

Id. Cendoj: 28079130032013100264
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/09/2013
Nº de Recurso: 5606/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Competencia. Incoación y orden de investigación.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5606/2010 interpuesto por "TRANSNATUR, S.A.", representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, contra la sentencia dictada con fecha 23 de junio de 2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 139/2009 , sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Transnatur, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 139/2009 contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de febrero de 2009, recaída en el expediente R/0009/08, "Transitarios 2", que acordó:

"Primero.- Desestimar la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo realizada por la representación de Transnatur, S.A. en relación con las actuaciones inspectoras que se están realizando en el expediente R/0009/08 y, en consecuencia, continuar su tramitación.

Segundo.- Desestimar la petición de la recurrente de anular y dejar sin efecto el acuerdo de incoación del expediente sancionador número S/0120/08, de 17 de noviembre de 2008, la Orden de Investigación de 10 de noviembre del mismo año y

todas las actuaciones posteriores relativas al expediente sancionador."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 7 de diciembre de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "estimando el presente recurso, y proceda a anular y dejar sin efecto la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de febrero de 2009 y, en consecuencia, se anule y se deje sin efecto el Acuerdo de Incoación del expediente sancionador número S/0120/08, de 17 de noviembre de 2008; la Orden de Investigación de 10 de noviembre del mismo año y todas las actuaciones posteriores relativas al expediente sancionador. Asimismo ordene que se devuelva la documentación e información recogida en la inspección, la destrucción de cualquier copia que se hubiera efectuado y se acuerde el archivo del expediente".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 29 de marzo de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se inadmita el recurso o, subsidiariamente, dicte sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 23 de junio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Transnatur, S.A. y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuéllar frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de febrero de 2009, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas."

Quinto.- El 30 de junio de 2010 la Sala de instancia dictó auto en el que acordó no haber lugar a la aclaración de la sentencia con el siguiente razonamiento jurídico:

"Único.- Se solicita por la recurrente aclaración de la sentencia dictada con fecha 23 de junio de 2010 en el recurso 139/2009, al amparo del artículo 267 de la LOPJ .

Las cuestiones sobre las que se solicita aclaración son las que siguen:

1.- Interpretación sobre la posibilidad de dictar la orden de investigación antes de incoación del expediente. Se señala en la sentencia que no existe precepto vulnerado y existe amparo en el artículo 13 del Real Decreto 261/2008 . Ello no requiere aclaración.

2.- La conclusión sobre lo anterior es que la actuación por la cual se practican diligencias de investigación previas a la incoación del expediente, en las presentes circunstancias, es jurídicamente válida.

La incongruencia omisiva lo es respecto al fallo en relación con las peticiones, lo cual no ocurre en este caso.

Por otra parte, el razonamiento sobre la legalidad de la actuación es claro, otra cosa

es que la recurrente no lo comparta, que es lo que subyace en la solicitud de aclaración. Pero ello deberá hacerlo valer en vía de recurso".

Sexto.- Con fecha 21 de octubre de 2010 "Transnatur, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 5606/2010 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución ; y de la jurisprudencia que se cita en el desarrollo del motivo".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción de los artículos 24.2 y 18.1 de la Constitución y 40.2 , 40.4 , 49.2 y 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Séptimo.- Por auto de 3 de febrero de 2011 la Sección Primera de esta Sala acordó la admisión a trámite del recurso.

Octavo.- Por escrito de 19 de mayo de 2011 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

Noveno.- Por providencia de 29 de abril de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 24 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de febrero de 2009 contra la que "Transnatur, S.A." interpuso ante la Sala de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número 139/2009 , que ha dado lugar a la sentencia ahora impugnada en casación, tenía un doble contenido:

A) Por un lado, en el expediente número R/0009/2008, rechazó la suspensión de las actuaciones inspectoras que se estaban realizando. Sobre esta parte, en concreto, de la resolución de 3 de febrero de 2009 no existe controversia procesal en casación.

