



Roj: **SAN 3222/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3222**

Id Cendoj: **28079230062018100381**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/07/2018**

Nº de Recurso: **404/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000404 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00426/2016

Demandante: FAURECIA AUTOMOTIVE EXTERIORS ESPAÑA S.A.U.

Procurador: D. JAIME BRIONES MENDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticinco de julio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **404/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. JAIME BRIONES MENDEZ, en nombre y en representación de **FAURECIA AUTOMOTIVE EXTERIORS ESPAÑA S.A.U.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de Junio de 2016 (Ex NUM000) por la que se desestima el recurso frente a la Orden de Investigación del Director de Competencia de 22 de febrero de 2016 se autorizó la inspección en la sede de la empresa FAURECIA AUTOMOTIVE EXTERIORS ESPAÑA (FAE).

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se declare no ser ajustada a Derecho la Resolución que se recurre, declarando nula la inspección llevada a cabo en las instalaciones de FAE los días 2 y 3 de marzo de 2016, dejándola sin efecto y declarando no válidos los documentos recabados en la misma al haber sido obtenidos en vulneración de 25/26 derechos fundamentales, con el pronunciamiento en costas que en Derecho proceda, a tenor del art 139 de la LJCA .

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista y tras el trámite de conclusiones escritas, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló el día 27 de Junio, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución procedente de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de Junio de 2016 (Exp NUM000) por la que se desestima el recurso frente a la Orden de Investigación del Director de Competencia de 22 de febrero de 2016 se autorizó la inspección en la sede de la empresa FAURECIA AUTOMOTIVE EXTERIORS ESPAÑA (FAE).

La **resolución administrativa** entiende que de la lectura de la Orden de Investigación no puede más que concluir que la misma cumple los requisitos previstos en el artículo 13.3 del RDC, al identificar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

La Orden identifica, además del personal de la CNMC autorizado para realizar la inspección, la empresa objeto de inspección, señala la fecha de realización de la citada inspección, define el objeto y finalidad de la misma, indicándose expresamente que la DC ha tenido acceso a "determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de los componentes de revestimiento o moldeado duro para automóviles fabricados en España, consistente en un reparto de mercado e intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de dicho sector. De conformidad con la información disponible, determinadas empresas presentes en este mercado habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas al haber intercambiado información comercialmente sensible con el fin de no ofertar o presentar deliberadamente oferta económica superior respecto de las adjudicaciones de los contratos ofertados por fabricantes de automóviles y repartirse dicho mercado."

Asimismo, la Orden de Investigación de 22 de febrero de 2016 delimita el mercado y las conductas objeto de investigación, al señalar: "El objeto de la presente inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de los componentes de revestimiento o moldeado duro para automóviles fabricados en España, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en el reparto de clientes en dicho mercado y el intercambio de información comercialmente sensible. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los acuerdos se han llevado a la práctica. (...)

Una mayor definición como la exigida por FAE en el recurso presentado en cuanto al objeto de la inspección, en la fase en la que ésta se ha realizado, es decir, en el ámbito de una información reservada, sin expediente incoado, es materialmente imposible. (...)

Por otra parte, en cuanto a la solicitud expresada en el recurso de FAE de informar a ésta de los indicios con los que contaba la Dirección de Competencia en el momento de ordenar la inspección, se reitera que la inspección se realizó en la fase de información reservada prevista en el artículo 49.2 de la LDC , sin que existiese expediente sancionador incoado, y que de acuerdo con la jurisprudencia en esta fase la Administración no está obligada a dar una información más detallada.

Señala FAE que la DC en ningún momento informó a la empresa si había solicitado autorización judicial para la entrada en su domicilio y, en caso afirmativo, si ésta fue denegada o concedida, por tanto, conforme el criterio de la recurrente el consentimiento no fue prestado con plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se pedía autorización.



Cabe no obstante señalar que, en la medida en que el auto fue solicitado y finalmente quedó condicionado al supuesto de mediar oposición a la inspección, y que ésta se practicó mediando consentimiento por parte de la recurrente, el objeto o finalidad de dicho auto decayó en el momento en que el presupuesto necesario al que se sujetó (oposición por parte del inspeccionado) no concurrió. El auto, en cierto modo, quedó sin objeto."

Según **el Abogado del Estado**, son tres los motivos fundamentales de la impugnación planteada por la parte recurrente: Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, carácter genérico del objeto y del alcance de la inspección y falta de delimitación de la actuación de la Inspección.

Sin embargo, entiende el Abogado del Estado que se había solicitado autorización judicial sin audiencia del interesado y que como dicha autorización fue concedida, si bien no se establecía su notificación a la empresa y, puesto que la autorización judicial se había solicitado para el supuesto de que la empresa se opusiera a la inspección, por parte del equipo inspector no se procedió a su notificación al inspeccionado, dada la ausencia de oposición.

Expone que el consentimiento del titular del domicilio puede prestarse en cualquier momento, de modo expreso o tácito, y que puede prestarse en cualquier momento anterior a la entrada y que la presencia de un representante de la entidad y su no oposición impide la lesión del derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Insiste en que habiéndose prestado dicho consentimiento voluntariamente por parte de los representantes de la empresa inspeccionada, en nada afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio el hecho de que siguiendo la literalidad del artículo 27 de la Ley 3/2013 no se comunicara a la investigada la existencia o no de autorización judicial. Por ello entiende que no era necesario que se notificara el auto y que, una vez producida la entrada, sí que era preciso comunicar este extremo al Juzgado autorizante, como así se hizo.

