



Roj: **SAN 2191/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2191**

Id Cendoj: **28079230062018100262**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/05/2018**

Nº de Recurso: **370/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000370 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03528/2015

Demandante: PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA Y SU FILIAL "PROSEGUR ESPAÑA SL"

Procurador: D^a CAROLINA PÉREZ-SAUQUILLO PELAYO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA **Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil dieciocho.

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 n.º **370/2015**, seguido a instancia de la mercantil **Prosegur Compañía de Seguridad SA y su filial "Prosegur España SL"**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Carolina Pérez- Sauquillo Pelayo, 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 se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO



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

1. Mediante Orden de Investigación de fecha 4 de febrero de 2015, expedida por el Director de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), se acordó una visita de inspección en la sede de las mercantiles reseñadas.
2. El objeto de la inspección era recabar pruebas sobre una posible práctica anticompetitiva prevista en los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 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. El 10 de febrero de 2015, a las 9,30 horas se personaron los inspectores en la sede de la recurrente, le hicieron entrega de la Orden referida y le informaron de su objeto y contenido.
4. Ante la ausencia en la sede del administrador único de las sociedades investigadas, solicitaron la autorización para iniciar el registro a D. Jose Miguel , miembro de la Asesoría Jurídica de la empresa que cuenta con poderes de representación de la empresa y a quien le reiteraron las informaciones referidas sobre el objeto y fin de la investigación y registro.
5. De forma expresa los inspectores le indicaron al representante de las empresas 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. También se le informó de su derecho a contar con la presencia de un abogado de su libre elección, contactando D. Jose Miguel con D^a Palmira , Jefe de la Asesoría Jurídica de la empresa
6. A las 10,29 horas se presenta la Sra. Palmira , jefe de la asesoría jurídica de la empresa, y un abogado externo de la empresa ante las inspectoras. Una vez informados del objeto y contenido de la Orden de Investigación, y antes de la firma del conforme/recibí de la orden, el abogado externo preguntó a la Jefe de equipo si disponía de auto judicial de autorización de entrada en la empresa. La Jefe de equipo le respondió que la solicitud del auto estaba contemplada en la LDC para casos de oposición. El abogado externo reiteró su pregunta y la Jefe de equipo reiteró su respuesta. Finalmente, el abogado externo requirió a la Jefe de equipo que le dijera si le iba a dar respuesta a si tenía o no tenía Auto. La Jefe de equipo le respondió que no.
7. En estas circunstancias, el abogado externo comentó que quería hablar con su cliente antes de firmar el conforme con la Orden de Investigación y se retiró con la Sra. Palmira . fuera de la sala.
8. De regreso a la sala, a las 10,40 horas, D^a Palmira . procedió a firmar el recibí y conforme de la Orden de Investigación, accediendo a la práctica de la inspección. Se informó a los representantes de la empresa que, como consta en la citada Orden, ésta podía ser recurrida en el plazo de diez días ante el Consejo de la CNMC.
9. Interpuesto el citado recurso, fue desestimado por resolución del Consejo de la CNMC de fecha 9 de abril de 2015.

SEGUNDO: Po r 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. La Orden de Investigación recurrida no contenía información para la recurrente sobre sus derechos constitucionales en relación con la inviolabilidad del domicilio:

-Infracción del artículo 18.2 de la CE , según la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia constitucional coincidente con la del TEDH y la legislación española: artículo 96.3 de la Ley 30/1992 y 27.2 y 4 de la Ley 3/2013 .

-Se da por supuesto el derecho de la CNMC a entrar en el mismo y se informa a la recurrente de que, en caso de oponerse, se le impondrán sanciones.

-Tampoco hay mención sobre el ámbito temporal de las conductas investigadas, ni un análisis de proporcionalidad sobre medidas alternativas, habida cuenta el carácter excepcional de la entrada domiciliaria.

2. Infracción del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 :



-Es erróneo equiparar la negativa a someterse a una entrada domiciliaria con la obstrucción a la acción inspectora.

-La Orden de Investigación está redactada en términos imperativos y coactivos sin informar a la recurrente de sus derechos y más en concreto del derecho a la oposición a la entrada contenido en el artículo 27.4 de la Ley 3/2013 .

-El ejercicio de un derecho constitucional como es la inviolabilidad del domicilio no puede implicar la comisión de una infracción administrativa.