B) Por otro lado, desestimó también la petición de "Transnatur, S.A." para que se dejara sin efecto el acuerdo de incoación del expediente sancionador número S/0120/2008 (acuerdo de 17 de noviembre de 2008) así como la "orden de investigación" previa (de 10 de noviembre de 2008) y "todas las actuaciones posteriores relativas al expediente sancionador".

En la sentencia objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 23 de junio de 2010 , se rechazaron las pretensiones de la demanda presentada por "Transnatur, S.A." contra la referida resolución administrativa.

Segundo.- Aun cuando no tendrá consecuencias jurídicas en lo que respecta a este litigio, no es ocioso añadir que el expediente sancionador S/120/2008 (denominado

"Transitarios"), frente a cuya incoación, orden de investigación y diligencias de inspección interpuso "Transnatur, S.A." el recurso contencioso administrativo número 139/2009, fue finalmente resuelto por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el 31 de julio de 2010. En la resolución final el Consejo estimó que "Transnatur, S.A.", así como otras empresas del mismo sector de transportes, había incurrido en una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , razón por la cual le impuso una multa de 3.037.000 euros.

Ha de hacerse notar, igualmente, que el Abogado del Estado, al contestar a la demanda, había interesado la inadmisión del recurso "al amparo de los artículos 69.c y 25.1 de la Ley Jurisdiccional ", por considerar que los recurridos eran actos de trámite no susceptibles de impugnación autónoma. La Sala de instancia, sin embargo, no se pronunció en la sentencia sobre esta objeción de inadmisibilidad, que formaba parte del suplico de aquel escrito procesal, extremo que el Abogado del Estado no combatió en casación, posiblemente porque el fallo final fue desestimatorio de la pretensión actora. Quedan fuera del debate casacional, pues, las cuestiones relativas a la posible inadmisibilidad de las pretensiones impugnatorias dirigidas contra la orden de investigación y el acuerdo de incoación del expediente.

Aunque la objeción de inadmisibilidad suscitada por el Abogado del Estado y no resuelta por la Sala de instancia no pueda ahora ser ahora estimada, por la razón que acabamos de exponer, está estrechamente relacionada con algo que, sin embargo, debe ser tenido en cuenta para centrar la controversia procesal y los límites de la revisión jurisdiccional de este género de actos. En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1 , esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".

Quiérese decir, pues, que tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador.

Tercero.- Aún debemos hacer unas consideraciones adicionales sobre otra circunstancia que, precisamente por el momento inicial en que se producen los actos contra los que reacciona la empresa actora, no ha sido incorporada a la controversia

procesal. Y es que, como ulteriormente acreditará la decisión final de 31 de julio de 2010, en el origen de las actuaciones administrativas se encontraba la declaración que una de las empresas integrantes de lo que después sería considerado como el cártel de operadores de transporte formuló ante la Comisión Nacional de la Competencia conforme a lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 (programas de "clemencia").

En dicha declaración, que iría seguida de la solicitud de exención del pago de la multa, la empresa que para sí instaba la clemencia a la vez que descubría la conducta colusoria en la que había participado junto con otras, ponía en conocimiento de las autoridades de competencia las informaciones que, a primera vista, acreditaban la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 . Acompañaba su declaración con los pertinentes elementos de convicción (reuniones celebradas entre directivos de empresas logísticas desde septiembre de 2003 en las que se trataban aspectos relacionados con el negocio transitario por carretera). La misma empresa realizó el 1 de octubre de 2008 una declaración complementaria que fue posteriormente ampliada el 14 de noviembre de 2008.

A la vista de estas declaraciones, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia abrió una información reservada (DP/012/08) y emitió una orden de investigación el 10 de noviembre de 2008. La misma Dirección de Investigación acordó el 17 de noviembre de 2008 incoar el expediente sancionador 120/2008, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y al día siguiente llevó a cabo, previa autorización judicial (auto de 12 de noviembre de 2008), inspecciones simultáneas en las sedes de varias de las sociedades implicadas (entre ellas en la de "Transnatur, S.A.") a las que se les notificó en ese mismo momento la incoación del referido expediente.

