



Roj: **SAN 2226/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2226**

Id Cendoj: **28079230062021100218**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/05/2021**

Nº de Recurso: **506/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000506 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04152/2017

Demandante: ALTADIS SA, ALTADIS CANARIAS S.A., IMPERIAL TOBACCO SPAIN S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, TABACALERA S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL

Procurador: D. JOSE LUIS GARCÍA GUARDIA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de mayo de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 506/17 promovido por el Procurador D. Jose Luis García Guardia, en nombre y representación de **ALTADIS, S.A., IMPERIAL TOBACCO SPAIN, S.L., TABACALERA, S.L. y ALTADIS CANARIAS, S.A.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la CNMC), de fecha 18 de mayo de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/021/17 ALTADIS. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo:

(a) Declare la nulidad de pleno derecho o anule la Resolución Impugnada y, en consecuencia, anule la Orden de Investigación y la Inspección, con la consiguiente obligación de la CNMC de dejar de acceder con carácter inmediato a los documentos copiados en la sede de las Recurrentes y con la devolución de los mismos sin dilación;

(b) Subsidiariamente, en caso de no concurrir las circunstancias que conlleven a estimar lo solicitado en la letra (a) anterior, que se declare la nulidad de pleno derecho o anule la Resolución Impugnada y se retrotraigan las actuaciones en el Expediente R/AJ/021/17, Altadis al momento procesal oportuno, ordenándose al Consejo de la CNMC que requiera a la Dirección de Competencia de la CNMC a aportar todos los antecedentes de la Inspección de manera que las Recurrentes y el Consejo de la CNMC tengan la oportunidad de valorarlos y tomarlos en consideración antes de que dicho organismo proceda a resolver de nuevo sobre el fondo del recurso planteado por las Recurrentes contra la Orden de Investigación y la Inspección; y

(c) En todo caso, y según lo expuesto en el Fundamento Jurídico-Procesal Quinto, se condene a la Administración demandada a correr con la totalidad de las costas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la LJCA, al haber dictado la Resolución Impugnada objeto del presente recurso con infracción manifiesta de las Leyes.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se concedió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 5 de mayo del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la CNMC), de fecha 18 de mayo de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/021/17 ALTADIS.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

" ÚNICO. - Desestimar el recurso interpuesto por IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A. (ALTADIS) contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo en la sede de dichas empresas".

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 15 de febrero de 2017 se autorizó la inspección en la sede de las empresas de ALTADIS, por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directamente o a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado, al menos desde 1998.

2. Los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 se llevó a cabo tal inspección en la sede de IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A.

3. Con fecha 14 de marzo de 2017 la representación de ALTADIS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y las posteriores actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia (DC) desarrolladas los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 en sus sedes en ejecución de la misma, alegando que dicha Orden de Investigación, así como las actuaciones inspectoras realizadas en su sede en ejecución de la misma infringían



tanto el derecho de defensa de las empresas inspeccionadas, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones de sus empleados.

4. Con fecha 16 de marzo de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por ALTADIS.

5. Con fecha 24 de marzo de 2017, la DC emitió el preceptivo informe proponiendo la desestimación del recurso.

6. Con fecha 30 de marzo de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de ALTADIS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.

7. El día 26 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones complementaria de ALTADIS de la misma fecha.

8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 18 de mayo de 2017, dictando la resolución recurrida en el presente procedimiento.

SEGUNDO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1- Ilegalidad de la Orden de Investigación como consecuencia de:

(i) Su ámbito subjetivo: La inclusión de Tabacalera entre las empresas inspeccionadas fue injustificada por cuanto no está presente en las actividades objeto de la investigación (fabricación, distribución y comercialización cigarrillos). Explica que Tabacalera SL centra sus actividades exclusivamente en la comercialización de una única labor de tabaco, a saber, cigarros puros de alta calidad (" *premium*"), bajo conocidas marcas como Montecristo, VegaFina o Romeo y Julieta, entre otras y reitera que ni fabrica, ni distribuye, ni comercializa, ni ha fabricado, distribuido ni comercializado nunca cigarrillos. Por ello, sostiene que aun cuando la sede social de las Recurrentes (incluida, por lo tanto, Tabacalera) es común a todas ellas y se encuentra sita en Vía de los Poblados, nº 3, Edificio 7/8, Plantas 3-4, 28033, Madrid, Tabacalera SL debió quedar al margen de la orden de investigación. Como consecuencia de ello, denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de Tabacalera SL.

(ii) Su ámbito excesivamente amplio y genérico del objeto y finalidad de la Inspección recogido en la Orden de Investigación (en contravención de la jurisprudencia Unesa y Transmediterránea).

