello, cualquier mecanismo específicamente diseñado para la resolución de disputas, dependen un poco de las normas que los configuran y casi todo lo demás de la conducta de los operadores que los ponen en práctica"* (Gual Grau, 2011: 119).

3.2. El precedente de las investigaciones de la Comisión Europea en materia de competencia

Pasamos ahora al segundo grupo de ejemplos: las investigaciones de la Comisión Europea en materia de competencia. Este grupo ya no es un caso exótico de derecho extranjero, sino que se refiere a procedimientos sujetos a derecho de la Unión Europea que es, al fin y al cabo, también el de nuestro país.

Como hemos anticipado, la Comisión Europea, al realizar investigaciones de competencia —ya sea por práctica restrictivas contrarias a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") o en materia de control de concentraciones al amparo del Reglamento n.º 139/2004— dirige de forma relativamente habitual requerimientos de información a las empresas investigadas que exigen la entrega de numerosa documentación que se encuentre en los archivos de determinadas personas (*custodians*) y que contenga determinadas palabras clave. Es importante destacar que, como sucedía en el régimen estadounidense, la Comisión no cuenta con instrumentos legislativos en esta materia que concedan específicamente una facultad de exigir producciones documentales a las empresas, sino que dichos requerimientos se envían al amparo de las disposiciones generales que simplemente permiten a la Comisión *"solicitar a las empresas y asociaciones de empresas que le faciliten toda la información que estime necesaria"*¹⁷.

Esta práctica de la Comisión es —como se anticipaba— relativamente habitual en los casos más complejos. No obstante, al ser una cuestión de naturaleza procedimental, esta práctica no suele quedar reflejada en los documentos que publica la Comisión. Por citar dos ejemplos en los que sí hay información pública al respecto, en la mediática adquisición de Monsanto por Bayer, la Comisión revisó 2,7 millones de documentos¹⁸, mientras que en el asunto *Liberty Global / Ziggo*, relativo a una concentración entre dos empresas de telecomunicaciones de los Países Bajos, la decisión

17 Artículo 18.1 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado y artículo 11.1 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

18 Comisión Europea (2018).

de la Comisión menciona que las partes entregaron a la Comisión más de 200.000 documentos internos en respuesta a un requerimiento de información¹⁹.

Sin duda alguna, la Comisión Europea comenzó a pedir esta documentación por inspiración en lo que hacen sus homólogas estadounidenses, con las que coopera en determinados casos de alcance transatlántico (Levy / Karadakova, 2019: 13). Con el tiempo, la Comisión ha desarrollado cierta tendencia a dar cada vez más importancia a lo que los ejecutivos de las partes decían internamente en los correos electrónicos y demás documentos elaborados *in tempore non suspecto*, que el Tribunal de Justicia ha validado²⁰.

La Comisión Europea también cuenta con un entorno jurisprudencial favorable en lo que respecta a sus facultades de solicitud de información. Por un lado, aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido que cualquier requerimiento debe ser proporcionado, ha indicado que *"el carácter proporcionado de una solicitud de información debe apreciarse en relación con las necesidades de la investigación, sin que el hecho de que tal solicitud exija a la empresa una importante carga de trabajo baste por sí mismo para demostrar que es desproporcionada"*²¹. Por otro lado, el Tribunal de Justicia también ha concedido un gran nivel de libertad a la Comisión para determinar qué información considera necesaria para sus investigaciones; y solo ha considerado que un requerimiento de información era excesivo en un caso que podría considerarse de verdadera "expedición de pesca" (por la expresión en inglés, *fishing expedition*), en el que se requirió a las empresas destinatarias *"la comunicación de información muy amplia y detallada sobre numerosas operaciones nacionales e internacionales relacionadas con doce Estados miembros a lo largo de un período de diez años"* con *"una motivación excesivamente sucinta, vaga y genérica y en algunos aspectos ambigua"*²².

En lo que respecta a los requerimientos de producción documental, hay dos series de recursos actualmente en curso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativos a una investigación por abuso de posición de dominio (*Facebook Marketplace*) y a una concentración (*Vivendi / Lagardère*). Ambos litigios cuestionan determinadas prácticas de la Comisión en lo que respecta a la privacidad de las personas cuyos documentos son producidos.

3.3. El caso Meta (Facebook Marketplace)²³

En el marco del procedimiento de competencia AT.40684 (*Facebook Marketplace*), la Comisión Europea dirigió a Meta diversas solicitudes de información al amparo del artículo 18 del Reglamento 1/2003. La investigación tenía por objeto examinar la vinculación del servicio Facebook Marketplace a la red social Facebook, así como el posible uso por parte de Meta de datos de competidores obtenidos a través de sus servicios de red social.

19 Decisión de la Comisión Europea de 25 de mayo de 2014, M.7000 *Liberty Global / Ziggo*, párr. 51.

20 Véase, por ejemplo, sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2022, *Weland-Werke c. Comisión*, T-251/19, ECLI:EU:T:2022:296, párr. 117.

21 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2021, *Qualcomm c. Comisión*, C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76, párr. 109.

22 Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2016, *HeidelbergCement AG c. Comisión*, C-247/14 P, ECLI:EU:C:2016:149, párrs. 27 y 39.

23 Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277.

La decisión impugnada exigía a Meta la producción de documentos identificados mediante la aplicación de determinados términos de búsqueda a las bases de datos de cinco *custodians* específicos. Meta alegó que numerosos documentos capturados por dichos términos contenían datos personales sensibles sin relación alguna con sus actividades comerciales. Ante esta situación, la Comisión propuso un procedimiento de sala de datos virtual (*virtual data room*) para el tratamiento de los documentos sensibles.

Meta articuló tres motivos de impugnación: la infracción del artículo 18 del Reglamento 1/2003 por vulneración del principio de necesidad debido a la excesiva amplitud temporal y al carácter genérico de los términos de búsqueda; la infracción del derecho a la privacidad, al exigirse documentos con datos personales sensibles; y la insuficiencia de motivación respecto de cómo los términos de búsqueda permitían identificar documentos relevantes.

El Tribunal General desestimó íntegramente el recurso. En resumen, el Tribunal consideró que el requisito de necesidad de la información quedaba cumplido con tal de que la Comisión pudiera razonablemente suponer que la información solicitada podría ayudar a determinar si la infracción investigada tuvo lugar. Respecto de los términos de búsqueda impugnados, el Tribunal consideró que la Comisión podía razonablemente suponer que los términos —como, por ejemplo, *marketplace AND advertising o commerce AND awareness*— contribuirían a determinar la existencia de las conductas investigadas. Asimismo, rechazó el argumento basado en el elevado número de documentos identificados, afirmando que resulta inevitable que la aplicación de términos de búsqueda identifique documentos que finalmente resulten irrelevantes. También es destacable que, según el Tribunal, no era necesario que los abogados de Meta pudieran revisar previamente la relevancia de los documentos, al considerar que ello menoscabaría gravemente los poderes investigadores de la Comisión.