Cuarto.- El recurso de casación consta de un primer motivo articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional . Como ya afirmamos al admitirlo (auto de 3 de febrero de 2011), su contenido permite entender que la elección de aquella vía procesal constituye un "mero error mecanográfico, como por otra parte alega la sociedad recurrente, puesto que el mismo va referido a denunciar infracciones incardinables en la letra c) del citado precepto".

Admitido el motivo, deberá ser desestimado pues la Sala de instancia no ha incurrido en la incongruencia omisiva que la recurrente le imputa por, supuestamente, "no haber dado respuesta a las alegaciones y motivos de nulidad que se desarrollaron en el punto quinto de la demanda".

En los fundamentos jurídicos primero a cuarto de la demanda "Transnatur, S.A." había alegado, sucesivamente, la nulidad del acuerdo de incoación y de la orden de investigación "por falta de concreción de los hechos" (primero) y por "falta de proporcionalidad" de esta última (segundo). Aducía asimismo la "vulneración del derecho a la intimidad, del secreto de las comunicaciones y en particular del secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente" (tercer fundamento jurídico) y la "nulidad de la actuación inspectora al haberse realizado sin consentimiento de "Transnatur, S.A.", y sin haberle dado la oportunidad de prestar o no ese consentimiento" (cuarto). Todas estas cuestiones aparecen debidamente tratadas en la sentencia, y sobre ellas no gira propiamente el reproche de incongruencia, aun cuando en la exposición de los diferentes epígrafes del segundo motivo (sustantivo) la recurrente afirma que "la Audiencia deja de juzgar" o "evita pronunciarse sobre" algunas de las cuestiones en ellos planteadas.

La censura del primer motivo lo es, como acabamos de indicar, porque el tribunal sentenciador no habría dado respuesta al quinto (y último) fundamento jurídico de la demanda, en el que se aducía "[...] la nulidad de la actuación inspectora por haberse realizado con expediente incoado, sobre la base de una orden de investigación y un auto judicial dictados en el marco de una información previa". Mediante una determinada exposición -cuyo contenido su propio autor se adelantaba a replicar que "no pretende ser una ingeniosa argucia de abogado"- la defensa de "Transnatur, S.A." sostenía, en síntesis, que si ya existían indicios suficientes para incoar el expediente antes de realizarse la inspección, la orden de investigación y la actividad inspectora "eran innecesarias, conculcaron el derecho a la intimidad de Transnatur y son nulas"; y si no existían dichos indicios suficientes, el acuerdo de incoación era "nulo por inmotivado, injustificado y arbitrario".

La Sala de instancia no omite responder a dicho motivo, aunque lo hace en términos lacónicos pero suficientes. Afirma, en efecto, el tribunal que "tampoco existe precepto vulnerado por dictar la orden de investigación y solicitar autorización judicial antes de iniciar la incoación del expediente, y esta conducta encuentra cobertura en el artículo 13 del Real Decreto 261/2008 ". Anteriormente (en el fundamento jurídico segundo de la sentencia) la misma Sala ya había afirmado que "tanto el acuerdo de incoación como la orden de investigación se basan en 'indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LEC ... relativas a la fijación de precios así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, podrían haber comenzado en el año 2003 y continuar en vigor afectando al sector de las actividades transitarias por carretera. Existe por ello delimitación de hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, ello no es objeto de una orden de investigación ni de un acuerdo de incoación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación."

Así las cosas, el tratamiento jurisdiccional de las alegaciones sustanciales de la demanda no puede considerarse incurso en incongruencia omisiva. El hecho de que no responda con absoluto "paralelismo" a cada una de las afirmaciones de aquel escrito procesal no constituye el quebrantamiento de forma denunciado cuando, como aquí ocurre, el núcleo de la argumentación actora sí se encuentra suficientemente contestado, incluso si el desarrollo de la sentencia es, repetimos, lacónico -pero inequívoco- en este punto.