-La correcta interpretación de los preceptos mencionados debe facilitar una situación en la que la empresa pueda oponerse a la entrada domiciliario basada en una simple Orden de Investigación si con la misma no se aporta un auto judicial de autorización de la entrada. Las sanciones sólo serán procedentes en el caso de que se obstruyera la entrada a pesar de estar judicialmente autorizada.

3. La negativa a informar sobre si se disponía o no de auto judicial autorizando la entrada es contraria a la lealtad, buena fe y transparencia en la actuación inspectora:

-El consentimiento prestado por la recurrente estaba viciado ya que no contaba con el elemento esencial de saber si un juez había autorizado la entrada o no.

-Invoca la STS de 15 de junio de 2015, recurso 1407/2014 , en este mismo sentido.

4. Falta de motivación de orden de investigación y de la resolución recurrida sobre la justificación de la entrada en el domicilio de la recurrente:

-Invoca la STC 146/2006 que fija los requisitos mínimos que deben concurrir en un mandamiento de entrada domiciliaria. También la jurisprudencia del TJUE (Hoescht, Dow Chemical y Roquette Frères) y la STS de 10 de diciembre de 2014 (Unesa).

-La orden de investigación, que es independiente del auto judicial de entrada, debe demostrar la existencia de indicios de una conducta prohibida, acreditar la necesidad de la intervención y asegurar su proporcionalidad.

-La orden de investigación contiene una fundamentación genérica y estereotipada válida para cualquier caso sin justificar la concreta necesidad de entrada en el presente supuesto

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 10 de enero de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta se pospuso hasta el día 9 de mayo siguiente, fecha en la que las actuaciones descritas tuvieron lugar.

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 9 de abril de 2015, dictada por el Consejo de la CNMC, desestimando el recurso interpuesto por el recurrente contra la Orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC de 4 de febrero de 2015 y las actuaciones de investigación subsiguientes que tuvieron lugar en la sede de las empresas recurrentes.

Son dos las cuestiones jurídicas que se plantean respecto de la validez de los actos impugnados:

Por una parte, la compatibilidad con el artículo 18 de la Constitución Española que garantiza la inviolabilidad de domicilio con la actuación de la CNMC que procedió a recabar el consentimiento de las recurrentes para realizar una inspección domiciliaria sin informarles del derecho a oponerse a la misma, salvo que existiera autorización judicial de entrada.

Por otra parte, se cuestiona la fundamentación de la Orden de Investigación en orden a justificar la necesidad de la entrada, destacando su falta de concreción.

SEGUNDO: En relación a la primera de las cuestiones planteadas, la solución que daba darse al presente caso está condicionada por la interpretación y aplicación de dos relativamente recientes sentencias del Tribunal Constitucional y Supremo respectivamente.



1. La STC 54//2015 de 16 de marzo . Recurso de amparo

Supuesto de hecho:

- a) 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.
- b) 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.
- c) 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, que establecen la obligación de que los funcionarios de la inspección recaben el consentimiento del interesado "advirtiéndole de sus derechos".

Decisión: 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".

2. La STS de 15 de junio de 20156, recurso de casación nº 1407/2014 , invocada por la recurrente.

-Supuesto de hecho

- a) En el curso de un expediente sancionador, la CNC solicitó una autorización judicial para realizar una inspección y registro en la sede de una empresa. Dicha autorización fue denegada, no obstante lo cual los Inspectores de la CNC se presentaron en la sede de la empresa para llevar a cabo la inspección sin recabar el consentimiento previo y expreso de la empresa para realizarla ni advertirle de la anterior denegación de la entrada por el Juzgado.
- b) En el curso de la inspección los administradores de la empresa facilitaron a los inspectores su laborar y les prestaron la colaboración requerida.

- De cisión: El TS declaró la existencia de infracción violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio. F.J. Quinto de la sentencia.

- a)"Si se opta por instar el consentimiento del empresario afectado, bien sin previa solicitud judicial bien previa solicitud infructuosa, lo que en todo caso resulta necesario es que el consentimiento de este se proporcione con plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se le pide autorización".
- b) "El consentimiento para facilitar la entrada a la sede empresarial debe ser previo y expreso".
- c) "Para que el derecho de oposición a la inspección del investigado sea funcional y eficaz, es imprescindible que al sometido a inspección se le facilite, con carácter previo a la obtención del consentimiento, información suficiente sobre las características de la infracción objeto de sospecha y sobre el modo en que la empresa inspeccionada está implicada en ella; pero también es necesario que se le faciliten otros datos que -reiteramos- sin llegar a comprometer irreversiblemente el efecto útil de la actividad inspectora pretendida, resulten



relevantes, atendidas las circunstancias peculiares del caso, para formar su criterio sobre el consentimiento que se le pide".

d) "Las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y sí puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida".

e) En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo entendió que la falta de información a la empresa del hecho de que el juez había denegado la autorización de entrada su una infracción de los principios antes enunciados determinante de un vicio del consentimiento insubsanable, por lo que procedió a anular la actuación inspectora

TERCERO : La aplicación de esta jurisprudencia al presente caso nos conduce a la desestimación del presente motivo de recurso.