En cuanto al contenido de la Orden de investigación, entiende el escrito de contestación a la demanda que "Asimismo, la Orden de Investigación de 22 de febrero de 2016 delimita el mercado y las conductas objeto de investigación, al señalar: El objeto de la presente inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de los componentes de revestimiento o moldeado duro para automóviles fabricados en España, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en el reparto de clientes en dicho mercado y el intercambio de información comercialmente sensible.

Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los acuerdos se han llevado a la práctica. La Orden de Investigación delimita el objeto de la inspección, especificando que consiste en verificar la posible existencia de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en el reparto de clientes y el intercambio de información comercialmente sensible en un mercado delimitado, el de los componentes de revestimiento o moldeado duro para automóviles fabricados en España. También se indica que la inspección tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica.

Lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las Diligencias Previas 0079/15 y condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho.

La **parte recurrente** considera en su escrito de demanda que se vulneraron los derechos de inviolabilidad de domicilio y de defensa de la empresa recurrente por la indeterminación del objeto de la Inspección y ello pues no se determinaba si se refería a los revestimientos interiores y exteriores de automóviles o a solo uno de ellos y tampoco se determinó cuáles eran los moldeados duros que eran objeto de investigación.

Entiende que en el acta de inspección no se informó a la recurrente si se había solicitado y obtenido autorización judicial para la entrada en el domicilio social de la empresa por lo que el consentimiento se prestó como un acto debido sin haber tenido constancia de la posibilidad de la negativa a la inspección.

También entiende que no había indicios suficientes para ordenar la inspección incumpliendo la jurisprudencia sobre la cuestión

Por todas esas razones considera que toda la documentación que se incautara en el curso de la inspección no era útil a la hora de poder instruir un procedimiento sancionador

Considera que habría sido fundamental que conociera si se había solicitado autorización judicial para la entrada en el domicilio y cuál había sido el resultado de esa solicitud; entiende que esto es más grave aún en el caso presente en que tampoco se ha entregado a esta Sala



SEGUNDO. - Por lo que se refiere a la suficiencia de la Orden de Investigación, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo se recoge en la reciente sentencia de fecha 31 de Octubre de 2017 dictada en el recurso de casación 1062/2017 (que supera lo dicho por la STS de 15 de junio de 20156, recurso de casación nº 1407/2014), cuando se afirma que:

<<QUINTO.- Expuesta la anterior jurisprudencia nos corresponde resolver la cuestión jurídica planteada en el recurso de casación en los términos en que ha sido concretada en fase de admisión, que versa, como allí se indica, sobre el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, y la extensión del control judicial cuando se trata, como en el supuesto de autos, de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada, cuya incoación resulta de información obtenida en el programa de clemencia ex artículo 65 LDC .

Así pues, nuestro análisis se referirá al supuesto que da origen a las actuaciones judiciales, la orden de investigación dictada por la CNC en virtud de la información obtenida en un programa de clemencia del artículo 65 LDC y de una investigación precedente, la corrección del Auto denegatorio de la solicitud de entrada y la sentencia que en apelación confirma dicho criterio.

Pues bien, como hemos expuesto, el Abogado del Estado enfatiza en su recurso y en el acto de la vista la relevancia de que la orden de investigación y de solicitud de entrada en el domicilio social de la empresa sujeta a una investigación reservada se fundamenta en la información cuyo origen se encuentra en una denuncia de otra empresa que participa con la denunciada en el mismo cártel y que se acoge al programa de clemencia del artículo 65 LDC , cuya vinculación resulta, además, de inspecciones previamente realizadas.

Sostiene la Abogacía del Estado recurrente la singularidad del procedimiento de información reservada obtenida a través de una de las empresas participantes en la conducta anticompetitiva, que al realizar el correspondiente control judicial de la solicitud de autorización, el órgano jurisdiccional debe considerar que no se ha iniciado todavía el procedimiento sancionador y que esta situación y el origen de la información obtenida por la CNC que determinó la investigación sujeta a confidencialidad imponen, a riesgo de vaciar de contenido el artículo 49.2 LDC y frustrar los poderes de inspección del artículo 27 LCNMC que la información que figure en la Orden de investigación y en la solicitud de investigación sea suficiente pero no exhaustiva para permitir el conocimiento de los elementos esenciales que determinan la investigación y la medida acordada.

Pues bien, se suscita en el presente recurso de casación una doble cuestión: en primer término si, ciertamente, el control judicial de la solicitud de entrada en el domicilio social de una empresa ha de tomar en consideración el tipo de procedimiento en el curso del cual se interesa la autorización de entrada y, además, la relevancia de la confidencialidad de la información obtenida a través de un programa de clemencia del artículo 65 LDC .

Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de remitirnos a nuestra jurisprudencia que ya hemos relacionado en el precedente fundamento jurídico, expuesta en la STS de 16 de enero de 2015 (RC 5447/2011). En síntesis, en aquella ocasión, que trataba también de una fase preliminar de la investigación (una investigación reservada) desencadenada por informaciones previas de la posibilidad de que se hubieran cometido tales prácticas, consideramos que era relevante el tipo de procedimiento en el seno del cual se insertaba la solicitud de autorización, y la limitación en la información de la que disponía la CNC. Finalmente validamos la orden de investigación en cuanto concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma.