La sentencia evidencia una notable deferencia judicial hacia la discrecionalidad investigadora de la Comisión, lo que genera una tensión estructural entre la amplitud de los poderes de investigación y la efectividad de las garantías procesales. El criterio según el cual basta con que la Comisión "*podiera razonablemente suponer*" que la información "*puede ayudar*" a la investigación, aceptando como "*inevitable*" la captura de documentos irrelevantes, hace casi imposible que un Tribunal revise la proporcionalidad de un requerimiento de esta naturaleza.

Meta ha recurrido la sentencia del Tribunal General, y se espera que la sentencia que resuelva el recurso establezca las condiciones en las que la Comisión Europea puede utilizar este tipo de requerimientos de producción documental para investigar posibles infracciones de competencia.

3.4. El caso Vivendi / Lagardère²⁴

El caso *Vivendi/Lagardère* surge en el marco de una investigación iniciada por la Comisión Europea por la posible ejecución anticipada de una concentración económica (infracción conocida como *gun-jumping*): la adquisición de Lagardère, empresa del sector de los medios de comunicación,

²⁴ Autos de 11 de abril de 2024, dictados por el vicepresidente del TJ en los asuntos *Lagardère* (C-89/24 P(R), ECLI:EU:C:2024:312) y *Vivendi* (C-90/24 P(R), ECLI:EU:C:2024:318), y los autos de 13 de junio de 2024 dictados por el vicepresidente del TG en los asuntos *Lagardère* (T-1119/23 R-RENV, ECLI:EU:T:2024:382) y *Vivendi* (T-1097/23 R-RENV, ECLI:EU:T:2024:381).

por parte del grupo Vivendi. Esta concentración fue autorizada por la Comisión Europea en junio de 2023, sujeta al cumplimiento de determinados compromisos²⁵. Un mes más tarde, en julio de 2023, la Comisión informó a ambas partes de la apertura de una investigación por *gun-jumping*.

En este contexto, la Comisión emitió dos decisiones de requerimiento de información *ex* artículo 11.3 del Reglamento 139/2004, en virtud de las cuales solicitaba la entrega de determinados documentos que respondiesen a las palabras de búsqueda fijadas por la Comisión. El requerimiento no solo reclamaba la entrega de documentos en poder de las partes (como, por ejemplo, correos enviados desde la cuenta corporativa de los empleados), sino que se extendía a las comunicaciones almacenadas en dispositivos o medios electrónicos personales de los empleados que hubiesen sido utilizados, al menos una vez, para fines profesionales. Este último aspecto —la extensión del requerimiento a dispositivos personales— es el que concentra el debate en este asunto en los pronunciamientos cautelares que se han producido (los recursos principales de ambas empresas se encuentran todavía pendientes de resolución por el Tribunal General).

Ambas empresas impugnaron las decisiones ante el Tribunal General y solicitaron su suspensión cautelar (por razones ligeramente distintas). La alegación fundamental de Vivendi era que, en la medida en que el requerimiento de información se dirigía también a los dispositivos y medios de comunicación personales de sus empleados, la decisión afectaba el derecho a la intimidad de estos. Por su parte, la solicitud de cautelar de Lagardère se centraba en que el cumplimiento de la Decisión exponía a la empresa a un grave riesgo de responsabilidad penal o administrativa por la comisión de conductas ilícitas de vulneración de la intimidad de los trabajadores.

Merece la pena indicar que la decisión contemplaba un marco procedimental específico para la recolección y tratamiento de tres tipos de datos: (i) los datos personales de carácter sensible, (ii) los datos protegidos por el secreto profesional entre abogados y clientes, y (iii) los datos protegidos por el secreto profesional de los periodistas. No obstante, la decisión no contenía ninguna previsión en relación con los datos personales que no tuvieran el carácter de “sensible”, es decir, no establecía ningún procedimiento específico para el tratamiento de aquellos datos que, sin ser considerados sensibles, se encuentran igualmente dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad.

En primera instancia, el vicepresidente del Tribunal General desestimó la solicitud de suspensión por ausencia de riesgo de daño grave e irreparable. Sin embargo, en casación, el vicepresidente del Tribunal de Justicia anuló los autos del Tribunal General, al considerar que sí concurría el requisito *de periculum in mora*. El Tribunal de Justicia consideró que los siguientes elementos eran particularmente sugerentes de la alta probabilidad de causar un daño en la intimidad de los empleados: (i) el requerimiento se extendía a un amplio período temporal; (ii) se extendía sobre conversaciones entre personas físicas; (iii) la selección de documentos se realizaba mediante palabras clave muy amplias que incluían nombres de figuras públicas; (iv) se incluían documentos de relevancia “indirecta”; y (v) se incluían conversaciones en correos y móviles privados con la única condición de que hubieran sido empleados al menos una vez para fines profesionales. El Tribunal de Justicia concluyó que existía un grado suficientemente alto de probabilidad de que los

25 Decisión de la Comisión Europea de 31 de octubre de 2023, M.10433 *Vivendi / Lagardère*.

datos personales recogidos permitieran extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas afectadas.

El Tribunal de Justicia también aceptó el argumento de Lagardère, considerando que, dada la naturaleza particularmente gravosa y el estigma asociado a la imposición de una sanción penal por la comisión de conductas ilícitas de vulneración de la intimidad de los trabajadores, este riesgo de daño debía calificarse como grave e irreparable.

Finalmente, el Tribunal General acordó la suspensión cautelar de las decisiones de la Comisión. Como medidas de mantenimiento del *statu quo*, el Tribunal intimó a las empresas para que solicitaran a los empleados afectados la adopción de medidas de conservación de documentos, mientras que la Comisión debía precintar los documentos ya facilitados que pudieran contener datos personales de los empleados. A diferencia de lo sucedido en el caso *Meta*, el Tribunal General consideró que la configuración de una sala virtual de datos no resultaba factible en esta fase, dado el elevado número de documentos implicados.

