



Roj: **SAN 2986/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2986**

Id Cendoj: **28079230062016100261**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/07/2016**

Nº de Recurso: **136/2014**

Nº de Resolución: **298/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000136 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01792/2014

Demandante: D. Claudio , ALMENDRA Y MIEL SA Y CONFECTIONARY HOLDING SL

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil dieciséis.

VISTO , en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **136/2014** , seguido a instancia de **D. Claudio y las mercantiles Almendra y Miel SA y Confectionary Holding SL** , representados por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:



1. D. Claudio actúa en su propio nombre y en representación de las mercantiles Almendra y Miel SA y Confectionary Holding SL, bajo la misma unidad de dirección, por lo que desde este momento nos referiremos al conjunto de recurrentes como "la recurrente", salvo en lo que respecta al motivo de recurso personal del Sr. Claudio , al que nos referiremos por su apellido.
2. Mediante Orden de Investigación de fecha 25 de octubre de 2013, la CNC acordó una visita de inspección en la sede de las dos mercantiles reseñadas. El objeto de la inspección era recabar pruebas sobre una posible práctica anticompetitiva prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado y cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencias en el mercado de turrónes por parte de sus fabricantes, determinando a continuación las actuaciones concretas que pudieran realizarse.
3. Solicitada la correspondiente autorización judicial para efectuar la entrada en el domicilio social indicado, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de los de Alicante, mediante Auto de 31 de octubre de 2013 , no autorizó la entrada por el carácter abstracto y genérico de la petición formulada.
4. El 5 de noviembre de 2013, la Inspección de la CNC se constituye en los locales de la recurrente, le hace entrega de la Orden referida y le informa del objeto y contenido de la Orden de Investigación. La recurrente manifestó su consentimiento a la realización de la inspección, sin formular objeción de tipo alguno.
5. En el acta de la inspección se hizo constar, además de que la recurrente tuvo asesoría jurídica desde el primer instante, que se informó a los representantes de la empresa "que, como consta en la citada Orden ésta puede ser recurrida en el plazo de días ante el Consejo de la CNMC".
6. El 11 de diciembre de 2013, la recurrente pidió a la CNMC que se le informara de los recursos que cabían contra la el acta de inspección, órgano y plazo de interposición, respondiendo la Subdirectora de Cárteles y Clemencia de la DC el 13 de diciembre de 2013, que el recurso podía interponerse ante el Consejo de la CNMC en el plazo de diez días desde su notificación, lo que hizo el recurrente el 3 de enero de 2014 incorporando una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial. El recurso se dirigió contra la Orden de Investigación, el acta de la inspección y la comunicación de la Subdirectora de cárteles.
7. El 31 de enero de 2014, el Consejo de la CNMC dictó resolución inadmitiendo el recurso, por no concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 47 de la LDC . Se indicó que, el acta de inspección no es un documento unilateral de la Administración sujeto al artículo 58.2 Ley 30/1992 , sino un tipo de acto encuadrable en el artículo 13.4 del RDC, que la Orden de investigación contenía la información pertinente respecto de los recursos posibles contra la misma y finalmente, que la comunicación de la Subdirectora de cárteles era un acto de trámite no recurrible.

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Notificación defectuosa del acta de inspección y de la Orden de Investigación, causante de indefensión:

-Infracción del artículo 58.2 de la Ley 30/1992 , al no indicar ni la Orden ni el acta, el plazo para la interposición del recurso, defecto que no fue subsanado posteriormente y que causa indefensión con virtualidad anulatoria del acto recurrido. La Comunicación de la Subdirectora de cárteles es un acto de trámite causante de indefensión, por lo que también es recurrible.

2. Violación por la resolución recurrida de los derechos fundamentales de la recurrente. Derecho a la intimidad y a la libertad informática. Artículo 18.1. 2 y 3 CE :

-La actuación de la CNMC contravino lo dispuesto en el Auto de 31 de octubre de 2013 que no autorizó la entrada domiciliaria, pues efectuó un volcado genérico de los soportes informáticos del recurrente y en el acceso por los funcionarios de la CNMC a las instalaciones de la recurrente se intervino información confidencial y privada del Sr. Claudio , en concreto la contenida en su teléfono móvil, que era irrelevante para el esclarecimiento de lo investigado por la CNMC y cuyo acceso no estaba autorizado por la Orden de Investigación.

-Denuncia un exceso en la actuación de los Inspectores, en clara contravención con el Auto referido, que se extiende a la inviolabilidad del domicilio. La Orden de Investigación de 25 de octubre de 2013 no habilita a los inspectores a analizar conversaciones telefónicas y documentos gráficos contenidos en teléfonos móviles, como así se hizo.



-Además de que no se contó con mandato judicial para proceder a la entrada, se persuadió al recurrente para facilitar el acceso de los inspectores a los locales bajo la amenaza de la imposición de sanciones.

-La violación del derecho a la libertad informática se concreta en la falta de respeto al derecho del ciudadano de oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención, asistiendo al titular de los datos todas las facultades sobre su control (STC 11/1998 y 292/2000).

-El Sr. Claudio no autorizó que los datos incorporados en el teléfono móvil, que contenían información personal, fueran visionados por los inspectores en una sala anexa y sin su presencia, por lo que éste ha sufrido un perjuicio irreparable a los efectos del artículo 47 LDC . Resulta irrelevante que una vez visionada por los inspectores, dicha información no fuera incorporada al expediente administrativo.

3. El perjuicio ocasionado y la responsabilidad patrimonial que se reclama:

-La pretensión de reclamación de responsabilidad patrimonial puede acumularse a la anulatoria.

-Invoca los artículos 106 CE y 139 , 142.4 y 145.1 de la Ley 30/1992 , cifrando la reclamación en 12.000 euros.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado el día 8 de junio de 2016 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 31 de enero de 2014, dictada por el Consejo de la CNMC inadmitiendo el recurso interpuesto por el recurrente contra la Orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC de 25 de octubre de 2013, el acta de la subsiguiente inspección de 5 de noviembre de 2013 y la comunicación de la Subdirectora de cárteles de 13 de diciembre de 2013, aclaratoria del plazo y órgano ante el que interponer recursos administrativos contra las resoluciones precedentes.

La inadmisión del recurso se basó en la falta de concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), en orden a apreciar un perjuicio irreparable sufrido por el recurrente y vinculado a la actuación impugnada.

La CNMC indicó que el acta de inspección no es un documento unilateral de la Administración sujeto al artículo 58.2 Ley 30/1992 , sino un tipo de acto encuadrable en el artículo 13.4 del RDC, que la Orden de investigación contenía la información pertinente respecto de los recursos posibles contra la misma y finalmente, que la comunicación de la Subdirectora de cárteles era un acto de trámite no recurrible.

SEGUNDO: Con carácter previo al examen de los distintos motivos de recurso alegados por la recurrente , debemos referirnos en primer lugar a la observación realizada por el Abogado del Estado que califica el recurso administrativo interpuesto ante la CNMC y que da lugar a la resolución recurrida, como de extemporáneo.

No podemos compartir las tesis de la defensa del Estado en este punto, pues si bien la resolución recurrida realiza una disquisición sobre la temporaneidad de dicho recurso, recordando que la DC propuso dicha declaración, lo cierto es que en su FJ 3 final se pronuncia sobre el posible perjuicio irreparable causado a la recurrente por la actuación inspectora, así como sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, "independientemente de que el recurso sea extemporáneo como alega la DC, o esté dentro de plazo como estiman los recurrentes".

Por esta razón debemos concluir que la CNMC ofreció una respuesta de fondo sobre los motivos invocados sin pronunciarse sobre la extemporaneidad, concluyendo que no existió ni la indefensión denunciada ni perjuicio irreparable alguno. Por esta razón, nuestro pronunciamiento versará sobre dichos motivos, y ello a pesar de la declaración de inadmisión del recurso, conclusión que por las razones expuestas debemos considerar que se trata de un simple error de transcripción, ya que de acuerdo con los razonamientos de la resolución, debió ser desestimatorio.



Una segunda cuestión que debe precisarse es la relativa al objeto del recurso ya que son tres las resoluciones que combate la recurrente.