Así pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que *en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria* que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues , *lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada* que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE .

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción.



No obstante, no cabe acoger la tesis de la Administración recurrente en lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, sobre las limitaciones en el tratamiento y suministro de la información obtenida con arreglo al artículo 65 LDC, remitiéndonos nuevamente a nuestra jurisprudencia (STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012).

Si bien es cierto que la confidencialidad marca las actuaciones y la información facilitada por las empresas que se acogen al programa de clemencia -dada la dificultad de descubrir e investigar cárteles secretos- y que tanto la legislación comunitaria como la nacional contemplan una limitación al acceso a la información de las empresas confidentes así obtenida, también es cierto que esa limitación en dicho acceso no puede operar en la forma pretendida frente al órgano jurisdiccional encargado del control de las solicitudes de autorización.

Aun cuando es cierto que la información obtenida por la CNMC tiene un carácter reservado, ello no obsta, como dijimos en la STS de 27 de febrero de 2015, que se cumplan en estos supuestos las exigencias legales contempladas en los preceptos y de la jurisprudencia antes reseñada, de la que se desprende -reiteramos- que *la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, entre las que se encuentran los datos concretos que justifican la entrada en el domicilio social, no bastando, como hemos subrayado, la simple remisión genérica a una denuncia o a una información «reservada», por ser imprescindible la aportación de información suficiente al órgano judicial que permita fundar su convicción de la procedencia de la entrada*, aun cuando el suministro de los elementos de información se haga en forma que preserve su carácter confidencial.

En la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de junio de 2013, referida al programa de clemencia, se establece en su apartado 6 el tratamiento de la información confidencial y dispone en los apartados 74 a 76, en relación a la información remitida al órgano jurisdiccional en supuestos de revisión de un procedimiento sancionador:

(74) En caso de revisión jurisdiccional, al remitir a la Audiencia Nacional la solicitud de clemencia presentada en el procedimiento sancionador, la CNC identificará expresamente las declaraciones realizadas por el solicitante de clemencia, de las que no se puede obtener copias, de acuerdo con lo indicado en el artículo 51.3 del RDC.

(75) Si la documentación aportada por un solicitante de clemencia es requerida por un órgano jurisdiccional competente para revisar la actuación de la CNC antes de que se haya dictado la Resolución que ponga fin al procedimiento administrativo en el que se ha presentado una solicitud de clemencia, se le trasladará dicha documentación con carácter confidencial, haciendo referencia expresa a que ésta no puede ser comunicada a posibles interesados o terceros, dada la especial protección que la LDC garantiza a las solicitudes de clemencia y las graves consecuencias que se pueden derivar de la puesta en conocimiento de la presentación de solicitudes de clemencia o de su contenido, no sólo para mantener los incentivos por parte de otros competidores que formen parte del cártel para la presentación de solicitudes de clemencia, sino para preservar la propia investigación que está llevando a cabo la CNC.

(76) Cuando la CNC intervenga aportando información o presentando observaciones en procesos de defensa de la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15. bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se abstendrá de aportar datos o documentos aportados por solicitantes de clemencia.

En la Comunicación de la Comisión 2006/C-298/11, sobre confidencialidad de la información facilitada por las empresas que se acogen al programa de clemencia, se contempla que, el programa de clemencia restringe el acceso al expediente y garantiza el uso de la información para la finalidad del propio procedimiento. Limitaciones que se refieren y tienen su fundamento último en las propias garantías de procedimiento y en la necesidad de que en la primera fase de investigación la empresa investigada no esté en condiciones de identificar la información conocida por la Comisión y que se mantengan ocultas a fin de no comprometer la eficacia de la investigación de la Comisión.

Pero estas limitaciones respecto a la empresa investigada y la finalidad de la investigación, no pueden ser trasladadas de forma automática frente al órgano judicial que ha de pronunciarse sobre la solicitud de entrada en el domicilio social, pues el Juez encargado de esta función ha de contar con los elementos necesarios para adoptar su decisión relativa al carácter justificado o no extraordinario de la medida, de modo que *la sola apelación al carácter confidencial de los datos derivados del programa de clemencia no puede ser un óbice para que el Juez pueda disponer de estos elementos mínimos para poder realizar la correspondiente ponderación de las circunstancias concurrentes y comprobar si la solicitud de autorización presenta o no fundamento*.

Así pues, la confidencialidad de la información con origen en el artículo 65 LDC no puede interpretarse ni alzarse como un factor para no suministrar al órgano jurisdiccional -con el carácter reservado- los datos esenciales mínimos para la realización de la correspondiente ponderación.



SEXTO.- Pues bien, trasladando las consideraciones expuestas al supuesto ahora examinado debemos considerar si el control jurisdiccional de la solicitud de autorización realizada por el Juez de lo contencioso administrativo y por la Sala de este orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó con arreglo a los parámetros y criterios aplicables a aquellos supuestos en que la autorización de entrada en domicilio social se interesa en el contexto de una fase preliminar de la investigación, iniciada por una información reservada de la que se desprende la posibilidad de la comisión de prácticas anticompetitivas.

Teniendo en cuenta dicho dato procedimental y con arreglo a nuestra jurisprudencia (sentencia de 16 de enero de 2015, RC 5447/2011) hemos de considerar si «la orden de investigación presentaba fundamentación suficiente y si concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma».

Ya hemos indicado que ambos órganos judiciales concluyeron de forma coincidente que la solicitud de autorización no contenía la información o las especificaciones que suficientes para autorizar la entrada en el domicilio de la mercantil.

En efecto, el Juzgado y el Tribunal de Madrid consideran que la Orden de Investigación de fecha 10 de octubre de 2016, no explicaba de modo suficiente los indicios o las razones por las que la podía entenderse que la sociedad respecto a la que se interesaba la autorización había podido participar en una conducta contraria a la LDC. Resulta relevante la expresión contenida en el Auto del Juzgado -cuyo criterio es corroborado por la sentencia del TSJM- que declara que no se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Concretamente razona que no se exponen las prácticas, la operativa de la actuación, las licitaciones afectadas, tampoco el momento temporal y ámbito geográfico al que se refieren, ni las empresas o personas que pudieran estar implicadas o concertadas, a lo que añade que no se reflejan datos para valorar la gravedad de las actuaciones anticompetitivas a las que se refieren las actuaciones Y concluye indicando, como más importante, que «no se señala ningún dato respecto a la participación de la empresa SEMI en tales prácticas, que pudieran justificar la necesidad de la autorización de entrada solicitada», amén de que la Comisión no ha acreditado no tener a su disposición otros medios para realizar la comprobación y la inspección de forma menos gravosa.

Pues bien, con arreglo a nuestra jurisprudencia antes expuesta se desprende que el parámetro de control manejado por los órganos jurisdiccionales resulta excesivamente extenso al exigir en la solicitud de autorización que se inserta en una fase preliminar de la investigación datos de participación y otros elementos de información - como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente a través de la entrada en el domicilio social se procuran o buscan elementos o datos que no se conocen o no están identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la LDC. La inadecuación -por excesiva- de la medida o criterios utilizados por el Juzgado y por el TSJM se evidencia por la imposibilidad de la CNMC de suministrar tales datos, y tal amplia interpretación frustra sin duda el efecto útil de las inspecciones como instrumento para que la CNMC pueda ejercer sus funciones en materia de competencia.

Hecha la anterior consideración, nos corresponde examinar la solicitud de autorización de entrada y la Orden de Investigación que da origen a las actuaciones enjuiciadas. Y se advierte que la Orden de Investigación se limita a referir «esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en relación con proyectos ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación mantenimiento y mejora de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, consistentes en diversos acuerdos para la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados».

Tras ello, la Orden reproduce lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 y señala que para la debida aplicación en el artículo 27 de la ley 3/2013 , y de conformidad con dicho precepto y con el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y ordena a la empresa SEMI que «se someta a la inspección por su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivos que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE , en el mercado de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, respecto de licitaciones que abarcan la redacción de proyectos, ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de dichos sistemas y equipos, cuyo objeto sería la manipulación y el reparto de las licitaciones convocadas por clientes públicos y/o privados en dicho mercado». Igualmente se ordena a la empresa SEMI, «que permita al personal autorizado por la Dirección de Competencia de la CNMC realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 27 de la LCNMC».



Se advierte así que salvo la genérica referencia a que la Comisión ha tenido «acceso a determinada información relacionada con prácticas anticompetitivas» en relación con los proyectos y sector que relaciona, a una posible realización de actuaciones contrarias al artículo 1.1 LDC , y la descripción del mercado afectado *nada más se especifica en la Orden de Investigación sobre el fundamento de la inspección que allí se acuerda y nada se concreta en la Orden acerca de qué concretas razones determinan la necesidad de la medida interesada de entrada en el domicilio social.*

Un dato más específico se incorpora en el apartado primero de la solicitud de autorización de entrada formalizada ante el Juzgado, en la que se indica, de forma muy escueta, que la CNMC había realizado distintas inspecciones a diversas empresas los días 11, 12 y 13 del precedente mes. Pero aparte de esta concisa información de la previa realización de inspecciones, *no se aporta en dicha solicitud de entrada ningún otro singular elemento del que pudiera deducirse de forma razonable la relación de la empresa de autos con los hechos investigados .*

Así pues, con arreglo a los preceptos y la jurisprudencia que antes hemos expuesto, debemos concluir que no se han observado en este caso las especificaciones suficientes sobre el fundamento de la inspección en lo que se refiere a la empresa afectada. *Pues ni la genérica apelación a ciertas inspecciones previas, ni los datos incorporados en la Orden de Investigación permiten considerar adecuada la información proporcionada por la Comisión al órgano jurisdiccional para fundar la convicción de la procedencia de la entrada interesada.*

Y es que aun tomando en consideración de que la solicitud de autorización se adopta en una fase preliminar de la investigación y en virtud de una información obtenida a través de un programa de clemencia ex art 65 LDC «es claro que han de observarse las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y jurisprudencia a las que hemos hecho mención» (STS de 27 febrero 2015, RC 1292/2012).