Estos pronunciamientos, aunque cautelares, tienen una clara incidencia en la práctica de la Comisión Europea, al obligarla a articular mecanismos que reduzcan el impacto de la recopilación de documentos a la intimidad personal de los empleados para que dicha afectación resulte proporcionada y conforme con el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Como se anticipaba, los recursos principales contra las decisiones de la Comisión están pendientes de resolución por el Tribunal General. En este sentido, es importante destacar que los recursos van más allá de las cuestiones relativas a la privacidad de los empleados, ya que cuestionan la propia práctica de requerir documentos de forma masiva mediante requerimientos de información (en vez de realizar inspecciones). Así, Lagardère defiende que un requerimiento de producción documental constituye un desvío de poder, por "*delega[r] ilegalmente en Lagardère SA la carga de llevar a cabo 'registros' de carácter exploratorio, sin asegurarse de su capacidad jurídica y técnica para proceder a tales registros*"²⁶. Por su parte, Vivendi ha alegado que la decisión incurre igualmente en desviación de poder, al estar fundamentada en una base jurídica incorrecta (esto es, la que permite solicitar información a las empresas). Si bien el precedente *del asunto Meta* no sugiere que el Tribunal vaya a estimar estos motivos de recurso, la resolución de estos recursos proporcionará igualmente directrices relevantes sobre las circunstancias en las que la Comisión Europea puede hacer uso de este tipo de instrumentos de investigación.

3.5. Aproximación desde el derecho español

Como hemos tenido oportunidad de ver, ni las normas estadounidenses ni las europeas que soportan este tipo de requerimientos de documentación contienen aspectos diferenciadores o concretos que den cobertura a una petición de documentos masiva. En efecto, los sistemas legales en los que este tipo de medidas es habitual no contienen una norma específica que dé cobertura a esta forma de solicitar documentación, sino que simplemente prevén normativamente circunstancias en las que un tribunal o una autoridad administrativa pueden requerir información a una

²⁶ Asunto T-1119/23, *Lagardère c. Comisión*, DOUE C/2024/1104.

parte. Por tanto, como ya se ha indicado, parece que un argumento en contra de la posibilidad de que una petición de esta naturaleza resulte admisible en el ordenamiento jurídico español no puede descansar solo en una diferencia de culturas jurídicas distintas.

Por el contrario, será necesario atender al régimen procesal y legal concreto en el que se produzca la posible petición de documentos, para considerar si una petición de producción documental está permitida por la norma, si es proporcionada y necesaria para el procedimiento concreto y, en consecuencia, si está debidamente motivada. A mi juicio, será, por tanto, ese control de legalidad y proporcionalidad lo que determine si una petición de producción documental es posible en cada contexto concreto.

Sin ser intención de este artículo considerar todas las posibles situaciones en las que podría plantearse un requerimiento de producción documental, sí merece la pena examinar brevemente la situación en el proceso civil. Con carácter general, parece poco controvertido afirmar que la exhibición documental, tal y como está planteada o es entendida comúnmente, está pensada para obtener documentación concreta que la contraparte ya posee o de cuya existencia tiene conocimiento. Este enfoque se refleja en el artículo 328.1 de la LEC, que regula el derecho de una parte a solicitar que la contraparte exhiba documentos. Aunque el precepto establece una obligación genérica de facilitar información en los procedimientos judiciales, limita el alcance de la solicitud a los documentos que no estén a disposición de la parte solicitante y que guarden relación con el objeto del procedimiento o con la eficacia de la prueba. Además, el artículo 328.2 de la LEC exige una indicación concreta del contenido del documento cuya exhibición se solicita, lo que impone un nivel de identificación difícilmente compatible con un contexto de producción documental en el que los documentos se solicitan por referencia a categorías o materias.

También conviene resaltar que, en relación con el Convenio de la Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, España realizó una declaración por la que precisaba que *"España no acepta las comisiones rogatorias derivadas del procedimiento 'pre-trial discovery of documents' conocido en los países del common law"*²⁷. En el mismo sentido, el artículo 29 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, indica que *"la prueba practicada en España que haya de surtir efectos en un proceso extranjero deberá [...] practicarse conforme a la normativa procesal española"*. Aunque no sea necesariamente evidente del texto de la norma, el objetivo de esta disposición es *"impedir la utilización en España del instrumento conocido como pre-trial discovery"*²⁸. Estas objeción revela una resistencia a solicitudes probatorias que impongan elevadas cargas de trabajo a las partes requeridas.

Lo anterior lleva a concluir que, en el contexto del proceso civil español, una solicitud de exhibición documental difícilmente podrá comprender u obligar al destinatario a la producción de prueba documental en los términos en los que estamos considerando en este artículo.

27 Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE n.º 203, de 25 de agosto de 1987, pág. 26207), declaración d).

28 Consejo de Estado (2015: Consideración Quinta P) y Consejo General del Poder Judicial (2014: 26).

No obstante, la cuestión está posiblemente más abierta en relación con las materias para las que la LEC prevé reglas especiales, como es el caso de la litigación en sede de propiedad industrial o de competencia.

En relación con la litigación en materia de competencia (y secretos empresariales²⁹), el artículo 283 bis de la LEC permite solicitar documentación de forma más amplia. Es claro que, en este contexto, la exigencia de identificación de los documentos cuya exhibición se pretende es inferior a la exigencia que existe en un caso general de exhibición de documentos. Ese era, precisamente, uno de los objetivos de la Directiva de Daños, que fue transpuesta mediante el citado artículo de la LEC³⁰. Así, la Directiva de Daños indica que el solicitante puede *"obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones, sin que sea necesario que especifiquen las piezas concretas de prueba"*³¹, permitiéndose la solicitud de *"categorías de pruebas"*³². Y el Tribunal de Justicia ha indicado que este mecanismo *"presupone, implícita pero necesariamente, que el coste de la exhibición de pruebas pueda, en su caso, superar significativamente el correspondiente a la mera transmisión de soportes físicos"*³³, por lo que los tribunales pueden imponer al requerido cierta labor de procesamiento de documentación.

Al mismo tiempo, el legislador europeo también se esforzó en asegurar un control de proporcionalidad estricto que evitase que este mecanismo pudiese comportar un *discovery* en el sentido estadounidense³⁴. La Directiva, por ejemplo, llama explícitamente a evitar las *"expediciones de pesca"* y considera que las peticiones genéricas de documentación no son aceptables bajo la Directiva. Por tanto, resulta clave en el diseño del sistema una supervisión judicial intensa, además de una carga de concreción importante por parte del solicitante³⁵. En ese contexto, salvo tal vez en casos particularmente complejos, en general los litigantes podrán realizar peticiones de documentación más concretas que no requieran un proceso de producción documental completo.

Por último, cabe mencionar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene normas detalladas sobre los registros de instrumentos electrónicos (artículos 588 *sexies* y ss.) y parece razonable pensar que, en un procedimiento penal, será esa la herramienta usada para acceder a los documentos digitales que obren en posesión de una empresa investigada.