En efecto, en este momento es procedente recordar el contenido del acta de inspección y más concretamente sus apartados 16 y 17, que fueron transcritos en el antecedente de hecho Primero, 6 a 8 de esta sentencia y que se reproducen a continuación.

"6. A las 10,29 horas se presenta la Sra. Palmira , jefe de la asesoría jurídica de la empresa, y un abogado externo de la empresa ante las inspectoras. Una vez informados del objeto y contenido de la Orden de Investigación, y antes de la firma del conforme/recibí de la orden, el abogado externo preguntó a la Jefe de equipo si disponía de auto judicial de autorización de entrada en la empresa. La Jefe de equipo le respondió que la solicitud del auto estaba contemplada en la LDC para casos de oposición. El abogado externo reiteró su pregunta y la Jefe de equipo reiteró su respuesta. Finalmente, el abogado externo requirió a la Jefe de equipo que le dijera si le iba a dar respuesta a si tenía o no tenía Auto. La Jefe de equipo le respondió que no.

7. En estas circunstancias, el abogado externo comentó que quería hablar con su cliente antes de firmar el conforme con la Orden de Investigación y se retiró con la Sra. Palmira . fuera de la sala.

8. De regreso a la sala, a las 10,40 horas, D^a Palmira . procedió a firmar el recibí y conforme de la Orden de Investigación, accediendo a la práctica de la inspección. Se informó a los representantes de la empresa que, como consta en la citada Orden, ésta podía ser recurrida en el plazo de diez días ante el Consejo de la CNMC".

El dato relevante que tomamos en consideración para fundar la desestimación de este motivo de recurso es el de que la representante de la empresa, que ostentaba la jefatura de su asesoría jurídica, prestó su consentimiento a la realización de la inspección con pleno conocimiento de sus derechos, a la vista de los hechos expuestos.

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.

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.

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 y, esencialmente condensan su doctrina en el respeto a cinco clases de garantías ofrecidas a las empresas afectadas en el marco de las inspecciones: a saber, en primer lugar, la motivación de las decisiones de inspección; en segundo lugar, los límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección; en tercer lugar, la imposibilidad de que la Comisión imponga la inspección por la fuerza; en cuarto lugar, la intervención de los órganos nacionales, y, en quinto lugar, la existencia de vías de recurso a posteriori.

Dicha jurisprudencia recae sobre la interpretación del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 sobre aplicación de las normas de competencia que en materia procedimental no es aplicable en el presente caso, pues debe respetarse la autonomía institucional de los Estados miembro. Sin embargo, no cabe duda de resulta un parámetro esencial de consideración, si tenemos en cuenta la obligación que incumbe al operador nacional de respetar los principios de efectividad y equivalencia.

En este sentido nos pronunciamos en la SAN de 8 de junio de 2016, rec. 136/2014 , asunto almendra y miel en la dijimos que "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".

El efecto útil de la inspección es pues, un elemento relevante que debe ponderarse juntamente con los derechos de defensa de la empresa investigada.

En la referida SAN de 8 de junio de 2016, rec. 136/2014 , analizábamos una orden de entrada en la que el grado de precisión en su fundamentación es similar a la que motiva estas actuaciones y resolvimos confirmar dicha intervención por entender que era respetuosa con la jurisprudencia del TJUE y TEDH citada en la misma, y particularmente con la STS de 16 de enero de 2015, recurso de casación nº 5447/11 FJ 2, que validó una actuación de la CNC prácticamente idéntica a la enjuiciada.

QUINTO : Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 2015, rec. 1292/2012 , ya advertía 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."

De entre toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, debe concederse especial relevancia a la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso nº 1062/2017 , dictada ya con arreglo al nuevo recurso de casación, pues se pronuncia en relación a la sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional del TSJ de Madrid, confirmatoria del auto dictado por un Juzgado de lo Contencioso-administrativo, denegatorio de una solicitud de entrada en domicilio pedida por la CNMC en un procedimiento de investigación.