2- Ilegalidad de las Actuaciones Inspectoras lo que se subdivide en:

(i) Prestación de un consentimiento no informado para la realización de la Inspección: El representante de las recurrentes firmó el "*recibi*" de la Orden de Investigación sin haber sido previamente informado acerca de la existencia o inexistencia de un mandato judicial que amparara la Inspección.

(ii) Procedimiento de copia masiva y volcado masivo de documentación electrónica sin utilizar términos de búsqueda, y filtrado posterior de dicha información, todo ello sin participación de las Recurrentes o sus abogados externos (Conclusión Quinta, infra);

(iii) Negativa a la solicitud de las Recurrentes de comprobar, bien *in situ*, bien en las oficinas de la CNMC, que no había documentos protegidos por el secreto profesional, no relacionados con la inspección o de carácter personal (Conclusión Sexta, infra).

3- Violación del artículo 47 LDC y 53 Ley 39/2015 por acceso incompleto al expediente en el recurso ante el Consejo de la CNMC.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

TERCERO.- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la ilegalidad de la Orden de Investigación

Como hemos anticipado, las recurrentes sostienen que la inclusión de Tabacalera entre las empresas inspeccionadas fue injustificada por cuanto no está presente en las actividades objeto de la investigación (fabricación, distribución y comercialización cigarrillos). Explica que Tabacalera SL centra sus actividades exclusivamente en la comercialización de una única labor de tabaco, a saber, cigarros puros de alta calidad (" *premium*"), bajo conocidas marcas como Montecristo, VegaFina o Romeo y Julieta, entre otras y reitera que ni



fabrica, ni distribuye, ni comercializa, ni ha fabricado, distribuido ni comercializado nunca cigarrillos Por ello, sostiene que aun cuando la sede social de las Recurrentes (incluida, por lo tanto, Tabacalera) es común a todas ellas y se encuentra sita en Vía de los Poblados, nº 3, Edificio 7/8, Plantas 3-4, 28033, Madrid, Tabacalera SL debió quedar al margen de la orden de investigación. Como consecuencia de ello, denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de Tabacalera SL.

Recordemos que , de acuerdo con su tenor literal, " *El objeto de la inspección es verificar la existencia de actuaciones de las citadas entidades en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, 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 intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado, al menos desde 1998*".

Pues bien, el objeto social de TABACALERA conforme a sus Estatutos incluye " *lafabricación y comercio, incluso la importación y exportación, delabores de tabaco*", sin restricción alguna de su actividad a un determinado tipo de labores de tabaco por lo que, debemos convenir con el Abogado del Estado en que la delimitación que realiza la Orden de Investigación es plenamente coherente con el objeto social de Tabacalera, S.L. En consecuencia, no resulta injustificado la inclusión de Tabacalera entre las empresas investigadas.

CUARTO.- De nuncian las recurrentes el carácter excesivamente amplio y genérico del objeto y finalidad de la Inspección recogido en la Orden de Investigación.

Pues bien, para dar respuesta a las cuestiones planteadas, por cuanto se refiere a la suficiencia de la motivación y justificación de la orden de investigación debemos recordar que el ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 "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 . En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: " *4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia*".

La Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T- 339/04 señala lo siguiente:

- 58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

- 59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

- 60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de



inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99)".

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba 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 inspección 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 y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de actuaciones el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, desde al menos 1998, 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 intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado; los sujetos investigados (IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A.); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial de las empresas investigadas, cualquiera que sea su soporte material), 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 procedió de forma inmediata a realizar la inspección los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de conductas anticompetitivas en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, 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 de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación. Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para los intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado.

Por lo demás cumple manifestar que la Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 *"el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un*

procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".

Por lo expuesto, entendemos que se ha producido la vulneración del artículo 18 de la Constitución y que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida.

QUINTO. - Por cuanto se refiere a los motivos de impugnación relativos a la ilegalidad de las Actuaciones Inspectoras, comenzaremos nuestro examen por el que denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por estar viciado el consentimiento prestado por el representante de las recurrentes que firmó el "recibí" de la Orden de Investigación, sin haber sido previamente informado acerca de la existencia o inexistencia de un mandato judicial que amparara la Inspección.

Exponen las recurrentes que, como se desprende del apartado (7) del Acta de Inspección (Folio 186 del Expediente), al comparecer el equipo inspector de la CNMC en la sede de las Recurrentes, únicamente se informó al representante de éstas de que la inspección se realizaría sobre la base de una orden de investigación del Director de Competencia de la CNMC a la que tenían la obligación de someterse y que, de no hacerlo, podrían incurrir en una obstrucción de la labor inspectora de la CNMC, que podría dar lugar a una sanción independiente de hasta el 1% de sus respectivos volúmenes de negocio, o en un agravante de la multa que pudiera corresponderle en el supuesto de que se incoase un expediente sancionador, pero que, sin embargo, en ningún momento se informó a los representantes de las Recurrentes ni de si existía un mandamiento judicial que autorizase la Inspección, ni de la posibilidad de oponerse a la inspección.