En nuestra opinión, el objeto del recurso se centra en la Orden de Investigación que es el único acto que reúne los requisitos para ser objeto de impugnación a la vista de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC y de ser la única actuación de las descritas con fuerza para restringir los derechos de la recurrente, pues el acta no produce efectos por sí misma al limitarse a describir el desarrollo de la inspección y la Comunicación de la Subdirectora de Cárteles es un mero acto de trámite aclaratorio del plazo para la interposición de recursos.

TERCERO: El primer motivo que plantea el recurso jurisdiccional se refiere a la eventual indefensión causada por la falta de información en el acta de la inspección sobre la posibilidad de interponer recurso contra la Orden de Investigación, el órgano ante el que podía hacerlo y los plazos establecidos para ello, con infracción del artículo 58.2 de la Ley 30/1992 .

No es ésta una cuestión que merezca un mayor desarrollo, pues basta la lectura de la Comunicación de la Subdirectora de Cárteles y Clemencia de 13 de diciembre de 2013 para constar que ninguna indefensión se le ha causado al recurrente por este motivo.

En el referido documento se le indica con toda claridad, que el recurso puede interponerse contra la Orden de Investigación, ante el Consejo de la CNMC, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de los actos impugnados, lo que tuvo lugar el 5 de noviembre de 2013.

Aclarada esta cuestión, el hecho de que la Orden de Investigación misma no consignara la indicación de recursos, carece de relevancia a los efectos pretendidos. Esta irregularidad fue inmediatamente corregida al consignarse la misma en el acta y si bien ello se hizo de forma parcial, ya que se omitió el plazo de interposición, dicha irregularidad quedó válidamente subsanada por la Comunicación de referencia.

Debe destacarse que el recurrente interpuso el recurso y que este no fue inadmitido por su extemporaneidad, razón por la que ninguna indefensión se le causó por los hechos invocados en este apartado.

Además, la recurrente contó con asistencia jurídica de su confianza desde el primer momento y no consignó protesta alguna al firmar el acta, por lo que resulta imposible identificar qué tipo de indefensión material se le ha producido.

CUARTO: El segundo motivo de recurso se refiere a la violación de los derechos fundamentales que invoca, consagrados en los artículos 18.1 , 2 y 3 CE y que imputa a la actuación inspectora para lo que haremos una referencia general a la jurisprudencia europea pertinente.

La primera observación que debe realizarse a este respecto, es la de que la resolución recurrida ha aplicado como base legal de su decisión sancionatoria, el artículo 101 del TFUE , norma de Derecho primario de la Unión, cuya primacía y consiguiente efectividad en lo que respecta a su contenido sustantivo debe garantizarse por todos los operadores jurídicos nacionales (STJUE de 6 de junio de 2013 Asunto Donau Chemie C-536/11 , apartados 21 y ss), siempre que se respete el derecho de defensa que asiste a las empresas investigadas y su personal.

A estos efectos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del TUE , todos los poderes públicos nacionales deberán interpretar el precepto referido con arreglo a la jurisprudencia del TJUE. De este modo, la aplicación del Derecho de la Unión será uniforme en todo su territorio.

Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo doctrina reiterada, entre otras muchas por la STJUE de 26 de octubre de 2006 asunto C-168/05 , Mostaza Claro, apartado 21, "a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)".

Esta doctrina general, es también aplicable al Derecho de la Competencia como recuerda el considerando 5 del Reglamento 1/2003, y reiterada jurisprudencia como la STJUE de 18 de junio de 2013, asunto C- 681/11 , Schenker.

Por otra parte debe recordarse la doctrina de la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C- 399/11 , Melloni, apartados 59 y ss, que establecen la doctrina de que la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado, sin que frente a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión conforme con la



Carta, pueda oponerse una interpretación nacional de los derechos fundamentales en juego de carácter más protector que el establecido por los órganos de la Unión.

La sentencia del Tribunal de Justicia el 18 de junio de 2015, en el asunto C-583/13 P, Deutsche Bahn, apartados 18 a 36, confirmatoria en este punto de la dictada por el Tribunal General el 6 de septiembre de 2013 recurso T-289/11, constituye junto con la STJUE de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, Nexans, los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia sobre la materia que por lo esencial reiteran la doctrina anterior.

La primera de las Sentencias citadas, al igual de lo que ocurre en este caso, se refiere a un supuesto en el que no se contó con mandamiento judicial de entrada, el representante de la empresa investigada facilitó la entrada a la inspección de la autoridad de competencia y cooperó con la misma contando con asistencia letrada de su elección durante la inspección.

Su doctrina puede sistematizarse en los siguientes extremos:

1. La protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio prevista en el artículo 8 de la CEDH puede extenderse a los locales comerciales y sedes sociales de empresas, pero en estos casos la injerencia pública puede ir más lejos que en otros supuestos (cita la STEDH Niemitz de 16 de diciembre de 1992 y Bernh Larsen de 14 de marzo de 2013).
2. La falta de autorización judicial previa, en los supuestos en los que las legislaciones nacionales no la imponen, no puede implicar, como tal, que la medida de inspección sea ilegal, pues dicha falta de autorización previa puede contrarrestarse por la existencia de un control judicial a posteriori que se realiza tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho (con cita las SSTEDH de 15 de febrero de 2011, Harju y Heino v. Finlandia).
3. La protección frente a injerencias arbitrarias de los poderes públicos requiere un marco legal y unos límites estrictos, estimando adecuadas las cinco garantías que estableció el Tribunal General en la Sentencia de instancia: a) motivación de la decisión de inspección, b) límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección, c) imposibilidad de que la Comisión imponga la inspección por la fuerza, d) intervención de las autoridades nacionales y e) la existencia de vías de recurso a posteriori.
4. Finalmente, el Tribunal de Justicia asume plenamente el minucioso examen que el Tribunal General realizó en relación a la forma en que se ejecutó la inspección en se caso y concluye asumiendo la doctrina de la STEDH de 16 de abril de 2002, asunto Colas Est v. Francia, recaída también en un supuesto en el que la legislación nacional no imponía la necesidad de contar con autorización judicial. En su apartado 49, el TEDH subrayó que para evaluar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio hay que tomar en consideración todas las circunstancias que concurrieron en la entrada domiciliaria, como las facultades de que gozaba la inspección, las garantías ofrecidas al investigado, y fundamentalmente la existencia de un control judicial pleno a posteriori. En el mismo sentido se pronunció el Abogado General Wahl en sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia, apartado 34.

Resulta necesario precisar que la Sentencia del Tribunal de Justicia declara la adecuación del sistema de inspecciones que realiza la Comisión Europea con apoyo legal en el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 y no se refiere de forma directa, por lo tanto, a las actuaciones de las Autoridades Nacionales de Competencia, que en estas materias procedimentales gozan de autonomía, como se indica en el considerando y artículo 5 del citado Reglamento, siempre que su actuación no contravenga los principios del Derecho de la Unión.

Es precisamente esta última frase la que justifica la toma en consideración en el presente caso de la jurisprudencia reseñada, pues no podemos olvidar que la CNMC al imponer la sanción aplicó el artículo 101 del TFUE, lo que obliga al juez nacional a velar por su efectividad a la luz de la jurisprudencia del TJUE mencionada.

QUINTO: La legislación española y la jurisprudencia constitucional lo refrenda, protege la inviolabilidad del domicilio social de las empresas por lo que en caso de oposición de su titular los inspectores de la CNMC necesitarán autorización judicial para proceder a la entrada, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse a la entidad en caso de oponerse a la inspección.

De lo anterior se desprende que el titular o representante de la entidad inspeccionada tiene la opción, bien de franquear libremente la entrada de los inspectores en el domicilio sin necesidad de que se le presente mandamiento judicial alguno, o bien oponerse a la misma exigiendo la presentación de la autorización judicial.

De esta forma, el tratamiento que debe darse a los supuestos como el presente, en el que el titular del establecimiento permite a los inspectores la entrada sin mandamiento judicial, se asimila a los casos antes mencionados en los que la legislación nacional de algún concreto Estado no contempla la necesidad de contar con mandamiento judicial para que la Autoridad de Competencia proceda a la entrada en el domicilio social.

Llegados a ese punto, no podemos compartir las alegaciones de la recurrente en el sentido de que si bien otorgó el consentimiento para la entrada de los inspectores, éste estaba viciado, al no haber sido informado por éstos de que el Juez de lo contencioso-administrativo había denegado la autorización de entrada por Auto de 31 de octubre de 2013 .

Alega la recurrente que dicho Auto destaca el carácter desproporcionado de la autorización solicitada, dado el carácter genérico y abstracto de la solicitud por la que se pretendía el acceso a toda la información existente en la empresa, incluyendo un volcado genérico de los archivos informáticos.

La queja de la recurrente destaca que el consentimiento prestado por investigado para acceder a su domicilio social tiene que ser previo y expreso, es decir, debe prestarse con plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se pide autorización, lo que, afirma, no puede afirmarse en el presente caso. Denuncia que la omisión del dato mencionado es particularmente relevante y resulta contraria los principios de lealtad y buena fe, y por ello, causante de un vicio de nulidad radical en su consentimiento asimilable a los supuestos contemplados en el artículo 1265 del CC .

Los argumentos de la recurrente no pueden ser compartidos por las siguientes razones:

1º. La recurrente, que es la titular del derecho invocado, contó con asistencia letrada de su elección desde el primer momento y sólo después de haber consultado con su abogado y haberle transmitido el contenido de la Orden de Investigación, prestó su consentimiento, sin que conste que se haya realizado sobre el mismo presión de tipo alguno.

2º. El consentimiento para entrar y realizar la inspección se prestó de forma expresa, como se infiere claramente del documento de autorización de entrada incorporado al expediente, sin que se haya hecho constar observación o protesta alguna. Tal y como se indica en dicho documento la autorización se produjo a las 10h 05 min. del día 5 de noviembre de 2013, es decir, con carácter previo al inicio de la inspección que se inició inmediatamente después.

3º. La comunicación previa al recurrente del Auto denegatorio de la entrada es irrelevante, porque las razones por las que el Juez denegó la entrada pueden haberse corregido con posterioridad. De acuerdo con la jurisprudencia expuesta y en este mismo sentido se pronunció el TS en la STS de 10-12-14, recurso de casación nº 4201/2011 , FJ 5 asunto Unesa, la legalidad de la entrada y las actuaciones desarrolladas por la inspección deben ser enjuiciadas, de forma plena, no por el juez que autoriza la entrada, sino por el juez que conoce de la impugnación de la Orden misma.

4º. No ha existido vulneración del principio de buena fe o engaño al recurrente por parte de la inspección, pues en ningún momento se le dio a entender que se contaba con dicha autorización o que podía obtenerse rápidamente. Simplemente no se hizo mención a la misma y no existe obligación legal alguna de realizar dicha comunicación al inspeccionado que sí la tiene de soportar la inspección (artículo 27.3 Ley 3/2013 de creación de la CNMC).

Por otra parte, el hecho de informarle de las sanciones que pudieran imponérsele en caso de no someterse a la inspección no puede calificarse como amenaza o intimidación, ya que se trata de una medida coercitiva, legalmente prevista (artículo 62. 2 d) LDC), cuya finalidad legítima es precisamente reconducir la voluntad del inspeccionado y fomentar que facilite la labor inspectora.

5º. En estas circunstancias y a la vista de la doctrina del TEDH expuesta (Sentencia Niemitz antes citada, y la STEDH de 14 de marzo de 2013, asunto Bernh Larsen), asumidas por el TJUE (Sentencia Deutsche Bahn), sobre el menor grado de protección que debe dispensarse a la entrada en sedes sociales respecto de domicilios privados puesta en relación con el principio de efectividad aplicado al artículo 101 TFUE , debe concluirse que la omisión denunciada carece de peso específico y relevancia a los efectos pretendidos.

Finalmente y antes de proceder al examen de la cuestión relativa a la eventual indefensión o perjuicio irreparable causada a los recurrentes por las actuaciones de la inspección, procede resaltar el contraste entre la legislación nacional española y lo dispuesto en el artículo 20.8 del Reglamento 1/2003 .

Este último precepto no permite al juez nacional que verifica la proporcionalidad de la entrada de la inspección denegar la autorización de entrada, ni pedir la información que conste en el expediente de la Comisión. Todo ello, sin perjuicio de que pueda pedir a la Comisión informaciones detalladas sobre los motivos que justifican la petición y del control final y pleno por el Tribunal de Justicia sobre la legalidad de la entrada.

Esta dispar regulación, que permite al juez español denegar la autorización de entrada, conduce a la siguiente paradoja que debería ser aclarada por el legislador:

Bajo la legislación española, un juez ante una petición de entrada domiciliaria formulada por la CNMC para perseguir conductas prohibidas por el artículo 101 TFUE, está facultado para denegarla o autorizarla, sin perjuicio de que sea el tribunal sentenciador el que se pronuncie definitivamente sobre la legalidad de la entrada y las actuaciones subsiguientes.

Sin embargo, si es la Comisión Europea quien realiza la misma petición y con el mismo fin y base legal, el mismo juez español carece de facultades para denegar la entrada y a lo sumo podrá pedir explicaciones detalladas sobre su justificación, sin perjuicio del control final sobre la misma del Tribunal de Justicia

SEXTO: De acuerdo con lo expuesto, procede realizar a continuación un análisis en profundidad de la actuación inspectora de la CNMC siguiendo las pautas señaladas por el Tribunal General en la sentencia *Deutsche Bank*:

1º. Motivación y justificación de la Orden de investigación:

La CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Para entender cumplida esta obligación, la Orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar 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 autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material, y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas, salvo la relativa a la indicación de recursos, pero esta irregularidad no causó indefensión material alguna tal y como con detalle se desarrolla en el FJ Tercero de esta Sentencia.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de determinadas actuaciones restrictivas de la competencia y si los acuerdos se llevaron a la práctica), los sujetos investigados (las sociedades Almendra y Miel SA y Confectionary Holding SL); se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos) que no es sino la transcripción del artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se indicó la fecha de inicio (5 de noviembre de 2013), y su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado del turrón y también el geográfico al referirse a todo el territorio nacional, definiciones precisas y suficientes en ambos casos. Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características



como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y reparto de mercado. Son descripciones precisas y suficientes en este estado de la investigación, pues según consta se trata de empresas que fabrican y comercializan esencialmente turrónes, sin que conste la existencia en su seno de sectores diferenciados de actividad.

Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a "cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencia", extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las dos conductas referidas.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios del turrón y reparto de su mercado nacional, en los que las empresas inspeccionadas tenían una participación activa, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer.

El TS en la STS de 16 de enero de 2015, recurso de casación nº 5447/11 FJ 2, se pronunció ante una Orden de Investigación de características muy similares a las del presente caso declarándola ajustada a derecho, si bien censurando el carácter un tanto general de su redacción.

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida.

2º. Límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección.

El desarrollo de la inspección ha evidenciado el cumplimiento de los siguientes extremos:

a) Se han excluido del ámbito de la investigación los documentos privados no relacionados con la actividad de la empresa.

Una puntualización resulta necesaria antes de examinar este recurso y ello, aunque la misma sea evidente: para poder decidir si un determinado documento debe incorporarse o no al expediente, la inspección debe examinar el conjunto de los documentos inicialmente incautados, por lo que su visión, aún somera, no puede considerarse una infracción del derecho a la intimidad o privacidad, ya que sin ese análisis y descartar inicial, una inspección eficaz no sería posible.

Según se desprende del acta de la inspección (apartado 21 y ss), la inspección procedió correctamente al solicitar en una primera fase la cooperación del personal de las empresas para proceder al descarte de elementos privados ajenos a las investigaciones.

Contrariamente a lo que afirma el recurrente, Sr. Claudio, la Orden de Investigación sí permitía a los inspectores el acceso a la inspección de agendas físicas y electrónicas de los empleados de las empresas, lo que incluye los teléfonos móviles. Afirma el Sr. Claudio que los inspectores le requisaron su teléfono móvil y que, sin su autorización, fueron visionados sus contenidos privados por los inspectores (en concreto determinadas fotografías en las que aparecía desnudo), en una sala anexa sin su presencia.

Esta afirmación, no está avalada por prueba alguna y contradice frontalmente el contenido del acta, que el recurrente, con asistencia jurídica de su elección, firmó sin consignar protesta alguna o mención a este hecho.

En efecto, en el apartado 28 y ss del acta se indica que en el despacho del Sr. Claudio y en su presencia, se procedió a una primera inspección de documentos y con carácter previo a ello se le preguntó por aquellos de contenido personal o protegidos por la confidencialidad de abogado-cliente.

Una vez descartados este tipo de documentos, se procedió al examen de los restantes, efectivamente, en una sala aparte sin la presencia de los empleados de las empresas.

El recurrente extiende su queja al examen por los inspectores de conversaciones telefónicas grabadas en su teléfono móvil como archivos digitales, cubiertos por la Orden de Investigación. Nuevamente sin prueba alguna y sin consignar protesta en el acta, el Sr. Claudio insiste en la vulneración de sus derechos, pero admitiendo que dichos documentos no fueron incorporados al expediente.

Por las mismas razones no puede entenderse vulnerado su derecho a la libertad informática, pues no sólo no consta que se ignorase su derecho a oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención, sino que expresamente reconoce el recurrente que ninguno de los documentos a que se refiere, fue incorporado al expediente.

En atención a lo expuesto, este tribunal concluye que la CNMC no vulneró la privacidad del recurrente.

b) La Inspección respetó los límites que la normativa y jurisprudencia impone a su actuación:



-La recurrente, pudo contar con asistencia jurídica de su elección desde antes incluso del inicio de la inspección.

-En ningún caso consta que la inspección impusiera a los representantes de las empresas investigadas obligaciones que van más allá del deber de cooperación, como lo sería el reconocimiento de la existencia de la infracción.

-Por otra parte, la inspección facilitó a los representantes de las empresas notas metodológicas sobre la manera en la que se iban a desarrollar las distintas fases de la inspección, tal y como consta en el apartado 21 y ss del acta. Estas notas permiten a la empresa valorar los límites de su deber de colaboración, ya que precisan la actuación inspectora.

3º. Los medios con que cuenta la inspección no son desproporcionados o excesivos, ni puede imponer la inspección por la fuerza:

-No puede forzar el acceso a los locales, ni compeler a los responsables de las empresas a hacerlo, ni iniciar registros sin mandamiento judicial o autorización expresa de los representantes de las empresas, extremos todos ellos respetados en este caso.

-Frente a la actuación de la inspección, las empresas investigadas pueden hacer constar aquellas irregularidades que aprecien en su actuación y preservar pruebas en ese sentido, facultad que la recurrente, a pesar de sus manifestaciones, no utilizó.

-La inspección debe conceder a la empresa un plazo breve pero razonable para que se ponga en contacto con sus servicios jurídicos y analice la Orden de Investigación, lo que también ha ocurrido en este caso. Dichos servicios jurídicos pueden estar presentes durante el desarrollo de la inspección y ser consultados antes de realizar copias, colocar precintos o pedir explicaciones, lo que no consta que se haya impedido a la recurrente.

-El mecanismo de sancionar sólo puede utilizarse en caso de obstrucción evidente, lo que no ha ocurrido en este caso ya que las empresas colaboraron plenamente.

4º. Intervención de las autoridades nacionales en caso de oposición:

Este requisito no es examinado ya que sólo opera cuando es la Comisión Europea la que ordena la inspección.

5º. La existencia de una protección jurisdiccional a posteriori, que se manifiesta en los siguientes extremos:

-La existencia de un control completo sobre los hechos y el derecho aplicado a cargo del tribunal correspondiente, en este caso la Audiencia Nacional y eventualmente un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, derecho que la recurrente ha ejercitado y que da lugar a la presente sentencia.

-La posibilidad de suspender el curso de la inspección mediante la petición de las correspondientes medidas cautelares.

-La eventual petición de responsabilidad patrimonial extracontractual a la Administración, por causa de los perjuicios causados.

Así las cosas, debemos concluir que la actuación inspectora se desarrolló con arreglo a la legalidad y que ninguno de los derechos fundamentales invocados por los recurrentes ha sido vulnerado.

Por lo tanto, no ha lugar a pronunciarse sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente, sin perjuicio de dejar constancia al respecto de que tampoco se siguió el procedimiento legalmente establecido para ello. Este es el señalado por el artículo 142 de la Ley 30/1992 .

En consecuencia con lo expuesto, procede declarar la desestimación del recurso interpuesto.

SÉPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

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 21/07/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