En definitiva, a la vista del marco procesal español, parece que las áreas donde con mayor probabilidad podrían desarrollarse requerimientos de producción documental serían las investigaciones administrativas en determinadas materias económicas. Estos ámbitos presentan características análogas a las investigaciones de competencia de la Comisión Europea y favorecen la adopción

29 Véase el artículo 18 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales remitiéndose al art. 283 bis de la LEC.

30 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea ("Directiva de Daños"). Véase Comisión Europea (2008: párr. 96): *"Member States which currently apply very strict requirements in terms of specification of facts and means of evidence would have to allow for an initial alleviation of these strict requirements in antitrust damages cases"*.

31 Directiva de Daños, considerando 15.

32 *Id.*, considerando 16. Véase también art. 283 bis a).2 de la LEC.

33 Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2022, *Paccar*, C-163/21, ECLI:EU:C:2022:863, párr. 53.

34 Conclusiones del Abogado General de 7 de abril de 2022, *Paccar*, C-163/21, ECLI:EU:C:2022:286, párr. 47.

35 Directiva de Daños, considerando 23.

de estas prácticas: por un lado, cuentan con autoridades administrativas dotadas de amplias facultades de investigación; por otro, frecuentemente implican conductas de alcance transfronterizo que exigen una coordinación con autoridades de otras jurisdicciones donde estos mecanismos ya están plenamente consolidados.

En este sentido, la globalización de las actividades económicas y la consiguiente necesidad de cooperación entre autoridades de distintas jurisdicciones podrían llevar a la importación de estas prácticas al contexto español. No obstante, cualquier desarrollo en esta dirección deberá respetar escrupulosamente los límites que impone nuestro ordenamiento, especialmente en lo que respecta al control de la proporcionalidad y a las garantías de los derechos fundamentales de las personas afectadas, que consideramos a continuación.

4. Principales limitaciones a un requerimiento de producción documental

Una vez examinada la estructura normativa que fundamentaría un requerimiento de producción documental, procede analizar las principales limitaciones y garantías que operan como contrapeso a estas facultades de investigación. Estas limitaciones no solo delimitan el alcance legítimo de los requerimientos, sino que también proporcionan a los destinatarios mecanismos de reacción frente a solicitudes excesivas o que vulneren derechos fundamentales.

En este apartado se examinarán sucesivamente el requisito de proporcionalidad, que constituye el principal límite general a cualquier requerimiento de esta naturaleza; las cuestiones relativas a la posesión y control de los documentos requeridos; las garantías derivadas del derecho de defensa, incluido el secreto profesional y el derecho a no autoincriminarse; y, finalmente, las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos personales.

4.1. El requisito de proporcionalidad

En cualquier contexto, la principal limitación u objeción a la que se enfrentaría una petición de producción documental como las que consideramos en este artículo se referiría al cumplimiento del principio de proporcionalidad, tanto en lo que respecta a la propia selección de esta herramienta como al diseño concreto del requerimiento. Esta conclusión se desprende necesariamente del carácter invasivo y exigente que tienen este tipo de solicitudes.

Empezando por la proporcionalidad general de la medida, resulta evidente que este tipo de mecanismos solo sería justificable en determinados asuntos de gran relevancia y en los que exista una necesidad específica de identificar hechos particularmente complejos que no pueden determinarse adecuadamente mediante mecanismos menos onerosos³⁶. Esta exigencia de proporcio-

36 Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Conferencia Sedona (organización reconocida en el sector del *e-discovery*) elabora unos principios generales que recogen que la necesidad de obtener *e-discovery* debe ponerse en relación con *"the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit"* (Sedona Conference, 2017: principio 2).

nalidad debe reflejarse en la motivación del acto que apruebe el requerimiento de producción documental, que debe ser suficientemente completa para explicar las razones que lo justifican (y, en concreto, la razón para pedir una producción documental).

Por otro lado, y más allá de la proporcionalidad general de la medida, resulta también esencial que el diseño concreto del requerimiento de producción documental sea proporcionado en sus aspectos metodológicos y prácticos. Un requerimiento que, siendo legítimo en abstracto, imponga cargas excesivas o innecesarias en su configuración específica resultaría desproporcionado y, por tanto, susceptible de impugnación. Esta exigencia de proporcionalidad en el diseño se proyecta sobre múltiples elementos del requerimiento, como pueden ser la selección de *custodians*, los criterios de búsqueda, el período temporal abarcado y los plazos concedidos para la respuesta.

En este sentido, parece criticable la conclusión a la que llegó el Tribunal General en el asunto *Meta*, en el que indicaba que "*no procede efectuar una apreciación global del respeto del principio de necesidad por parte de la Comisión*" en relación con el requerimiento de producción documental que la Comisión dirigió a esta empresa³⁷. Según el Tribunal, el hecho de que las palabras de búsqueda identificadas devolvieran cientos de miles de documentos no relevantes no sería suficiente para impugnar del requerimiento de producción documental, dado que bastaría con que algunas de las palabras de búsqueda fueran suficientemente precisas o dirigidas para establecer una correlación entre la solicitud de documentación y el objeto de la investigación³⁸. *Meta* ha recurrido la sentencia ante el Tribunal de Justicia, indicando que este razonamiento es incorrecto³⁹; sin duda, parece que, llevado a sus últimas consecuencias, eliminaría completamente cualquier tipo de control. El recurso se encuentra pendiente de sentencia.

Entrando en los distintos elementos del requerimiento:

- i. En lo que respecta a la selección de *custodians*, el principio de proporcionalidad exige que se identifiquen únicamente aquellas personas cuyos archivos resulten razonablemente susceptibles de contener información relevante para la investigación o el litigio. Una selección excesivamente amplia de *custodians* no solo incrementa exponencialmente la carga para el destinatario del requerimiento, sino que también genera volúmenes de documentación que dificultan la identificación de los documentos verdaderamente relevantes. Por ello, resulta aconsejable que el requirente justifique la inclusión de cada *custodian* en función de su posición, responsabilidades o participación en los hechos investigados.
- ii. Los criterios de búsqueda constituyen otro elemento crítico en el que la proporcionalidad debe operar como principio rector. La utilización de palabras clave excesivamente genéricas o ambiguas puede ocasionar la captura de volúmenes ingentes de documentación irrelevante, imponiendo al destinatario una carga desproporcionada tanto en términos de procesamiento técnico como de revisión legal. Por el contrario, unos términos de búsqueda adecuadamente calibrados permiten identificar la documentación relevante

37 Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277, párr. 75.

38 *Id.*, párr. 69

39 Véase el asunto C-496/23 P.

minimizando el “ruido” documental. Alternativamente, se pueden usar los métodos más avanzados de *technology assisted review* o TAR, que permiten extrapolar a grandes grupos de documentos las decisiones sobre relevancia realizadas sobre un grupo más pequeño de documentos.

En este sentido, los principios Sedona reconocen que las partes requeridas se encuentran en la mejor posición para evaluar los procedimientos, metodologías y tecnologías apropiados para preservar y producir su propia información almacenada electrónicamente, lo que aconseja un proceso de diálogo y colaboración entre requirente y requerido para definir unos términos de búsqueda proporcionados⁴⁰.

- iii. El período temporal objeto del requerimiento debe ajustarse también al principio de proporcionalidad. Un período excesivamente amplio no solo incrementa el volumen de documentación a procesar, sino que puede ocasionar la producción de documentos que, por su antigüedad, carezcan de relevancia para los hechos investigados. La delimitación temporal debe guardar, por tanto, una relación razonable con el objeto de la investigación o el litigio, sin extenderse más allá de lo estrictamente necesario para obtener la información relevante.
- iv. Por último, el plazo concedido para dar cumplimiento al requerimiento constituye un elemento determinante de su proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal General ha recordado que *“el examen de la adecuación del plazo fijado en una decisión por la que se solicita información reviste especial importancia. Dicho plazo debe permitir al destinatario de la decisión no solo dar una respuesta viable, sino también garantizar que la información facilitada sea completa, correcta y no induzca a error”*⁴¹. Un plazo insuficiente puede comprometer la calidad de la respuesta y vulnerar los derechos de defensa del destinatario. La determinación del plazo adecuado debe tener en cuenta, por tanto, factores como el volumen de documentación potencialmente afectada, la complejidad técnica del proceso de recopilación y la disponibilidad de recursos del destinatario.

4.2. Documentos en posesión de la empresa requerida

Otra importante limitación o defensa que podría invocar una empresa requerida se refiere a que cualquier obligación de producción de documentos debe limitarse a los documentos que se encuentren bajo su posesión o control⁴² (y, cabe añadir, a la *versión* de los documentos de los que se dispone⁴³). Esta cuestión presenta una serie de dificultades o consideraciones.

40 Sedona Conference (2017: principio 3): *“Responding parties are best situated to evaluate the procedures, methodologies, and technologies appropriate for preserving and producing their own electronically stored information”*.

41 Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2019, *Qualcomm c. Comisión Europea*, T-371/17, EU:T:2019:232, párr. 163.

42 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2021, *Qualcomm c. Comisión*, C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:7, párr. 114 (*“el Tribunal General reconoció que, en principio, no se podía imponer a las empresas la obligación de facilitar a la Comisión documentos que ya no estaban en su posesión”*).

43 En el contexto de los sistemas colaborativos habituales hoy en día, existen documentos guardados en un servidor y que van variando según los usuarios realizan cambios (e. g., Google Docs, One Drive, etc.). En estos casos, la empresa solo podrá producir la versión final del documento, sin que exista copia de versiones intermedias.

En primer lugar, cabe preguntarse desde la perspectiva subjetiva en qué medida un requerimiento dirigido a una sociedad en particular puede exigir la producción de documentos que están bajo el control de otras sociedades del mismo grupo (especialmente cuando se trate de sociedades “matrices” o “hermanas” que no dependen de la sociedad destinataria). Esta cuestión ha justificado, en el contexto de las normas sobre inspecciones de competencia, una previsión específica que extiende la inspección “a matrices, filiales o empresas que formen parte del mismo grupo empresarial de las empresas inspeccionadas” (art. 40.7 LDC). En este contexto, habrá de estarse a la legislación sectorial y al texto del requerimiento en cuestión.

En segundo lugar, también presentan dudas las cuestiones relativas al acceso a documentos digitales, que pueden encontrarse en servidores de terceras empresas (proveedores de servicios tecnológicos) o fuera del territorio español⁴⁴. De nuevo, la normativa específica de competencia tiene reglas especiales para estas situaciones, al señalar que una inspección puede obtener documentación “que se encuentre alojada en sistemas, servicios informáticos o dispositivos proporcionados por terceros, sistemas y servicios de almacenamiento en la nube y toda aquella otra a la que tenga acceso la entidad inspeccionada” (art. 40.6.c.ii LDC).

En relación con el acceso a servidores situados en el extranjero, esta es una cuestión que se le planteó al Tribunal de Justicia en relación con una inspección por subvenciones extranjeras a una empresa de origen chino. De forma cautelar, el Tribunal de Justicia ha permitido a la Comisión Europea recopilar documentación almacenada en servidores situados fuera de la UE, pero accesibles desde dentro de la UE, incluso cuando la empresa alegaba que la obtención de esa documentación en China vulneraría la normativa de ese país⁴⁵.

En tercer lugar, cabe considerar la situación de los documentos en posesión de los trabajadores, y especialmente aquellos que se encuentran en dispositivos personales (como pueden ser teléfonos móviles u ordenadores portátiles personales utilizados para fines empresariales en una empresa con política de “BYOD” o *bring your own device*). El asunto *Vivendi/Lagardère*, al que nos hemos referido anteriormente, abordó esta cuestión de forma indirecta. En este caso, la Comisión Europea no pareció cuestionar que Lagardère carecía de la posesión o control de los documentos privados de sus empleados, si bien tampoco parece que precisase qué medidas pretendía que adoptase la empresa para cumplir la Decisión en caso de que algún empleado se opusiera (por ejemplo, ¿bastaba con requerir formalmente al empleado la entrega de los documentos?, ¿debía la empresa adoptar medidas disciplinarias contra el empleado que no atendiese dicho requerimiento, o resultaba además exigible que la empresa desplegara medios coercitivos para tomar control de los dispositivos personales?).

En este sentido, el Tribunal General indicó que la empresa “no podía obligar a los interesados a dar su consentimiento sin que este perdiera su carácter libre”⁴⁶, lo que parece descartar que Lagardère

44 En determinadas jurisdicciones (e. g., Francia o Suiza) se han adoptado leyes específicamente diseñadas para prohibir a las empresas que ejecuten órdenes de *discovery* en su territorio. Este tipo de normas, conocidas como *blocking statutes*, se basan en la idea de que la ejecución de una orden de este tipo es equivalente a un ejercicio ilegítimo de una función pública por parte de una empresa privada (o una autoridad extranjera), por lo que invaden el ámbito propio a la jurisdicción o autoridad de los órganos nacionales.

45 Auto del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2025, C-720/24 P(R) *Nuctech contra Comisión*, ECLI:EU:C:2025:205.

46 Auto del vicepresidente del Tribunal General de 13 de junio de 2024, T-1119/23 R-RENV, ECLI:EU:T:2024:382, párr. 57.

estuviera obligada a obtener dicho consentimiento mediante métodos distintos a una solicitud que permitiese a los empleados responder negativamente.

4.3. Respeto a las garantías de defensa

Un requerimiento de producción documental debe respetar en todo caso los derechos procedimentales y de defensa de las partes afectadas⁴⁷. En primer lugar, cualquier requerimiento de esta naturaleza debe estar debidamente motivado, de forma que el destinatario pueda comprender el alcance y la finalidad de la solicitud, así como valorar la posibilidad de impugnarla. La motivación resulta especialmente relevante cuando el requerimiento impone cargas significativas al destinatario, como es el caso, pues permite verificar que la solicitud responde a necesidades legítimas de investigación y no constituye una mera “expedición de pesca” carente de fundamento.

En segundo lugar, el destinatario de un requerimiento de producción documental debe poder contar con asistencia letrada para revisar la documentación antes de su entrega. Esta garantía resulta esencial para que el destinatario pueda identificar adecuadamente los documentos que pudieran estar protegidos por el secreto profesional, así como aquellos que pudieran contener información especialmente sensible o que exceda el ámbito legítimo del requerimiento. La posibilidad de que exista tiempo y capacidad de revisar la documentación antes de su producción con asistencia de abogado constituye una salvaguarda fundamental del derecho de defensa, especialmente en procedimientos que puedan derivar en la imposición de sanciones.

A continuación, se hacen algunas consideraciones en relación con otras dos manifestaciones del derecho de defensa: el secreto profesional y el derecho a no inculparse.

4.4. Secreto profesional

El secreto profesional opera como un límite que legitima la retención de determinados documentos que, de otro modo, estarían comprendidos en el ámbito objetivo del requerimiento de producción documental⁴⁸. El secreto profesional constituye una garantía fundamental que permite a las empresas destinatarias de un requerimiento de producción documental excluir de la entrega aquellos documentos que reflejen comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente. Esta protección, reconocida tanto en el ordenamiento español como en el derecho de la Unión Europea⁴⁹, se fundamenta en la necesidad de preservar la confianza inherente a la relación entre el cliente y su asesor jurídico, permitiendo que aquel pueda comunicarse con plena libertad y sin temor a que sus confidencias sean utilizadas en su contra después.

47 En el asunto *Meta*, el Tribunal General consideró que el régimen de las inspecciones en materia de competencia (y las garantías asociadas) no era aplicable a este contexto. Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277, párr. 105. Sin embargo, como es lógico, esto no significa que las empresas requeridas no tengan los derechos de defensa que otorga, con carácter general, el ordenamiento jurídico.

48 Aunque aquí nos centramos en el secreto profesional de los abogados, pueden existir otras razones o circunstancias que aconsejarían una protección similar de determinados documentos (piénsese en la confidencialidad médico-paciente o en la protección de las fuentes de los periodistas).

49 Véanse, entre otros, el artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa. En relación con el derecho de la Unión Europea, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2022, C-694/20 *Orde van Vlaamse Balies*, ECLI:EU:C:2022:963.

Una cuestión particularmente controvertida en este ámbito es la extensión del secreto profesional a las comunicaciones con abogados internos o *in-house*. En la jurisprudencia de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia estableció en el asunto *Akzo Nobel* que las comunicaciones con abogados internos no gozan de la misma protección que las mantenidas con abogados externos e independientes, al considerar que el vínculo laboral con la empresa impide garantizar la independencia necesaria para el ejercicio de la función de asesoramiento jurídico⁵⁰. Esta doctrina, que ha sido objeto de críticas doctrinales significativas, contrasta con la posición adoptada en otros ordenamientos, incluido el español, donde el secreto profesional se predica de todo abogado colegiado con independencia de su régimen de prestación de servicios⁵¹. Más allá de la cuestión de los abogados internos, el secreto profesional de los abogados presenta en la práctica muchas otras dudas sobre los contornos exactos del secreto profesional que no siempre están resueltas en derecho español.

Pasando al plano más práctico, también hay que destacar que el trabajo de filtrado de documentos protegidos por secreto profesional puede ser particularmente intensivo por dos razones. En primer lugar, porque habitualmente no será suficiente con realizar un filtrado técnico⁵², sino que se requerirá un análisis individualizado de cada documento. En segundo lugar, porque se ha consolidado en la práctica internacional el uso de los llamados *privilege logs*, en los que la empresa requerida identifica los documentos que no se han entregado (o que se han “retenido”), proporcionando cierta información básica que permita al requirente entender las razones por las que el documento no se ha entregado⁵³.

Una cuestión que se plantea en relación con el secreto profesional es qué sucede si se produce una revelación inadvertida de un documento protegido por secreto profesional, lo cual no es improbable teniendo en cuenta los volúmenes de documentación de los que tratamos. En la práctica estadounidense, se prevé la posibilidad de que la empresa que entregó el documento por error pueda “recuperarlo”, de modo que no se considera que la producción del documento implique una renuncia al secreto profesional respecto de dicho documento⁵⁴. Esta solución resulta razonable, especialmente en los supuestos en los que el volumen de documentación impide una revisión exhaustiva desde la perspectiva del secreto profesional (y, por tanto, no permitir la retirada de documentos producidos de forma inadvertida sería tanto como obligar al requerido a renunciar al secreto profesional).

50 Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals c. Comisión*, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

51 Véase, en particular, el artículo 39 del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021, que reconoce el derecho de secreto profesional a todos los profesionales de la abogacía sin distinción: “La Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena como profesional de la Abogacía de empresa en régimen de relación laboral común, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrán de respetarse la libertad, independencia y secreto profesional básicos para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad”. Esta postura no es universalmente compartida; es el caso, en particular, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (véase la resolución de la CNMC de 6 de noviembre de 2024, expediente R/AJ/125/24 RENFE).

52 Es habitual utilizar filtros mediante palabras clave, que podría incluir por ejemplo determinadas palabras (“abogad*”, “privilegiado”, etc.) o los nombres de dominio de los despachos de abogados con los que la empresa trabaje. No obstante, un mero filtrado técnico no es típicamente suficiente para alcanzar una conclusión sobre si un documento está protegido.

53 Véase, por ejemplo, OECD (2018: párr. 31): “In the privilege log, the addressee is asked to specify in table format for each document (or part of a document) for which it claims legal professional privilege the author(s) of the document, sender(s), addressee(s), date, title, general subject matter, whether legal professional privilege is claimed for the full content and under which of the categories from the existing case law on legal professional privilege it claims protection”.

54 Véase la Regla 502(d) de las Fed. Rules of Evidence: “Inadvertent Disclosure. When made in a federal proceeding or to a federal office or agency, the disclosure does not operate as a waiver in a federal or state proceeding if: (1) the disclosure is inadvertent; (2) the holder of the privilege or protection took reasonable steps to prevent disclosure; and (3) the holder promptly took reasonable steps to rectify the error”.

4.5. Derecho a no autoincriminarse

El respeto a los derechos de defensa exige que el requerimiento no vulnere el derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Aunque este derecho presenta contornos distintos según se trate de procedimientos penales o administrativos sancionadores, constituye un límite infranqueable que impide exigir al destinatario la aportación de documentos cuya entrega equivaldría materialmente a una autoincriminación.

Este derecho, reconocido tanto en el artículo 24.2 de la Constitución española como en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, impide que una persona —física o jurídica— pueda ser compelida a aportar pruebas que contribuyan a su propia incriminación. En el ámbito del derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia matizada sobre el alcance de este derecho. Por un lado, ha reconocido que el derecho a guardar silencio resulta aplicable en procedimientos que puedan dar lugar a sanciones administrativas de naturaleza penal⁵⁵. Además, el Tribunal ha precisado que, incluso cuando las sanciones no tengan naturaleza penal, el derecho a no autoincriminarse puede resultar aplicable si la información obtenida en el procedimiento administrativo pudiera posteriormente utilizarse en un proceso penal contra el investigado.

No obstante, el alcance de esta protección difiere significativamente según se trate de personas físicas o jurídicas. Respecto de las personas físicas, el Tribunal de Justicia ha establecido que gozan de una protección amplia del derecho a guardar silencio, distinguiendo expresamente esta situación de la jurisprudencia desarrollada en materia de competencia para las personas jurídicas. En cambio, para las personas jurídicas, la jurisprudencia europea en materia de competencia ha establecido una protección más limitada: si bien una empresa no puede ser obligada a proporcionar respuestas que impliquen admitir una conducta anticompetitiva ilícita, sí puede ser compelida a aportar información sobre hechos y documentos, incluso cuando estos puedan utilizarse para acreditar la existencia de una infracción.

4.6. Privacidad y protección de datos

Por último, cabe considerar en qué medida las normas sobre protección de datos son relevantes en este contexto, dado que la producción de documentos normalmente implicará el procesamiento de numerosa documentación que contiene datos personales (por ejemplo, aunque no solo, de los empleados cuyos documentos se estén produciendo).

Por tanto, para que el proceso se lleve a cabo de forma compatible con la normativa de protección de datos, el tratamiento de los datos personales debe ser legítimo y cumplir uno de los motivos establecidos en el artículo 6 del Reglamento general de protección de datos (y, además, si la información contuviera datos personales sensibles, también debería cumplir una de las condiciones del artículo 9.2 del mismo texto)⁵⁶.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2021, *Consob*, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84.

⁵⁶ Véase Bermejo Bosch / Rodríguez Celada / Sanz Castillo (2021: 79). Si se pretende obtener datos personales mediante el examen de los correos electrónicos corporativos de los empleados pertinentes, también debe observarse el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018.

Por otro lado, para cumplir con el principio de minimización de datos, los datos personales deben ser “*adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que se divulgan*”⁵⁷. Esto aconseja la adopción de medidas desde dos perspectivas: primero, mecanismos que permitan minimizar el número de documentos que contengan información sensible que han de ser entregados y, segundo, permitir la censura de datos personales (especialmente los sensibles) en los documentos entregados.

En el asunto *Meta c. Comisión* (T-452/20), se acordó la creación de una “sala de datos” para los documentos que contenían datos personales sensibles, con garantías como el acceso limitado a un número reducido de miembros del equipo de investigación, la presencia de abogados de Meta durante el examen y la posibilidad de transmitir documentos en forma censurada eliminando información identificativa.

El Tribunal General validó estas medidas al considerar que no excedían lo necesario para alcanzar los objetivos de interés general perseguidos, que respetaban la esencia del derecho a la protección de datos y que proporcionaban garantías adecuadas y específicas para salvaguardar los derechos fundamentales de los interesados, en cumplimiento de la normativa de protección de datos⁵⁸.

5. Otras cuestiones prácticas

5.1. Obligaciones de conservación de documentos

Un corolario de la necesidad de producir documentos en masa es que, para la efectividad de la medida de investigación, parece conveniente regular qué obligaciones puede tener el destinatario de conservar la documentación y, en su caso, las consecuencias de infringir dicha obligación.

En los Estados Unidos, la obligación de preservación de documentos es de la máxima relevancia. Las empresas que se enfrentan a un litigio o investigación deben adoptar medidas para preservar documentos tan pronto como dicho procedimiento resulte “razonablemente previsible”⁵⁹, es decir, incluso antes de que se haya iniciado formalmente. En caso de incumplir esta obligación (circunstancia que se conoce como “*expolio*” o *spoliation* de pruebas), los tribunales pueden tomar inferencias adversas, imponer sanciones o incluso dictar sentencia en favor de la parte afectada⁶⁰.

En el contexto de las investigaciones europeas de competencia, no existe una norma específica que obligue a las empresas destinatarias de un requerimiento de producción documental a conservar documentación. No obstante, el Tribunal de Justicia ha indicado que las empresas tienen un deber de diligencia que les obliga a “*adoptar todas las medidas oportunas para preservar las pruebas de*

57 Art. 5.1.c) del Reglamento 2016/679.

58 Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023, *Meta c. Comisión*, T-452/20, ECLI:EU:T:2023:277.

59 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003).

60 Fed. R. Civ. Pro. Rule 37(e).

las que podían disponer razonablemente"⁶¹. Sin embargo, esta obligación general no parece ser del todo satisfactoria para la Comisión Europea, dado que en el Reglamento de la *Digital Markets Act* se introdujo la posibilidad de emitir órdenes de retención de documentos⁶². Asimismo, en el contexto de la reforma del Reglamento 1/2003 de procedimiento general para infracciones de competencia, la Comisión también ha propuesto introducir esta facultad.

En la práctica, estas obligaciones de conservación de documentos se canalizan a través de un proceso que ha de seguir la empresa requerida conocido como *legal hold* o retención legal, que tiene un aspecto formal (el envío de instrucciones a los potenciales *custodians* para que no eliminen información relevante) y un aspecto técnico (la adopción de medidas dirigidas a impedir el borrado de información en las distintas aplicaciones usadas por la empresa⁶³).

En Estados Unidos, el caso *Google Play* ilustra la importancia del *legal hold*: el Juzgado federal determinó que empleados de Google habían desactivado el historial de la aplicación de mensajería interna, lo que condujo a la destrucción de pruebas que podrían haber sido relevantes⁶⁴. El Juzgado consideró que Google tendría que haber tomado medidas para asegurar la preservación de estos documentos, por lo que permitió que los demandantes pidieran al jurado que realizaran inferencias adversas a Google respecto de lo que podría haber contenido esos documentos⁶⁵. Finalmente, Google perdió este pleito, y se ha sugerido que esta cuestión fue importante en la credibilidad que los testigos de Google tuvieron frente al jurado⁶⁶.

Bajo derecho español, no existe ninguna norma general que establezca un deber de conservación de documentos (sí existen normas sectoriales que obligan a conservar determinados documentos, como sucede por ejemplo en materia de prevención del blanqueo de capitales o mercado de valores). Asimismo, aunque en determinadas circunstancias la destrucción de pruebas puede llegar a ser un delito, estos delitos suelen referirse a documentos concretos o contextos en los que ya existe un procedimiento judicial en curso (por tanto, no serían relevantes en un contexto de procedimiento administrativo).

Merece la pena mencionar dos casos en los que, en el contexto penal, se pueden emitir órdenes de conservación de documentación electrónica. Así, el artículo. 588 *octies* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite las órdenes de conservación de datos, respecto de "*datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición*". En sentido similar, el Reglamento 2023/1543 sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación prevé, como sugiere su título, un proceso para la adopción de "*órdenes europeas de conservación*" en relación con determinada información para su uso en procedimientos penales.

61 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2021, *Qualcomm y Qualcomm Europe c. Comisión*, C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:7, párr. 114. Véase, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2003, *Technische Unie c. Comisión*, T-6/00, ECLI:EU:T:2003:342, párr. 87.

62 Véase el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

63 Por ejemplo, las aplicaciones de correos suelen tener opciones que permiten al administrador de sistemas impedir el borrado de correos.

64 *In Re Google Play Store Antitrust Litig.*, 664 F.Supp. 3d 981 (N.D. Cal., 28 de marzo de 2023).

65 "Pretrial Order for *Epic and March*", *In Re Google Play Store Antitrust Litig.*, 21-md-02981-JD, documento 491 (N.D. Cal., 20 de octubre de 2023).

66 The New York Times (2023).

5.2. El proceso técnico

El proceso técnico de producción de documentos presenta una complejidad importante y puede conllevar una dedicación y tiempo significativos. A efectos de ilustrar qué implica este tipo de procesos, señalo a continuación brevemente los distintos pasos que han de adoptarse en este contexto:

- i. Identificación de las fuentes de documentación relevantes, para lo que en ocasiones se organizan entrevistas con cada *custodian* con objeto de entender qué tipo de dispositivos o aplicaciones utilizan.
- ii. Recopilación y carga de la documentación en una plataforma tecnológica desarrollada específicamente para este tipo de procesos (por ejemplo, Relativity, Nuix, etc.). Cada fuente de información presenta modalidades de recopilación distintas, desde el escaneo de documentos físicos hasta las dificultades propias de la extracción de información de dispositivos móviles.
- iii. Procesamiento y filtrado de la información, que comprende una serie de procesos técnicos (incluyendo la digitalización y proceso de OCR de los documentos, "deduplicación" de archivos, *threading* o consolidación de cadenas de correos electrónicos, eliminación de documentos protegidos por contraseña, indexación, filtrado de archivos del sistema, etc.).
- iv. Selección de la documentación relevante, atendiendo al método elegido (palabras clave, etc.). Es en este paso en el que la inteligencia artificial o *machine learning* podría ofrecer más ventajas, como demuestran los procesos de *technology assisted review* a los que nos hemos referido antes y que ya están plenamente establecidos en la práctica estadounidense.
- v. Producción final de documentos en el formato especificado. Este paso también requiere adoptar determinados pasos técnicos (por ejemplo, en la práctica estadounidense, es habitual proporcionar la información tanto en su versión original con los metadatos intactos como en archivos pdf foliados consecutivamente⁶⁷).

Para completar estos pasos, resulta esencial contar con un proveedor de *e-discovery*, existiendo ya en España varias empresas de este tipo implantadas (aunque su trabajo se ha centrado generalmente en investigaciones internas o *forensics*).

6. Reflexión final

La producción documental constituye ya una realidad consolidada en determinados ámbitos a nivel internacional e incluso del derecho de la Unión Europea. Como se ha expuesto, esta práctica no descansa en normas sustancialmente distintas de las españolas, por lo que su eventual desa-

67 El foliado se hace a través de los llamados *Bates numbers*, de forma que los folios producidos por la empresa "ABC" se identificarían como ABC-000001, ABC-000002, etc.

rollo en España dependerá menos de reformas legislativas que de la evolución de la práctica de los operadores jurídicos, especialmente en el ámbito de las investigaciones administrativas en materias económicas.

En caso de que esta práctica llegue a implantarse en España, resultará esencial que su desarrollo se realice de forma proporcionada, sin imponer cargas excesivas, aprovechando la práctica ya establecida a nivel internacional y estableciendo condiciones que permitan cumplir adecuadamente con límites fundamentales analizados —proporcionalidad, secreto profesional y privacidad, entre otros—, cuyo adecuado equilibrio con las necesidades de investigación constituirá el principal reto para tribunales y autoridades administrativas.

Bibliografía

BERMEJO BOSCH, Reyes; RODRÍGUEZ CELADA, Enrique; SANZ CASTILLO, Sara (2021). Spain. En J. MOTT WILLIAMS (ed.), *The e-Discovery and Information Governance Law Review*. Londres: Law Business Research (3.^a ed.).

COMISIÓN EUROPEA (2008). Staff Working Paper: White paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules. SEC(2008) 4040.

COMISIÓN EUROPEA (2018). *Mergers: Commission clears Bayer's acquisition of Monsanto, subject to conditions* (21 de marzo de 2018).

CONSEJO DE ESTADO (2015). *Dictamen de 26 de marzo de 2015*.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2014). *Informe sobre la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS (2025). *Request for Additional Information and Documentary Material*, disponible en <https://www.justice.gov/atr/media/1422306/dl?inline>.

GUAL GRAU, Cristian (2011). Breves apuntes sobre el discovery. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 29, pp. 114-119.

LEVY, Nicholas; KARADAKOVA, Vassilena (2019). The EC's increasing reliance on internal documents under the EU Merger Regulation: issues and implications. *European Competition Law Review*, 39, pp. 12-23.

OECD (2018). Investigative Powers In Practice - Breakout session 2. Requests for Information: Limits and Effectiveness - Contribution from the European Commission. DAF/COMP/GF/WD(2018)74.

SEDONA CONFERENCE (2017). *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production*.

THE NEW YORK TIMES (2023). Google Loses Antitrust Court Battle With Makers of Fortnite Video Game. *The New York Times*, 11 de diciembre de 2023.