Es un hecho no controvertido -figura en la parte final del apartado (37) del Acta de Inspección, que los abogados externos de las recurrentes insistieron también en que se les informara de cualquier circunstancia que hubiera de ser puesta de manifiesto (antes del inicio de la inspección) en relación con la existencia de un mandamiento judicial, limitándose a indicar el equipo inspector que no había auto denegatorio de entrada, y que, a continuación el representante de las empresas firmaron la Orden de Investigación accediendo a la práctica de la inspección.

Para dar respuesta a esta cuestión es conveniente traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2018 (ROJ: STS 337/2018 - ECLI:ES:TS: 2018:337 -rec. casación 2817/2015) que, con cita de su Sentencia de 15 de junio de 2015 (rec. casación 1407/2014) resolvió que *"la ocultación del dato indicado, dada su relevancia, determina que el consentimiento dado por la empresa entonces inspeccionada quedase viciado, pues con carácter general es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (ex art. 1265 CC), y debe entenderse que es también nulo el consentimiento obtenido sin haber sido informado de un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita"*.

Tales consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa. Como sucedía en aquel caso, no puede considerarse conforme a las pautas de lealtad, buena fe y transparencia exigibles a la actuación administrativa la ocultación de un dato sin duda relevante para la empresa inspeccionada, como es el relativo a si los inspectores habían solicitado autorización judicial para la entrada y, en definitiva, si el juez había dictado un auto autorizando la entrada en la empresa. La elusiva respuesta que la jefe de la unidad inspectora dio a esa pregunta (*"que no había auto denegatorio de entrada"*) se aparta claramente de aquellas pautas a las que acabamos de lealtad, buena fe y transparencia en la actuación administrativa. Y, desde luego, no cabe excluir que la ocultación de ese dato relevante tuviese incidencia, o fuese incluso determinante, en la prestación del consentimiento que a continuación otorgó el responsable de la empresa inspeccionada.

Así las cosas debemos concluir que el consentimiento dado por las mercantiles recurrentes estuvo viciado, pues, si con carácter general es nulo el consentimiento presentado por error, violencia, intimidación o dolo (artículo 1265 del Código Civil), debe entenderse que también es nulo el consentimiento obtenido ocultando un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita. En consecuencia, el vicio del consentimiento que acabamos de señalar vulnera los artículos 18.2 y 3 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio social de la empresa recurrente.



Lo expuesto determina, la estimación del presente recurso contencioso-administrativo y la anulación de la actuación inspectora desarrollada en el sede de IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A., los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017, en el marco de las DP/085/15, así como la anulación de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la CNMC), de fecha 18 de mayo de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/021/17 ALTADIS que desestimó el recurso dirigido contra aquella actuación inspectora. Como consecuencia, debe declararse que la referida actuación inspectora no ha de producir efecto alguno y reconocerse el derecho de la recurrente a que le sea devuelta la documentación incautada como consecuencia de la actuación administrativa que ahora se anula.

Alcanzada esa conclusión, resulta innecesario el examen de los restantes motivos de casación, pues una vez anulada la actuación inspectora llevada a cabo en la sede de IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., ALTADIS S.A., TABACALERA S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A. los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 no procede que entremos a dilucidar si en el desarrollo de tal actuación inspectora se incurrió en alguna otra vulneración.

SEXTO.- Lo expuesto determina la estimación en parte del presente recurso sin hacer imposición de costas procesales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Jose Luis García Guardia , en nombre y representación de **ALTADIS, S.A., IMPERIAL TOBACCO SPAIN, S.L, TABACALERA, S.L. y ALTADIS CANARIAS, S.A.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la CNMC), de fecha 18 de mayo de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/021/17 ALTADIS a los efectos de anular la actuación inspectora desarrollada en el sede de dichas empresas los días 27 y 28 de mayo de 2013 en el marco de la información reservada tramitada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia bajo la referencia S/0474/13, quedando asimismo anulada la resolución de 24 de julio de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expediente NUM000 REPSOL) que desestimó el recurso dirigido contra aquella actuación inspectora, declarando que la referida actuación inspectora no ha de producir efecto alguno y reconociendo el derecho de la recurrente a que le sea devuelta la documentación intervenida como consecuencia de la actuación administrativa que ahora se anula.

Sin costas.

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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.