

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 13/04/2010
Fecha Sentencia: 23/04/2010
Núm. de Recurso: 0000091/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 01246/2009
Materia Recurso: EXPEDIENTE SANCIONADOR
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Demandante: SALVAT LOGISTICA, S.A.
Procurador: D^a ROSA SORRIBES CALLE
Ltrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: INVESTIGACION DE POSIBLES PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA PROHIBIDAS POR EL ART. 1 LDC. MERCADO DE ACTIVIDADES TRANSITARIAS POR CARRETERA. OBJETO DE INVESTIGACION: ACUERDO DE FIJACION DE PRECIOS.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000091/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01246/2009
Demandante: SALVAT LOGISTICA, S.A.
Procurador: D^a ROSA SORRIBES CALLE

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintitres de abril de dos mil diez.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 91/2009 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de **SALVAT LOGISTICA, S.A.**, contra Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 3 de febrero de 2009, sobre **Defensa de la Competencia (expediente sancionador)**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 20 de febrero de 2009, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que, con devolución del expediente administrativo recibido, tenga por presentado el presente escrito, con sus copias y documentos, por formulada la demanda del recurso 91/2009, lo siga por sus trámites, recibiendo y practicando la prueba en la forma que se solicitará, hasta dictar en definitiva sentencia declarando la nulidad y dejando sin efecto alguno la resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador S/0120/08 de 17 de noviembre de 2008, contra la orden de investigación de 10 de noviembre de 2008 y contra las actuaciones que se reflejan en el acta de inspección de 18 de noviembre de 2008, actos administrativos de la Dirección de la Investigación que deben ser también declarados nulos y dejados sin efecto, con todos los pronunciamientos inherentes a dicha declaración, entre ellos la extinción del referido expediente sancionador."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se inadmita el recurso, o subsidiariamente dicte Sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante."

4. Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, la Sala dictó auto con fecha 30 de junio de 2009, habiendo sido practicada la misma, con el resultado obrante en autos; tras lo cual presentaron escritos de conclusiones, en los que las partes se ratificaron en sus respectivas pretensiones; a continuación quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, mediante providencia de 23 de marzo de 2010 se señaló para votación y fallo el día 13 de abril de 2010, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SALVAT LOGISTICA, S.A. contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC en la sede de SALVAT, así como contra la Orden de Investigación que daba cobertura a la misma y contra el Acuerdo de incoación de expediente sancionador notificado simultáneamente.

En concreto la resolución impugnada resuelve:

"Desestimar las peticiones de SALVAT LOGISTICA, S.A., en relación con la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC el día 18 de noviembre de 2008, denegando la suspensión del procedimiento sancionador y, en consecuencia, continuar su tramitación."

La resolución impugnada tiene como antecedente la orden de Investigación dictada por la Dirección de Investigación de la CNC provistos del auto judicial al que luego nos referiremos, de la orden de Inspección y del acuerdo de incoación del expediente sancionador adoptado por la Dirección de Investigación de fecha 17 de noviembre de 2008, con el fin de llevar a cabo una inspección que les permitiese verificar la existencia, en su caso, de indicios de prácticas prohibidas por el artículo 1º de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

2. La parte actora alega los siguientes motivos de recurso:

- En primer lugar la nulidad radical del procedimiento sancionador por falta de fundamentación jurídica previa. Inexistencia del acuerdo de incoación cuando se acordó la investigación y cuando se solicitó y obtuvo la autorización judicial de entrada.

- Falsedad de la justificación de la orden de investigación y de la entrada y registro en la *"información reservada DP012/08"* del artículo 49.2 LDC.

- En tercer término se alega nulidad radical del procedimiento sancionador por falta del contenido mínimo (*"hechos concretos"*) del acuerdo de incoación.

- Nulidad radical del procedimiento sancionador por falta de causa, ausencia de justificación del riesgo y de la necesidad de entrada simultánea e inmediata, selección arbitraria de las empresas a inspeccionar.

- En quinto lugar, nulidad radical del procedimiento sancionador por extralimitación de la orden de inspección desprovista de cobertura legal ex artículo 40.2 LDC.

- En sexto lugar, nulidad radical del procedimiento sancionador por desproporción manifiesta y extracción masiva de documentos e información.

- Por último se alega nulidad del procedimiento sancionador por invasión coactiva de los derechos fundamentales: Mero ofrecimiento formal. Imposibilidad material y manifiesta de comprobar y alegar la confidencialidad de los documentos antes de que la Dirección de Investigación accediera a ellos los aprehendiera y los copiara.

El Abogado del Estado plantea, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso al amparo de los artículos 69.c) y 25.1 LJCA por no existir, a su juicio, actividad impugnable.

Y, subsidiariamente, rechaza los motivos de fondo esgrimidos en la demanda: 1º) Respecto de la inexistencia de acuerdo de incoación previo, cita el artículo 13 del Real Decreto 261/2008 que se refiere a las facultades de inspección y concretamente al modo en que deben efectuarse las inspecciones y que exige autorización escrita del Director de Investigación pero no la existencia de un acuerdo de incoación; 2º) Por lo que respecta a la alegada falsedad de la justificación de la orden de investigación, rechaza cualquier vulneración de derechos fundamentales por el hecho de que se haya incoado el procedimiento sancionador con posterioridad, y no se conociera dicha circunstancia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo; 3º) Que el acuerdo de incoación reunía los requisitos mínimos establecidos en el artículo 28 del Real Decreto 261/2008 referido a la incoación del expediente; 4º) Niega también que haya existido la arbitrariedad que se alega en la demanda, ante las razones fundadas por las que la Dirección de Investigación ordenó la inspección de la empresa, sin perjuicio del desarrollo del procedimiento sancionador que queda al margen del recurso; 5º) Entiende también la Abogacía del Estado que no ha existido extralimitación del a Orden de inspección ni la desproporción alegada ya que el procedimiento seguido fue la copia de documentación, quedando el original en poder de la recurrente, con conocimiento detallado de toda la información recabada, tanto la de formato papel como la de formato electrónico, subrayando que se seleccionaron los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación de acuerdo con el cargo de sus usuarios y dentro de cada uno de los ordenadores seleccionados, la investigación en ellos no fue indiscriminada sino realizada de acuerdo con criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección específica de documentos y no a una copia masiva e indiscriminada de los archivos del ordenador; 6º) Y frente a la alegada invasión coactiva de los derechos fundamentales, niega que se haya invertido el control de la confidencialidad puesto que ésta exige de la empresa un comportamiento activo concretando y determinado qué documentos se encuentran protegidos, ya que de lo contrario se llegaría al absurdo de que el silencio de la entidad inspeccionada, sin advertir del carácter confidencial de ciertos documentos, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección.

3. Improcedencia de la inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado.-

Comencemos por rechazar la pretendida inadmisión del recurso al amparo de los artículos 69.c) y 25.1 LJCA; esto es, por no existir actividad impugnada.

En este caso es la propia Administración demandada, la Comisión Nacional de la Competencia, quien en su resolución hace saber al interesado que la Resolución de la Dirección de Investigación *"pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.*

En efecto la actuación administrativa impugnada es triple; a saber:

Se impugna la resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la CNC, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra, a su vez:

- El acuerdo de incoación del expediente sancionador de 17 de noviembre de 2008.

- La orden de investigación de 10 de noviembre de 2008.

- Y el acta de inspección de 18 de noviembre de 2008, actos administrativos de la Dirección de Investigación cuya nulidad también se pretende.

4. Respetto de la inexistencia de acuerdo previo de incoación.-

Sostiene la actora, con evidente confusión, la nulidad radical del procedimiento sancionador por inexistencia del acuerdo de incoación cuando se ordenó la investigación y cuando se solicitó y obtuvo la autorización judicial de entrada, olvidando cuál es la verdadera naturaleza de los actos que acabamos de enumerar.

En efecto nos encontramos ante el enjuiciamiento de una actividad previa al procedimiento sancionador -la orden de investigación y la inspección- y, por tanto, antes de haberse iniciado el procedimiento sancionador mediante el acuerdo de incoación del mismo. Y es que como con toda claridad se desprende del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y del artículo 13 del Real Decreto 261/2008) que específicamente se refiere a las facultades de inspección y concretamente al modo en que deben efectuarse las inspecciones, a estos efectos el personal de la Comisión Nacional de la Competencia y a los efectos de lo establecido en el artículo 40.2.a) de la Ley 15/2007, el personal autorizado por el Director de Investigación *"podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, cuando existan indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave*

o muy grave. El personal autorizado dispondrá de las facultades previstas en el artículo 40.2 b), c) y d) de la Ley 15/2007, de 13 de julio.

El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus funciones previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma ..."

Se trata de las inspecciones reguladas en el artículo 40 de la vigente LDC y actualmente en vigor, que sin duda ha reforzado los poderes otorgados a la comisión Nacional de la Competencia en esta materia, siguiendo la línea marcada en el ordenamiento comunitario de la que se hace eco la propia Exposición de motivos de la nueva Ley en pos, en definitiva, de la lucha eficaz contra las conductas restrictivas de la competencia, muy particularmente contra los cárteles, considerados unánimemente por los especialistas en el sector como la conducta más dañina contra la competencia en el mercado y contra los intereses de los operadores económicos y de los consumidores.

El artículo 40.2 de la LDC, en definitiva, autoriza al personal de la CNC habilitado por la Inspección para obtener la información relevante para la investigación pero sin que ello implique, ni menos presuponga, la actividad sancionadora propiamente dicha.

En definitiva, y contrariamente a lo que se dice en la demanda, no existía obstáculo en la realización por la Dirección de Investigación de una investigación reservada, incluso con inspección domiciliaria de las empresas implicadas, antes de la incoación del procedimiento sancionador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 LDC cuyo tenor literal es el siguiente:

"Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar un información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."

Y, por lo tanto, la información reservada venía justificada como actividad preliminar e independiente de la incoación del expediente sancionador.

5. Justificación de la orden de investigación y de la entrada y registro.-

Tampoco la Sala puede compartir la argumentación de la actora cuando alega la falsedad de la justificación de la orden de investigación y de la entrada y registro, pues en ningún momento se menciona que nos encontremos ante un procedimiento sancionador, coherentemente con lo que se acaba de decir. Muy al contrario en la orden de investigación se señala que *"el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC (...)".*

Ciertamente la actora no consigue señalar el precepto legal en que fundamenta tal alegato para exigir que el órgano judicial debía conocer si se había incoado un procedimiento sancionador; así como tampoco logra determinar los motivos por los que sus derechos se encuentran lesionados por el hecho de que el expediente sancionador fuera incoado con posterioridad al momento en que se dictó la orden de investigación.

Y es que la orden de constante cita refiere que con la información a la que ha tenido acceso la Dirección de Investigación, los acuerdos y/o las prácticas concertadas podían haber comenzado en 2003 y continúan en vigor, afectando a la prestación de los servicios en el sector de transporte de mercancías por carretera y, en concreto, al mercado de actividades transitarias por carretera realizadas por un total de nueve empresas.

Frente a la alegada falta de justificación por parte de la Administración del riesgo de oposición a la entrada domiciliaria, la mera lectura de la Orden de investigación revela la existencia de un riesgo de oposición por parte de la empresa investigada ya que se incluyen determinados datos directamente relacionados con la conducta a investigar, siendo objeto de la Inspección un acuerdo horizontal de precios entre competidores que se remontaba al año 2003, y que dada la gravedad de las conductas anticompetitivas a investigar, hacían ya entonces difícilmente descartable la oposición de la empresa a la inspección. A lo que ha de añadirse que el desarrollo tecnológico alcanzado hoy en relación con el almacenamiento de información y documentación conlleva la necesidad de inspeccionar, como bien pone de relieve la resolución impugnada, un volumen ingente de documentación al tiempo que, evitar su posible eliminación precisándose la autorización judicial de entrada y registro.

Ahora bien, como señalábamos en nuestra SAN de 30 de septiembre de 2009 (recurso nº 3/2008):

"e..., stas facultades han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y en este punto es donde radica el conflicto de autos, porque precisamente el registro se extendió mas allá de la conducta investigada, y por tanto más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora.

Una primera aproximación al problema que hemos de resolver la encontramos en los pronunciamientos contenidos en la sentencia del TC 41/1998, que en sus F.J. 33 y 34 declara:

"Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que

podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 L.E.Crim.). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Sólo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.

34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio (SSTC 290/1994, fundamento jurídico 3.o, y 126/1995, fundamentos jurídicos 3.o y 4.o).

Por su parte la sentencia del TC 14/2001, también aporta elementos importantes para definir el alcance del registro y su conexión con la autorización, pues declara en su fundamento jurídico 8:

“Hemos de ocuparnos ahora de la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también

las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, FJ 5, y 136/2000, FJ 4).

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).”

De la primera sentencia hemos de concluir como doctrina general:

- 1.- que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados,
- 2.- los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita, y
- 3.- la finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito – en nuestro caso infracción administrativa -.

De la segunda sentencia deducimos:

- 1.- la autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados,
- 2.- el registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos, y
- 3.- la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito – en nuestro caso, infracción administrativa -.

De tal jurisprudencia se concluye que los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación.

Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el TC, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados."

Tampoco la Sala puede aceptar la alegada falta del contenido mínimo del acuerdo de incoación.

El artículo 28 del Real Decreto 261/2008 en relación a la incoación del expediente dispone:

"1. La incoación del expediente se formalizará con el contenido mínimo siguiente:

a) Identificación de los presuntos responsables y de los denunciantes, si los hubiere.

b) Hechos que motivan la incoación.

c) Instructor o instructores y, en su caso, Secretario de instructor, con indicación del régimen de recusación.

d) En su caso, personas que ostentes la condición de interesado.

2. El acuerdo de incoación del expediente se notificará a los interesados, dándose traslado de una copia de la denuncia a los denunciados.

3. En la página web de la Comisión Nacional de la Competencia se hará público el hecho de la incoación de expedientes por la Dirección de Investigación.

4. El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio."

A la vista de lo preceptuado resulta evidente, una vez examinado el acuerdo de incoación que éste recurría los requisitos mínimos, sin que quepa exigir otros requisitos propios de un momento posterior en el que tiene lugar el pliego de concreción de hechos y la propiamente dicha imputación.

Igualmente la Sala ha de rechazar la alegada ausencia de justificación del riesgo y de la necesidad de entrada simultánea inmediata, así como la selección arbitraria de las empresas a inspeccionar.

En nuestro caso la orden solicita la autorización judicial, autorización judicial que se otorga y que, además, ha sido ratificada por el Tribunal Superior de

Justicia de Cataluña (Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo) en su sentencia de 19 de marzo de 2010 que desestimó el recurso de apelación que se sustentaba en similares consideraciones jurídicas a las que ahora se esgrimen en la demanda.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, entiende que la intervención del Juzgado tiene por objeto garantizar la inviolabilidad del domicilio y se limita a autorizar a la Administración a que entre en él, debiendo asegurarse de que tal entrada resulta efectivamente requerida para la ejecución de un acto que, "prima facie", aparece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias; al mismo tiempo ha de garantizar que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta que aquellas que sena estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa.

Pues bien en esta sentencia que acabamos de citar el análisis de la actuación judicial y, particularmente de la concurrencia de las circunstancias concretas, determinaron el juicio favorable por parte del titular del órgano jurisdiccional al otorgamiento de la autorización de la entrada en el domicilio que aquí se cuestiona.

Así la STSJ de Cataluña

"TERCERO.- El Capítulo I de la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contiene la regulación del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas y. en su Sección primera, referida a la instrucción del procedimiento, se encuentra el artículo 49, en cuyo apartado 2 se dispone: "Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las, empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador.

Luego, contrariamente a lo defendido por la parte apelante, no se presentaba obstáculo en la realización por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de una investigación reservada, incluso con inspección domiciliaria de las empresas implicadas, antes de la incoación del procedimiento sancionador.

No procede examinar en esta alzada la legalidad del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador adoptado el día 17 de noviembre de 2009, ni la observancia de las garantías del interesado en un procedimiento sancionador, en cuanto que el auto recurrido se dicta en un recurso contencioso administrativo que no tiene por objeto la resolución dictada en ese procedimiento sancionador que después de la Orden de Investigación se acordó incoar, sino la solicitud de entrada para ejecutar aquella Orden de Investigación de 10 de noviembre de 2008, adoptada antes de la incoación del procedimiento sancionador en atención a lo dispuesto en el precepto citado de la LDC.

CUARTO.- En el escrito de interposición del recurso se apelación se alega que ni la orden de investigación ni el auto que autoriza la entrada contienen referencia alguna a los hechos que motivan su adopción, lo que

afecta a la esencialidad del derecho de defensa al impedir la posibilidad de defenderse de lo que no se conoce.

La Orden de Investigación comienza con la indicación de que esa Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con un supuesto acuerdo para la fijación de precios, así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, en el sector de las actividades transitarias por carretera, para después precisar que de conformidad con la información a la que ha tenido acceso esta Dirección de Investigación, los acuerdos y las prácticas concertadas podrían haber comenzado en 2003 y continúan en vigor, afectando la prestación de servicios en el sector del transporte de mercancías por carretera y en concreto, al mercado de actividades transitarias por carretera realizadas, entre otras, por Salvat Logística.

En el apartado único de los hechos del auto apelado atiende al contenido de la Orden de Investigación, donde se especifica que el objeto y finalidad de la inspección, es verificar la existencia de actuaciones prohibidas por el art. 1 de la LCD 15/2007 en relación con el acuerdo para fijación de precios, así como otras condiciones comerciales o de servicio de forma directa o indirecta, en el sector de las actividades transitarias por carreteras'

Como se ha visto, la noticia de la posible existencia de una infracción la WC faculta a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador; luego no cabe exigir a la Orden de Investigación, en la que se sustenta el auto apelado, ni a éste mayor precisión en cuanto a sus fundamentos fácticos y jurídicos. Tras esta investigación preliminar a la incoación del procedimiento sancionador y en atención a los resultados obtenidos en la misma, la Administración estará en disposición de fijar los hechos y podrá exigírsele que así lo haga, pero antes bastará con la noticia de actuaciones concertadas que puedan ir dirigidas, a la comisión de una infracción administrativa en materia de competencia:

Siendo que esa información reservada, con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, no tiene naturaleza sancionadora, no cabe entenderla sujeta a los principios de a potestad sancionadora i los principios del procedimiento sancionador, regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como se pretende."

En definitiva las actuaciones en este caso tienen encaje en lo establecido en el artículo 40.2.b), que faculta para verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial cualquiera que sea su soporte material, y que alcanza no sólo a los propios de la empresa sino también a los de sus trabajadores y directivos en cuanto versen sobre la actuación desarrollada en aquélla, sin que por la parte actora en ningún momento se haya concretado actuación alguna que alcance a la privacidad de estas personas.

6. Inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.-

Como, sin duda, se deduce ya de todo lo anterior tampoco hubo la pretendida extralimitación.

En primer lugar, tal y como se encarga también de precisar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2010:

"... De este modo se prevé' la posibilidad de solicitar la autorización judicial con carácter previo a la denegación y ello para evitar el perjuicio de la investigación que tendría lugar si denegada la entrada o precinto hubiera de esperarse a obtener la autorización judicial que necesariamente supone un retraso y riesgo de desaparición de los elementos probatorios de la conducta anticompetitiva que trata de comprobarse" Al justificar la obtención de la autorización de entrada con carácter previo a la posible negativa a la misma, se referían tres motivos: la naturaleza de la información que se quería obtener; el riesgo de destrucción de los documentos que la contuvieran; la necesidad de desarrollar la inspección en diversas empresas simultáneamente.

El éxito de la investigación ordenada por la Dirección de Investigación de a Comisión Nacional de la Competencia podía quedar condicionado por el riesgo de que todas o alguna de esas empresas a investigar se opusiera a la inspección ordenada. Del contenido del acta de inspección extendida el 18 de noviembre de 2008, en la que se reflejan las actuaciones habidas ese día en la sede de Salvat Logística, SA., se desprende que no fue infundada la apreciación del riesgo de oposición a la inspección acordada en esa fase previa de investigación.

El auto de entrada apelado se integraría como una actuación mas, en este caso judicial, por así, estar previsto en el ordenamiento jurídico, en la investigación llevada a cabo por la Administración, sin que en la misma quepa reconocer al investigado el derecho a oponerse como se defiende por la parte apelante, al referir la utilización coactiva del auto de entrada, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada en el auto apelado y en esta sentencia."

La anterior doctrina, tal y como recordábamos en nuestra SAN ya citada, de 30 de septiembre de 2009, se ha elaborado por el Tribunal Constitucional en relación a actuaciones en el seno de un proceso penal, pero tales principios son igualmente trasladables a los expedientes administrativos sancionadores; de una parte, porque de la propia doctrina del Tribunal Constitucional resulta que el derecho a la inviolabilidad del domicilio viene referido a la injerencia en él sin consentimiento del titular, de cualquier autoridad, sea del orden del penal, colaboradora del mismo, o del orden administrativo, e incluso de un particular -con los correspondientes tipos penales en garantía del derecho- y, de otra parte, porque como es bien sabido los principios del Derecho Penal se aplican, si bien con modulaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.

Desde esta óptica en aquella ocasión la Sala entendió que se había producido un registro no amparado por las respectivas órdenes de entrada y registro y por ello una violación del artículo 18.2 de la Constitución. Y ello porque en tal ocasión porque en el transcurso del registro se aprehendieron documentos -mediante copia de los contenidos en el disco duro de los ordenadores existentes en la sede de la actora- que no guardaban relación con el sector de productos de peluquería

profesional, ámbito al que se circunscribían las conductas investigadas y al que venían referidas las órdenes de entrada y registro.

Conviene destacar que desde el primer momento de la inspección y a lo largo de ésta (así se recoge en el acta, puntos 20, 24 y 29) se insistió por el equipo actuario en manifestar a la empresa que, tanto respecto de la información en formato papel como en formato telemático, la empresa podía identificar aquella información que pudiera estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o que pudiera afectar a la intimidad del personal de la empresa. A tal efecto, como se indica en el punto 33 del Acta, se identificó, en efecto, por parte de la empresa investigada algún archivo en formato electrónico que no se había recabado por el equipo de inspección tras entender que quedaban cubiertos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Tampoco cabe entender que haya existido la alegada vulneración de la intimidad, pues amén de lo que acabamos de subrayar respecto del tratamiento cautelar de la confidencialidad de determinada información, a lo que ha de unirse el deber de guardar secreto que incumbe a los funcionarios (por lo que aquí interesa, artículo 43 LDC), ello impide apreciar la vulneración alegada y menos aún, la vulneración del derecho a la vulnerabilidad del domicilio desde el momento en que la entrada fue autorizada judicialmente, mediante auto que, como hemos visto, ha sido íntegramente ratificado mediante la referida sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

7. En relación con la pretendida la extralimitación y/o desproporción con la referencia a la *"extracción masiva de documentos e información realizada en la sede de Salvat"*, así como con el alegado impedimento por parte del equipo inspector de que la empresa pudiera alegar con carácter previo la confidencialidad de la información y documentación obtenida, por tratarse de relaciones con su abogado o a hechos personales o ajenos al objeto de la investigación así como, finalmente, a lo que en la demanda se denomina inversión del control de confidencialidad, resulta esclarecedor lo siguiente puesto de relieve por la Administración demandada:

- Tras la firma por el representante de la empresa del recibí del auto judicial se le informó de que se iba a recabar tanto información en formato papel como en formato electrónico y que, por ello, se procedería a la inspección de los despachos y ordenadores de determinados empleados y/o directivos de la empresa y que tanto en ese momento como cuando se procediera materialmente a dicha inspección, se solicitaba tanto al representante de la empresa como al personal de la misma su presencia, en particular de los usuarios de los ordenadores inspeccionados y el personal de los despachos inspeccionados, reiterando el personal inspector **la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o relacionados con su intimidad** (punto 21 del Acta).

- También se informó de que toda la documentación recogida en formato papel, una copia iba a quedar en manos de la empresa así como el original, para que tuviera conocimiento pleno de la información recabada; y respecto de la documentación en formato electrónico, se le indicó que se procedería a una selección de documentos digitales a partir de determinados criterios objetivos y relacionados con el objeto de la investigación quedando igualmente copia en poder de la empresa.

- También se informó por los inspectores que al finalizar la inspección quedaría en su poder, además de copia del acta de inspección, una copia de la información recabada por el equipo de inspección (punto 19 del Acta). En la citada información se incluye la relación de documentos recabados en el curso de la inspección, tanto en formato papel como en formato electrónico, y como consta también en el Acta (puntos 20, 21 y 33 del Acta) se incluye la relación de documentos recabados, insistiéndose por la Inspección que tanto respecto de la información en formato papel como en formato electrónico, la empresa podía identificar aquella información **que pudiera estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o afectase a la intimidad del personal de la empresa para que, tras un somero análisis por el equipo de inspección, y si éste así lo considerase, no fuera incorporada la información recabada durante la inspección.** A tal efecto como también se indica en el acta (punto 27), fueron proporcionados por la recurrente el nombre de los asesores legales externos de la empresa, y se borraron los ficheros seleccionados donde se mencionaban dichos nombres.

- También se informó al representante de Salvat que durante el transcurso de la inspección se solicitaría la presencia en todo momento de personal de la empresa, en particular de los usuarios de los ordenadores inspeccionados y el personal de los despachos inspeccionados, reiterándose que con anterioridad a proceder a dicha inspección se le solicitaría la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o relacionados con su intimidad.

- Igualmente destacable es que la inspección procedió a eliminar de la información seleccionada toda la información detectada relativa a relaciones abogado externo-cliente, con ofrecimiento de devolverla a la empresa por parte de la CNC cualquier documento protegido por la relación abogado externo-cliente y que fuera detectado posteriormente, bien de oficio por la CNC o por la empresa, dado que ésta se quedaba con copia de toda la información recabada, siendo de notar que dichas actuaciones hayan tenido lugar, ni de oficio ni a instancias de la empresa.

En definitiva, en el presente caso aparece respetada la facultad de la empresa inspeccionada a identificar los documentos que considere merecedores de protección como consecuencia de derivar las relaciones abogado-cliente; y la recopilación de la información -frente a lo que en la demanda se dice- se hizo aplicando una previa criba o filtrado, suprimiendo la documentación en formato electrónico que la empresa inspeccionada consideró oportuno, así como documentación personal o cubierta por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente siendo estimada

incluso previa y cautelarmente la solicitud de la empresa respecto de que la información recabada durante el desarrollo de la investigación, tanto en formato papel como en formato electrónico tuviera el tratamiento de información confidencial, todo lo cual impide apreciar lo que la demandante denomina inversión del control de la confidencialidad y menos aún si cabe de invasión de derechos fundamentales, máxime cuando la parte actora ni tan siquiera ha solicitado la devolución de determinados documentos que según la parte tendrían carácter confidencial, constando por el contrario, la devolución de oficio por parte de la CNC de devolución de determinados documentos no necesarios para el objeto de la investigación, y sin que exista constancia -se insiste- de algún otro documento que haya sido reclamado por la recurrente más allá de aquellos que fueron devueltos por la Administración y que pudieran reunir esos caracteres necesarios para la pretendida exclusión del procedimiento.

La Sala, en suma, no puede acoger una pretensión de anulación de todo lo actuado ante la mera alegación genérica del riesgo de existencia de "*algún documento protegido*" al que ni siquiera se sabe a ciencia cierta si se ha tenido acceso; y en concreto no cabe apreciar que la actuación de la Administración en este caso incurriera en vulneración de la intimidad personal ni del secreto de las comunicaciones ni tampoco que hubiera conllevado extralimitación de un registro que hubiere incidido en documentos ajenos al ámbito del objeto de investigación.

8. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **SALVAT LOGISTICA, S.A.** contra Resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.