Dicha sentencia se pronuncia sobre el contenido mínimo de estas órdenes de investigación, por el interés casacional que ello suscita y desde ese punto de vista y efectos debe ser inmediatamente asumida por los órganos jurisdiccionales de rango inferior, como lo es la Audiencia Nacional, que a la vista del contenido de dicha sentencia debe modificar el criterio mantenido hasta el momento.

En realidad la asunción del nuevo criterio no se refiere a los fundamentos y razonamientos en los que nos basamos en nuestras anteriores resoluciones, pues tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, asumen plenamente la jurisprudencia del TJUE que expresamente citan.

El elemento que varía entre el criterio seguido por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se refiere pues, al grado de concreción de los elementos fácticos que justifican la inspección, expresado en la orden de investigación.

La sentencia de 31 de octubre de 2017 recurso nº 1062/2017 , advierte que, en la solicitud de autorización que se inserta en una fase preliminar de la investigación, no cabe exigir datos de participación de la empresa afectada, de la operativa o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de los momentos preliminares de la investigación en los que precisamente a través de la entrada en el domicilio social se pretenden obtener datos que no se conocen o no están identificados.

Es decir, y en esto coincide con los planteamientos de la Audiencia Nacional, procura encontrar un equilibrio a la hora de determinar los elementos esenciales que debe contener la orden de investigación dictada en un momento temprano de la investigación y en el ámbito de una información reservada y la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio y lo encuentra exigiendo la necesidad de que la orden de investigación especifique algún elemento que vincule o relacione a la entidad afectada con el objeto de la investigación. La cuestión controvertida consiste en la identificación de ese elemento.

SEXTO : La STS de 31 de octubre de 2017, recurso nº 1062/2017 , en su FJ 6, concluye que en el caso que fue objeto de enjuiciamiento en dese recurso, la fundamentación de la orden de investigación era insuficiente para justificar la inmisión de los agentes de la CNMC en el domicilio de la empresa investigada.

Tras describir las menciones formales de la misma y el derecho supuestamente infringido, la sentencia se centra en el aspecto sustantivo de la motivación de la orden y lo transcribe, subrayando que obliga a la empresa investigada a 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».

EL TS concluye en el FJ 6 de su sentencia que:

"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...

...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".

Por esa razón, la sentencia del Tribunal Supremo concluye que la orden de investigación no cumple con las exigencias jurisprudencialmente impuestas en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que determina su nulidad, con las consecuencias que de ello se derivan.

SÉPTIMO: En el presente caso, la orden cuestionada, en lo que respecta a la motivación sustantiva que individualiza la necesidad de autorizar la entrada domiciliaria, señala lo siguiente: "Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información y documentación relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos, cuyo objeto sería el reparto de clientes y actividades y la fijación de precios u otras condiciones comerciales en el territorio español. Las empresas prestadoras de estos servicios deben hacer frente a distintos estadios dentro del proceso de transporte y manipulación de fondos, por lo que la citada actividad comprende el transporte, la custodia, clasificación y el depósito de dinero, títulos valores y otros objetos, que por su valor económico y las expectativas que generen o por su peligrosidad, puedan requerir protección especial".

Tras ello, la misma orden indica que "De conformidad con la información disponible, determinadas empresas prestadoras del servicio de transporte y manipulación de fondos con capacidad para operar en la integridad del territorio nacional, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el citado mercado al haberse puesto de acuerdo en la fijación de precios u otras condiciones comerciales y en el reparto de clientes y actividades.

La materialización de los citados acuerdos se podría haber hecho efectiva a través de 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".

Finalmente concluye afirmando que: "A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, 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 general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que por su naturaleza pudiera contribuir a la distorsión de la competencia en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica".

La información individualizada que contiene la orden se refiere, por un lado al acceso que la CNMC ha tenido "a determinada información relacionada con prácticas anticompetitivas" que relaciona, y por otro, a una posible realización de actuaciones contrarias los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC, que describe. Esta afirmación, ciertamente genérica se completa con la información siguiente.

En este sentido añade con precisión la descripción del mercado geográfico afectado, "el nacional" y el de producto "servicios de transporte y manipulación de fondos, cuyo objeto sería el reparto de clientes y actividades y la fijación de precios u otras condiciones comerciales en el territorio español, precisando las distintas fases o etapas del mismo".

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.

Por esta razón procede declarar la conformidad a derecho de la orden de investigación.

Dicha afirmación determina la desestimación del presente recurso.

OCTAVO: 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

FA LLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 24/05/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOP