



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID

PO530 OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2010 0003537
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000431 /2010**
Recurrente: **COMPAÑIA TRANSMEDITERRANEA SA, TRANSMEDITERRANEA CARGO SA**

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de **COMPAÑIA TRANSMEDITERRANEA SA, TRANSMEDITERRANEA CARGO SA**, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por la representación procesal de la parte recurrente.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a veintiuno de Marzo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
Reg Of:2421 / RG 2421
03/04/2012 12:22:35



AUDIENCIA NACIONAL

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

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 31/01/2012
Fecha Sentencia: 07/02/2012
Núm. de Recurso: 0000431/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 03537/2010
Materia Recurso: EXPEDIENTE SANCIONADOR
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Demandante: TRANSMEDITERRANEA, S.A. Y
TRANSMEDITERRANEA CARGO S.A.
Procurador: D. JORGE LAGUNA ALONSO
Letrado:
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. EXPEDIENTE TRANSMEDITERRANEA. MERCADO DE TRANSPORTE MARITIMO REGULAR.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000431/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03537/2010
Demandante: TRANSMEDITERRANEA, S.A. Y
TRANSMEDITERRANEA CARGO S.A.
Procurador: D. JORGE LAGUNA ALONSO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº:

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

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a siete de febrero de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 431/2010 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de **TRANSMEDITERRANEA, S.A. y TRANSMEDITERRANEA CARGO S.A.**, contra Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 2 de julio de 2010, 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 9 de julio de 2010, 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 A LA ILMA. SALA, que tenga por presentado este escrito, junto con sus documentos y sus copias, lo admita a trámite y por formulada DEMANDA en tiempo y forma, para que, evacuados los trámites procesales oportunos, dicte Sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010, y en consecuencia:

(i) Declare la nulidad de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010, o, en su defecto, la anule;

(ii) Declare la nulidad de las Órdenes de Investigación de fechas 3 de mayo de 2010 y 12 de mayo de 2010 por las que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia autorizaba la práctica de inspecciones de los locales de Compañía Trasmediterránea S.A, y Trasmediterránea Cargo SA. en Madrid y Palma de Mallorca o, en su defecto, las anule;

(iii) Declare que la práctica de las inspecciones desarrolladas por Inspectores de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en los locales de Compañía Trasmediterránea SA. y Trasmediterránea Cargo SA. en Madrid y Palma de Mallorca los días 11 y 12 de mayo de 2010 ha vulnerado los derechos de mis representadas a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones; y

(iv) Restablezca la situación jurídica de mis representadas y, a tal efecto:

a) Declare que son inválidas todas las pruebas obtenidas directamente de las inspecciones llevadas a cabo por Inspectores de la Dirección de Investigación en las oficinas de Transmediterránea SA. y Transmediterránea Cargo S.A. los días 11 y 12 de mayo de 2010.

b) Ordene la devolución íntegra del material incautado a que se refiere el punto (a) anterior que esté pendiente de devolución al tiempo de dictarse Sentencia."

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 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 8 de febrero de 2011, habiendo sido practicada propuesta y admitida 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 20 de diciembre de 2011 se señaló para votación y fallo el día 31 de enero de 2012, 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 2 de julio de 2010 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), por la que se resuelve el recurso administrativo presentado por las sociedades ahora recurrentes, Compañía Transmediterránea, S.A. y Transmediterránea Cargo S.A., contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC en la sede de dichas sociedades de Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca.

En concreto la resolución impugnada decide:

"PRIMERO.- Inadmitir el recurso interpuesto por la Compañía Transmediterránea, S.A. y Transmediterránea Cargo, S.A. contra las Órdenes de Investigación de 3 de mayo de 2010 de Palma de Mallorca y Madrid y de 12 de mayo de Madrid; contra los actos materiales de ejecución de las órdenes anteriores realizadas el 11 y 12 de mayo en las sedes de Palma de Mallorca y Madrid y contra la resolución de la DI de 18 de mayo de 2010. SEGUNDO.- Denegar la medida cautelar solicitada consistente en evitar el acceso a la información incautada en las inspecciones llevadas a cabo los días 11 y 12 de mayo de 2010 por parte de los funciones de la Dirección de Investigación".

La resolución que ahora se impugna tiene como antecedentes las Órdenes de Investigación de 3 de mayo de 2010 y 12 de mayo de 2010 y los actos materiales de ejecución de las órdenes anteriores realizados el 11 y 12 de mayo en las sedes de Estación Marítima, 2 muelle de Periares (Palma de Mallorca) y en el Parque Empresarial de La Moraleja, avenida de Europa, 10, de Alcobendas (Madrid), así como la resolución de la Dirección de Investigación de 18 de mayo de 2010, por la que se dió respuesta a una solicitud de información y petición de incorporación de determinada información.

Todo ello en el marco de un expediente sancionador por la posible participación de las hoy recurrentes en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompetitivas, así como por la posible imposición de condiciones abusivas (artículos 1.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea), en el mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga.

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

- En primer lugar considera que la inadmisión del recurso contra los actos y decisiones de la Dirección de Investigación vulnera los derechos e intereses legítimos de la actora.
- Las órdenes de inspección no cumplen, a juicio de las actoras, los requisitos mínimamente exigibles.
- La actuación de la Dirección de Investigación durante las inspecciones ha excedido los límites constitucional y legalmente trazados. Particularmente considera vulnerados el derecho al secreto de las comunicaciones en general y, en particular, respecto de las comunicaciones entre cliente y sus abogados.

El Abogado del Estado rebate en la contestación de la demanda los motivos de fondo esgrimidos en la demanda y solicita la desestimación del recurso.

3. Sostiene la parte actora que la actuación de la Dirección de Investigación, al declarar irrecurribles las actuaciones de la Dirección de Investigación supuso una vulneración de sus derechos o intereses legítimos al suponer una violación de su derecho a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones que reconocen tanto el artículo 18 de la Constitución Española, como el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; así como una violación del secreto profesional que ampara las comunicaciones entre los abogados y sus clientes.

El artículo 47.1 de la LDC dispone:

“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”.

La Sala comparte plenamente las afirmaciones de la demanda cuando entiende que es susceptible de recurso cualquier acto de la Dirección de Investigación que pueda producir indefensión o perjuicio irreparable, con independencia del momento procesal en que se produzca. Y también cuando afirma que, sin duda, la indefensión o el perjuicio irreparable son cuestiones de fondo, que determinarán la estimación o desestimación del recurso, pero no un presupuesto de procedibilidad que condicione su admisión.

Ahora bien en el presente caso, y como la propia parte actora no deja de reconocer, el Consejo de la CNC, y pese a que formalmente decidió la inadmisión del recurso, procedió a realizar un análisis pormenorizado y de fondo de las cuestiones planteadas (página 18 de la demanda); y precisamente por ello materialmente desestimó todas y cada una de dichas cuestiones por los siguientes motivos:

- En primer lugar, porque las Órdenes de investigación habían sido refrendadas por el Juez al dictar el Auto autorizando la entrada en los locales de la Compañía.
- Porque el contenido de dichas Órdenes no puede calificarse de genérico, a juicio del Consejo de la CNC, las informaciones e indicios de los que disponía la Dirección de Investigación se referían a diversas conduzcas tales como acuerdos para repartos de mercado, fijación de precios o condiciones comerciales, la imposición de precios o imposición de condiciones comerciales no equitativas.
- Porque los mercados aparecían definidos suficientemente en el momento procedimental de referencia.
- Porque tampoco se apreciaba un vicio de consentimiento a la realización de las Inspecciones.
- Por último, porque tampoco se consideró que la actuación de los Inspectores hubiera sido desproporcionada. En particular, por lo que se refiere a la revisión de la documentación electrónica, entendió el Consejo que esa desproporción no existiría, ya que los Inspectores habían prevenido a la Compañía inspeccionada *"de que la información finalmente recabada sería objeto de un análisis más exhaustivo en la CNC para determinar los documentos que finalmente serían incorporados al expediente, devolviendo a la empresa inspeccionada los documentos no incorporados o la documentación que pudiera estar protegida por la confidencialidad abogado-cliente"*.

Por lo demás, en la demanda se hace depender la indefensión o el perjuicio irreparable en los derechos e intereses legítimos de las actoras de la existencia de una doble vulneración, a saber, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, y del secreto profesional que ampara las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, cuestiones éstas sobre las que versa el fondo del recurso y que analizaremos a continuación.

4. Comencemos por decir que 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, 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 para 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. Analizaremos en primer lugar la alegada vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El art. 18.2 de la Constitución dispone:

“2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

Como hemos declarado en nuestras sentencias de 30 de septiembre de 2009, recurso DF 3/2008, y de 25 de enero de 2012, recurso PO 149/2009, entre otras:

“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.”

Ahora bien, los vicios de nulidad que se imputan a la orden de investigación, falta de concreción de hechos, y de proporción no pueden ser enjuiciados ahora, porque ya lo fue por el Auto que autorizó la entrada y registro que en ningún caso puede ser objeto de revisión en el presente recurso.

Cuestión distinta es la forma en que se realizó la entrada y registro.

Respecto de esta cuestión hemos de recordar que el artículo 40 de la Ley 15/2007 determina las facultades de los inspectores:

“2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

- a. acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,*
- b. verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,*
- c. hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,*
- d. retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b,*
- e. precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,*
- f. solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.*

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.”

Ahora bien, estas 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.

Pues bien, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se articula frente a todos, y por ello, las formas y límites en que se permite que tal derecho ceda ante un interés superior, según la elaboración doctrinal declarada por el TC, es aplicable también al ámbito administrativo.”

En presente caso la actora manifiesta que el consentimiento para la entrada y registro que indudablemente dio fue inválido, en la medida que la Inspección en Madrid no les exhibió el Auto judicial, alegación meramente formal que en nada obsta a la actuación inspectora salvaguardada precisamente por el Auto judicial que se obtuvo para el caso de que se hubiera negado el acceso al domicilio. En cualquier caso, el consentimiento se prestó tanto en la inspección de Palma de Mallorca como en la de Madrid, prestándose en ésta última por el Director de la Asesoría Jurídica a quién desde luego no cabe negar ni la capacidad para prestar el consentimiento en nombre de la empresa ni tampoco el conocimiento suficiente para comprender el exacto alcance de la orden de investigación y de sus consecuencias en caso de obstrucción a la actividad investigadora.

Sobre este extremo la resolución administrativa impugnada pone de relieve:

"Al respecto entiende este Consejo que todos y cada uno de las condiciones establecidas por el TS que determinan la validez del consentimiento están presentes de forma manifiesta en el asunto que nos ocupa. Ello puede deducirse claramente tanto de las Actas de inspección firmadas por el representante y el abogado externo de la empresa, como por las propias manifestaciones emitidas, con posterioridad, en el escrito de recurso. No poniéndose en duda la capacidad del prestador para otorgar su consentimiento en nombre de la empresa ni su condición de representante de la misma, el resto de los demás requisitos jurisprudenciales así mismo están presentes: tal y como queda patente en los párrafos 4 a 14 del Acta de Inspección del día 11 de mayo, desde un primer momento se le informó al representante de la empresa del objeto de la inspección, de las facultades legales en las que estaba amparada, y se le dio traslado de la Orden de Investigación para que la leyera con detenimiento, teniéndole que ser aclarados algunos puntos de la misma. En segundo lugar, también se le informó de las obligaciones de colaboración de la empresa y los efectos de un incumplimiento de dicha obligación, tal y como, además queda reflejado en la Orden de Investigación, por prescripción del art. 13.3 del RDC.

Que se le informe sobre las consecuencias acerca de una posible obstrucción a la labor inspectora, tal y como es dispuesto por la ley, no puede considerarse más que como un hecho periférico que carece de suficiente entidad para invalidar el consentimiento. Tal y como la propia empresa reconoce en su recurso este hecho no puede asimilarse a la concurrencia de violencia, intimidación o dolo, por lo que hay que concluir que el consentimiento se prestó consciente y libremente. Por último como reflejan las Actas de 11 y 12 de mayo, el Acta de precinto y los Addendum el consentimiento fue otorgado expresamente y se hizo constar por escrito, después de que la empresa se hiciera cargo por completo de la situación y tras haber sido asesorada por sus abogados externos.

Todo ello impide que pueda ser acogida la pretensión de la empresa sobre la invalidez de su consentimiento y la supuesta vulneración del artículo 18.2 de la CE que proclama la inviolabilidad del domicilio puesto que la inspección, como se ha visto, se realizó previa autorización expresa de la empresa."

En cualquier caso, existiendo auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, aun cuando finalmente no fuera preciso al existir consentimiento de la empresa a la inspección quedó plenamente garantizado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

6. En lo relativo al modo concreto en que transcurrió la inspección, consta en las Actas el modo de proceder de la Inspección y el modo concreto del registro de despachos y ordenadores a presencia de miembros de la empresa y podemos llegar a la conclusión de que se llevó de manera razonable y menos gravosa para el funcionamiento de la empresa, si tenemos en cuenta que en lugar de optar por otras posibilidades legalmente previstas (retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos, o precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección) el proceder fue la copia de documentación quedando los originales en poder de la recurrente, a la que se hizo entrega, además, de una copia cotejada de la copia efectuada por el equipo de inspección, para que tuviera conocimiento detallado de toda la información recabada, tanto de la de formato papel como la de formato electrónico a fin de poder examinar y alegar, en su caso, el carácter confidencial o ajeno al objeto de la orden de investigación.

Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación realizando, frente a lo que por la actora se alega, una labor discriminatoria por parte de los inspectores recabando finalmente, por ejemplo en el caso de los correos electrónicos, una mínima parte que impide, en fin, hablar de desproporción, máxime si tenemos en cuenta los criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección muy concreta de documentos y no, como se dice, a una copia masiva e indiscriminada de los archivos de los ordenadores, declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.

Casos como el presente hemos rechazado de plano las alegaciones sobre la desproporción y la ingerencia masiva de las labores inspectoras en los siguientes términos:

"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, en definitiva, apreciar la inviolabilidad 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 siquiera 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."

7. Tampoco la Sala comparte las alegaciones relativas a la imprecisión de la orden de inspección, por falta de definición del objeto y finalidad de la inspección, falta de definición de las conductas investigadas y vaguedad que también se alega en la definición de los mercados y en el acotamiento del ámbito temporal.

A este respecto la resolución impugnada señala:

"En cuanto a la delimitación de los mercados, de nuevo debemos afirmar que los mismos aparecen definidos en las Órdenes de Investigación de forma suficiente teniendo en cuenta el preciso momento procedimental en que emanan, que no es otro que el inicio de las primeras investigaciones que permitan esclarecer la existencia o no de un ilícito

perseguible por las autoridades de competencia. Además de acuerdo con el precepto

reglamentario de aplicación, la delimitación de los mercados no constituye requisito

necesario para la validez de la Orden.

No hay que olvidar por último que, como suele señalar este Consejo, las prácticas investigadas por la DI, a diferencia de otras conductas perseguidas por otras Administraciones, son conductas realizadas evitando cualquier trascendencia pública, por lo que las situaciones fácticas son, en un primer momento de la investigación, difícilmente concretables al 100%. En este sentido, la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2010, cuyos razonamientos aparecen posteriormente reiterados en la SAN de 23 de Abril de 2010, ha declarado expresamente lo siguiente: "la noticia de la posible existencia de una infracción de la LDC 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 entender las ujeta a los principios de la potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador, regulados en la Ley 30/1992..."

Podemos, pues, concluir que existía suficiente información y delimitación del objeto de la investigación, sin necesidad de mayores concreciones tanto en el ámbito objetivo como temporal, máxime cuando las órdenes de investigación determinan la fecha y las inspecciones duraron un solo día en Palma de Mallorca y dos días en el caso de Madrid.

8. Y en relación con la también pretendida extralimitación y/o desproporción con la referencia a la incautación masiva de las comunicaciones electrónicas la Sala comparte las apreciaciones de la Comisión Nacional de la Competencia cuando manifiesta que la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que un determinado documento se encuentre protegido. Lo contrario llevaría a la absurda conclusión 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.

Pues bien, durante su actuación la Dirección de Investigación, como ya decíamos, se procedió de forma selectiva y se procedió también a la declaración de confidencialidad de la documentación recabada, sin que la recurrente haya solicitado en ningún momento la devolución de documentación que dice amparada en el secreto invocado.

Consta, en efecto, en las Actas de Inspección el filtrado y selección previa de los documentos incautados, sin que la parte actora, se insiste, haya alegado en algún momento que determinado documento concreto guardaba relación con la pretendida vulneración del derecho a la intimidad lo que, de por sí, impide que prospere también este último motivo de recurso.

9. 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 las entidades **TRANSMEDITERRANEA, S.A. y TRANSMEDITERRANEA CARGO S.A.** contra Resolución de 2 de julio de 2010 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar la 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.

29 de febrero de 2012

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.