La orden de investigación que nos ocupa no contiene en sí misma las especificaciones básicas sobre el objeto y finalidad de la inspección respecto a la sociedad afectada, expresión que, a los efectos aquí debatidos, incluye la necesaria mención a algún elemento que venga a vincular a la sociedad afectada con los hechos objeto de investigación y que justifique la autorización de entrada. Con arreglo a nuestra jurisprudencia, la entrada domiciliaria ha de estar suficientemente fundada y entre los elementos que han de valorarse para la correspondiente ponderación judicial, se encuentra, aún con un carácter mínimo, la exposición de algún elemento de conexión entre la sociedad titular del derecho fundamental y el objeto en el que se centra la investigación de la Comisión.

Por otra parte, como hemos declarado en la reseñada STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012 , no es suficiente a estos efectos la mera apelación a que la actuación interesada se inicia en virtud de una denuncia o declaración obtenida en virtud del programa de clemencia, que determina el carácter «reservado» de la información, pues nada obsta para que en estos particulares supuestos -y con expresa indicación de su carácter confidencial- la Comisión ponga en conocimiento del órgano judicial los elementos de información relevantes para justificar la procedencia de la autorización de entrada. No consta en autos que la Comisión haya intentado remitir al órgano judicial esta información al órgano judicial con carácter reservado o confidencial y más teniendo en cuenta que el proceso se hacía sin intervención de otra parte interesada. En todo caso, la aportación de dicha información con carácter reservado o confidencial, que implica su tratamiento como tal por el órgano jurisdiccional, al que incumbe no exponer datos que frustren el efecto útil de la investigación, hubiera permitido que el Juzgado contara con información más precisa sobre la viabilidad de la entrada solicitada.

En fin, ni la solicitud de autorización de entrada ni la Orden de investigación incorporaban el indicado elemento básico referente a su objeto que hubiera permitido al Juez excluir su carácter arbitrario. Ciertamente los términos en los que está redactada la orden de investigación son muy generales y no incorporan la información necesaria con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 13. 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y la jurisprudencia al no motivar de forma debida el objeto, la finalidad y alcance de la Inspección.>>

TERCERO.- Lo dicho por la sentencia a la que nos acabamos de referir, debe ponerse en relación con lo que recoge la *Orden de Investigación* que es objeto de impugnación en el presente recurso. Dicha Orden, recoge como fundamentación de su contenido las siguientes indicaciones:

<<Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de los componentes de revestimiento o moldeado duro para automóviles fabricados en España, consistente en un reparto de mercado e intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de dicho sector. De conformidad con la información disponible, determinadas empresas presentes en este mercado habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas al haber intercambiado información comercialmente sensible con el fin de no ofertar o presentar



deliberadamente oferta económica superior respecto de las adjudicaciones de los contratos ofertados por fabricantes de automóviles y repartirse dicho mercado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), está prohibido todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular y entre otros, los que consistan en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, o el reparto del mercado.

Para la debida aplicación de la LDC, el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), establece que el personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) debidamente autorizado por el DIRECTOR DE COMPETENCIA de la CNMC tiene la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias a las empresas y asociaciones de empresas, estando obligadas éstas a someterse a las inspecciones que el DIRECTOR DE COMPETENCIA de la CNMC haya autorizado.

Por todo ello, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 27 de la LCNMC, así como del artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), se adopta esta Orden de Investigación, por la que se autoriza a los siguientes funcionarios de la CNMC para proceder a una inspección en relación con las actuaciones que se tramitan

Tras identificar a los funcionarios que pueden llevar a efecto la Inspección y mencionar cuáles son sus facultades, se añade que: "El objeto de la presente inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de los componentes de revestimiento o moldeado duro para automóviles fabricados en España, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en el reparto de clientes en dicho mercado y el intercambio de información comercialmente sensible.

CUARTO.- Aunque desde el punto de vista temporal y lógico, la perfecta acomodación de la Orden de Investigación al ordenamiento jurídico es requisito imprescindible para la valoración de la corrección jurídica del Acta que se levantó, también es muy importante que hagamos referencia al contenido del Acta levantada al realizar la inspección y ello para valorar los términos en los que esta se produjo a la hora de determinar hasta qué punto se respetaron los derechos de la empresa ahora recurrente.

Debemos de considerar los siguientes apartados del Acta y que son relevantes a los efectos que ahora son objeto de análisis en esta Sentencia:

2.-La Jefe del Equipo de Inspección Sra. Modesta y el inspector Sr. Feliciano solicitan al entrar en dicha sede la presencia de D. Florencio, en su condición de directivo de la empresa al objeto de hacerle entrega de una notificación y se identifican como funcionarios de la CNMC.

3.- Se informa a los inspectores que el Sr. Florencio no se encuentra en la sede de la empresa y que les recibirá el Sr. Onesimo, Director de Recursos Humanos. Los inspectores se desplazan hasta el edificio indicado por la persona encargada del control de entrada.

4.- A las 9:50 horas les recibe D. Onesimo en su despacho, en su condición de FAE Spain HR Manager, donde los citados inspectores de la CNMC se identifican e informan al Sr. Onesimo que el objeto de la visita es la realización de una inspección en materia de competencia de las previstas en el artículo 27 de la LCNMC.

5.- Se informa a la empresa que la inspección se realiza en el marco de una información reservada de las previstas en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), sin que exista expediente sancionador incoado, cuyo fin es determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador.

6.- Le informan que, conforme a lo previsto tanto en la LCNMC como en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Competencia haya autorizado, y señalan de manera resumida las disposiciones legales relativas a las facultades de inspección de la CNMC y los efectos de una negativa u obstrucción de la función inspectora recogidas en las citadas Leyes, indicándose expresamente que la obstrucción por cualquier medio a la labor de inspección, entre las que se encuentra dilatar injustificadamente la entrada a la empresa y el comienzo de la inspección, puede ser sancionada con una multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa, de acuerdo con lo indicado en el artículo 62.2 de la LDC, al margen de su posible consideración como agravante de la multa que, en su caso, pueda imponérsele en el expediente sancionador que se tramite en materia de conductas prohibidas (artículo 64.2.d) de la LDC).



7.- A continuación, se indica a la empresa la posibilidad de ser asistidos en cualquier momento por letrado, ya sea interno o externo, de forma directa o a través de teléfono, aunque la presencia de un abogado no es una condición para la realización de la inspección, por lo que ésta comenzará de manera inmediata en el momento que de su consentimiento mediante la firma del correspondiente recibí, sin perjuicio de que el abogado se incorpore más tarde.

8.- En cualquier caso, y al objeto de no poner en riesgo la realización de la inspección, se le solicita que toda llamada telefónica que realice se lleve a cabo delante del personal inspector y que en las mismas se limite a informar a su abogado en relación con el objeto de la inspección y para pedir su asesoramiento.

9.- Se informa que Da Modesta, como Jefe del equipo inspector, resolverá y clarificará en la medida de lo posible cualquier cuestión, duda u observación que sobre la inspección pueda plantearse por parte de la empresa o sus abogados en relación con el desarrollo de la inspección o de las disposiciones legales aplicables.

10.- Los inspectores informan que la inspección ha sido ordenada mediante una Orden de Investigación de fecha 22 de febrero de 2016, expedida por el Director de Competencia de la CNMC, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la LCNMC.

(...)

14.- Transcurridos 15 minutos sin recibir respuesta por parte de la Central de FAURECIA, la Jefe del equipo inspector solicita al Sr. Onesimo que proceda a la firma del consentimiento para la realización de la inspección en su condición de directivo de la empresa y que facilite el inicio inmediato de las labores materiales de la inspección. Se informa igualmente al Sr. Onesimo sobre la importancia que tiene el rápido inicio de las inspecciones de competencia ante el riesgo de que pueda producirse cualquier actuación por parte de la entidad inspeccionada que ponga en riesgo la efectividad de la inspección, tales como la destrucción de documentos u otras actuaciones similares. Se reitera las consecuencias a que puede dar lugar la negativa a prestar su consentimiento para la realización de la inspección, a colaborar con el desarrollo de la misma y facilitar su inicio inmediato según lo previsto en la normativa vigente.

15.- Una vez informado del objeto y contenido de la Orden de Investigación, a las 10:26 horas, el Sr. Onesimo procede a firmar el recibí y conforme de la Orden de Investigación, prestando su consentimiento para la práctica de la inspección. Se informa al Sr. Onesimo que, como consta en la citada Orden, ésta puede ser recurrida en el plazo de diez días ante el Consejo de la CNMC.

QUINTO.- Sobre la base de todo lo anterior, en cuanto a la justificación de la Orden de Investigación, esta Sala tomando en consideración el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos reproducido más arriba, considera que su contenido es excesivamente genérico lo que tiene como consecuencia que no se protegen suficientemente los derechos de la parte ahora recurrente:

- Solo le informa del ámbito en el que se producen la Información Reservada: el mercado de los componentes de revestimiento y moldeado duro para automóviles sin que se haga más concreción.

- Se dice que se cree que se ha producido un determinado intercambio de información pero no se ofrece ninguna indicación de entre qué partes se ha producido dicho intercambio, ni cuál ha sido el medio para llevar a cabo el mismo ni cuál ha sido el objeto del mismo.

- Que tiene por objeto la unificación de las ofertas presentadas a los fabricantes de automóviles.

Estas indicaciones son claramente insuficientes en relación a lo dicho por la Sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de transcribir más arriba:

- Nada se indica sobre el objeto y finalidad de la inspección: ¿Que se busca?, ¿Cuál es la concreta conducta investigada?.

- No se aporta ningún dato concreto sobre la justificación de la entrada: nada se dice sobre las razones por la que se considera que en la sede de la empresa se van a encontrar datos o elementos que permitan la investigación iniciada.

- Nada se dice sobre las concretas razones que justifican la entrada.

- Tampoco se indica nada referente a la relación de la empresa con los hechos investigados: si consta que se han producido reuniones en las que ha intervenido algún representante de la empresa, si consta que se ha producido algún tipo de comunicación entre empresas en las que puede haber participado el recurrente ...

Desde un punto de vista formal, y también de contenido, debe entenderse que el contenido de la Orden (y, en su consecuencia del Acta que se levantó sobre la base de la Orden) son insuficientes y suponen una infracción

de los derechos reconocidos al recurrente en el artículo 18 de la Constitución ; ello es así porque tanto Acta como Orden deberían cumplir las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: indicar 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 la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

La sentencia dictada por esta Sala en el recurso 370/2015 llega a la siguiente conclusión para confirmar la actuación administrativa aun tomando en consideración lo dicho por la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso 1062/2017 (dictada con ocasión del nuevo recurso de casación)

"La necesaria mención que la STS de 31 de octubre de 2017 exige respecto de algún elemento que venga a vincular a la sociedad afectada con los hechos objeto de investigación y que justifique la autorización de entrada la encontramos en la mención a "la concurrencia concertada a las licitaciones públicas y a las convocatorias privadas, efectuadas por aquellos operadores que demandan estos servicios de transporte y manipulación de fondos (tanto entidades públicas como privadas) que, por sus necesidades requieren una división de la licitación por lotes (bien sea geográficos, bien por tipo de servicio). Asimismo, estas conductas colusorias de dichas empresas también pueden haberse extendido a los clientes que contratan con un único operador la prestación integral del servicio de transporte y manipulación de fondos".

En definitiva, apreciamos mayor precisión en el nivel de información y grado de motivación contenido en la orden que motiva estas actuaciones que el reproducido en la orden que fue objeto de enjuiciamiento por la STS de 31 de octubre de 2017 recurso nº 1062/2017 , ya que la orden individualiza la situación de la recurrente y las menciones que se contienen en la citada orden no son extrapolables a cualquier otra empresa investigada".

En el caso que nos ocupa, sin embargo, el contenido de la Orden de Investigación es excesivamente parco y no permite llegar a la misma conclusión confirmatoria de la actuación administrativa.

SEXTO.- La conclusión a la que hemos llegado hasta ahora se refuerza si la vinculamos con la doctrina que se puede extraer de la STC 54/2015 cuando reconoce el amparo en relación a una entrada domiciliaria; lo dicho por esta sentencia es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa en dos de sus Fundamentos Jurídicos, pero, especialmente aplicable al caso es lo que se dice en su Fundamento Jurídico Quinto cuando afirma que: "Ahora bien, en todos los casos, el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización injerente. Así, en el ámbito del derecho a la intimidad, hemos apreciado la vulneración de dicha garantía en los casos en que la actuación no se ajusta a los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la actuación que se realiza y el objetivo tolerado para el que fue recabado el consentimiento (en este sentido, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8 , y 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2)".

Por lo tanto, debemos concluir, aplicando la jurisprudencia constitucional que acabamos de mencionar, que en el caso presente no se respetaron los derechos de la empresa ahora recurrente y ello en atención al contenido excesivamente genérico de la Orden de Investigación lo que obligará a la estimación del presente recurso.

Por lo tanto, y como conclusión, en este caso, el simple hecho de la firma del consentimiento no puede servir para subsanar (a posteriori) la actuación administrativa llevada a cabo y ello por las razones que acabamos de exponer y que se concretan en la falta de motivación suficiente de la Orden de Investigación lo que supone una infracción injustificada de los derechos de la empresa ahora recurrente.

SÉPTIMO. - De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la administración demandada.

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. JAIME BRIONES MENDEZ, en nombre y en representación de **FAURECIA AUTOMOTIVE EXTERIORS ESPAÑA S.A.U.** contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de Junio de 2016 (Ex NUM000) por la que se desestima el recurso frente a la Orden de Investigación del Director de Competencia de 22 de febrero de 2016 se autorizó la inspección en la sede de la empresa FAURECIA AUTOMOTIVE EXTERIORS ESPAÑA (FAE), resolución que anulamos por ser contraria Derecho así como la Orden de investigación de la que trae causa.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, a la sentencia de 25 de julio de 2018 dictada en el recurso 404/16 de esta Sala y Sección (Faurecia Automotive Exteriors España SAU)..

Este voto particular es concurrente con la parte dispositiva de la sentencia recaída en este procedimiento, por lo que mi discrepancia radica en el fundamento de la decisión de estimar el recurso. Por ello muestro mi plena conformidad con la declaración de hechos y sus Fundamentos Jurídicos Primero a Cuarto.

La mayoría de la Sección estima que debe analizarse en primer lugar el contenido de la Orden de Investigación y verificar con arreglo a la misma si prestación del consentimiento para realizar la entrada domiciliaria por los agentes de la Administración se adoptó de forma libre, consciente y voluntaria.

En mi opinión esta práctica me parece imprescindible pero en una fase ulterior de las actuaciones inspectoras, extremo específicamente abordado por la STS de 15 de junio de 2015, recurso de casación nº 1407/2014 .

Los agentes de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 54/2015 FJ 6, con carácter previo a todo acto, deben informar al representante de la empresa inspeccionada sobre el objeto de la visita y del derecho del inspeccionado a oponerse a la entrada domiciliaria en el supuesto de que los agentes de la Administración no cuesten con un mandamiento judicial autorizando la entrada.

La omisión de esta obligación determina la violación del artículo 18 CE sin necesidad de entrar en el examen de la motivación de la Orden de Investigación.

Estimo que esta discrepancia es lo suficientemente relevante para justificar el voto particular, pues afecta de manera muy relevante a la posición que debe mantener, en mi opinión este Tribunal respecto del control de las entradas domiciliarias.

PRIMERO : Valor de las sentencias del Tribunal Constitucional

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5. 1 de la Ley 6/1985 de 1 de julio Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), " La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

SEGUNDO: La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2015 , STC 54//2015 . Recurso de amparo.

La sentencia de la que discrepo, en mi opinión, se aparta del mandato del artículo 5.1 de la LOPJ , pues solo toma en consideración el FJ Quinto de la STC 54/2015 , sin advertir que es el FJ Sexto en el que se fija la doctrina ponderando todos los elementos y subordinando el examen de la prestación del consentimiento a la previa información de derechos al administrado.

La mención al FJ Sexto de la STC 54/2015 es, en mi opinión, esencial para la resolución de este caso, pues delimita el contenido esencial del artículo 18 de la Constitución Española .

I.Supuesto de hecho de la STC 54/2015 :

-Los funcionarios de la Hacienda Tributaria de Navarra iniciaron las actuaciones de comprobación e investigación de las declaraciones tributarias de una pequeña empresa en su domicilio. Fueron acompañados de un agente de la Policía Foral y portaron una autorización administrativa que les habilitaba para ello y que no fue necesario exhibir, puesto que el acceso y posterior registro les fue facilitado por los socios administradores habilitados para ello por ostentar la representación legal de la sociedad.

-En ningún momento informaron a los socios administradores del derecho que les asistía a oponerse a la entrada. Dichos socios mostraron finalmente su desacuerdo respecto de la forma como se había realizado las actuaciones de investigación, aunque, sin género de dudas, autorizaron la entrada.

-Los arts. 131.2 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre , General Tributaria de Navarra, y 40.4 del Reglamento de inspección tributaria de la Administración de Navarra, aprobado por Decreto Foral 152/2001,



de 11 de junio, establecen la obligación para los funcionarios de la inspección que recaben el consentimiento del interesado para realizar entradas domiciliarias, "advirtiéndole de sus derechos".

II.El Tribunal Constitucional concedió el amparo con el razonamiento que se sintetiza en el FJ Sexto de la sentencia que se transcribe a continuación:

"Tal como se ha expresado anteriormente, *la entrada en las dependencias de la empresa se hizo sin advertencia de derechos al interesado*, por lo que, en el contexto de esa normativa, los funcionarios actuantes no podían considerar que la falta de oposición del obligado tributario fuera suficiente, pues su Reglamento de actuación les obligaba a despejar toda duda mediante *la instrucción de derechos al interesado, advirtiéndole de la posibilidad de oponerse a la entrada en el domicilio para llevar a cabo la actuación inspectora*.

Junto a ello, también ha de tenerse en cuenta que los actuarios portaban una autorización administrativa para la entrada que no fue necesario exhibir al ser facilitado el acceso por los socios administradores. Este dato es relevante en este caso, pues *la advertencia de derechos lógicamente debía incluir este dato, esto es, que portaban una autorización administrativa para el caso de negativa u oposición del obligado tributario, lo cual nos sitúa en una hipótesis de información manifiestamente insuficiente para recabar el consentimiento*, pues la autorización administrativa en modo alguno habilita la entrada en los espacios físicos que constituyen el domicilio de la persona jurídica objeto de protección constitucional.

En consecuencia, apreciamos en este caso una quiebra esencial de la garantía de información para recabar consentimiento del interesado, que de esta forma resulta viciado, de lo que se concluye que no hay un consentimiento eficaz para justificar la intromisión domiciliaria en el supuesto contemplado y ello determina la apreciación de la lesión del art. 18.2 CE por la entrada en el domicilio social del día 21 de junio de 2006".

III.Aplicación al presente caso:

Al igual que lo ocurrido en la STC 54/2015 nos encontramos en una situación en la que el representante de la empresa autoriza la entrada domiciliaria, sin haber sido antes instruido por los agentes de la autoridad del derecho que le asistía de oponerse a la entrada dado que dichos agentes no contaban con un mandamiento judicial de entrada.

La consecuencia de ello es que la violación del artículo 18 CE se produce por ese motivo siendo superfluo el análisis de la motivación de la Orden.

El Tribunal Constitucional es muy explícito al señalar que primero debe verificarse si existió información del derecho a oponerse y luego examinar la motivación de la Orden, pues en caso contrario podría darse lugar a validar la entrada si se acepta que la Orden de Investigación estaba motivada.

El artículo 35 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable de modo supletorio a este caso por razones temporales refiere los derechos de los ciudadanos ante la Administración y en concreto el apartado g) "A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar" y el apartado i) "A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones".

Existe pues, al igual que en la STC 54/2005 una obligación legal impuesta a los agentes de la Administración a informar a los ciudadanos de sus derechos, obligación que torna especialmente exigente cuando está en juego la limitación de un derecho fundamental.

En mi opinión, el recurso debió ser estimado por no haber informado al recurrente de sus derechos, dejando al margen el examen del contenido de la Orden de Investigación.

IV. Cambio de criterio por parte de la Audiencia Nacional

La obligada asunción de esta rigurosa doctrina dictada por el Tribunal Constitucional, que, aunque no lo menciona de forma explícita, parece claramente inspirada en la jurisprudencia del TEDH (sentencia de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini entre otras), que predicen las garantías del proceso penal a las sanciones administrativas más graves, implica un cambio de criterio en la posición mantenida hasta el presente por la Audiencia Nacional, que creo que debe hacerse explícito señalando el obligado seguimiento de la doctrina constitucional.

Madrid a 27 de julio de 2018

Fdo

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO



PUBLICACIÓN. - Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 27/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