Más en concreto, por lo que se refiere a la tesis -sin duda artificiosa, por más que su autor se adelantara a negarlo- expuesta en el quinto fundamento jurídico de la demanda, fue rechazada de modo expreso por la Sala acudiendo al precepto reglamentario (el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia , aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 21 de febrero) que regula las facultades inspectoras de la Comisión Nacional de la Competencia, rechazo más tarde complementado con lo que el tribunal expuso en el auto que dio respuesta a la solicitud de aclaración presentada por "Transnatur, S.A.". Esta última sociedad podrá no estar conforme con el contenido de la respuesta pero ello ya no corresponde a la denuncia del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Quinto.- En el segundo motivo de casación, correctamente planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , se denuncia la infracción sucesiva de los artículos 24.2 y 18.1 de la Constitución , del principio de proporcionalidad, y de los artículos 40.2 , 40.4 , 49.2 y 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

El reproche se divide en siete apartados cuya exposición queda limitada, en algunos de ellos, a reiterar sin más las alegaciones de la demanda frente a los actos administrativos objeto del litigio, en vez de argumentar específicamente sobre el contenido de la sentencia de instancia, planteamiento inadmisibles en casación como bien destaca el Abogado del Estado. Más en concreto, los epígrafes dedicados a tratar sobre la infracción del artículo 18, apartados 1 y 3, de la Constitución, o sobre la infracción del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia no incluyen ninguna referencia crítica a la sentencia y se limitan a argumentar directamente sobre los actos administrativos objeto del litigio de instancia, modo de actuar procesalmente inadmisibles en casación.

Examinaremos, en todo caso, por separado cada uno de los diferentes epígrafes en que se divide el segundo motivo casacional. Y lo haremos advirtiéndole que, como ya expusimos en el segundo fundamento jurídico de esta sentencia, la controversia procesal debió quedar limitada a enjuiciar la respuesta del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia únicamente sobre las dos circunstancias (indefensión y perjuicios irreparables) que permiten la impugnación anticipada de los actos y resoluciones adoptadas por la Dirección de Investigación. Cualquier otro vicio que se pudiera imputar a dichos actos y resoluciones podrá ser alegado frente a la decisión final del procedimiento sancionador.

Sexto.- El primer submotivo se centra en la supuesta infracción del artículo 24.2 de la Constitución y, más en concreto, en la vulneración del derecho de toda persona a ser informada de la acusación que se haya formulado contra ella. Dado que se denuncia una situación de indefensión, su enunciado responde al perímetro objetivo definido en el artículo 47.1 de la Ley 15/2007.

Sostiene la recurrente que "[...] en la medida en que ni el Acuerdo de Incoación del expediente sancionador, ni la Orden de Investigación, ni los funcionarios encargados de llevar a cabo la inspección han mencionado los hechos concretos que dan lugar a las actuaciones aflictivas de derechos fundamentales y la participación que en los mismos hayan podido tener los presuntos responsables" se ha vulnerado aquel precepto constitucional. Añade que "por estas mismas razones, la Orden de Investigación infringe el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008".

La censura, en los términos con que se formula, ha de ser rechazada. El derecho a ser informado de la acusación, que la Constitución protege y es aplicable a los expedientes administrativos sancionadores, se despliega cuando aquella es definitivamente formulada (pliego de cargos, pliego de concreción de hechos, propuesta de resolución) y no en los momentos iniciales (informaciones reservadas, órdenes de investigación, incoación del expediente) en que aún no se han perfilado con la suficiente concreción los hechos para cuya depuración, precisamente, se inician las actuaciones. No existe, pues, indefensión en este caso y por este motivo.

Resulta además, ya desde la perspectiva no constitucional, que si los acuerdos de incoación han de incluir, por prescripción legal o reglamentaria, una primera referencia a los hechos que motivan el inicio del expediente (en el caso de los relativos a la defensa de la competencia así lo dispone el artículo 28 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008), no tienen por qué contener la relación -ni la extensión y concreción- que es propia de otro momento "procesal" ulterior, esto es, del denominado precisa y literalmente "pliego de concreción de hechos" (artículo 33 del mismo Reglamento).

En el caso de autos consta que no sólo el acuerdo de incoación del expediente sino la previa orden de investigación ya especificaban que el objeto de una y otra eran los posibles pactos para la fijación de precios y de otras condiciones comerciales o de servicio en el sector de las actividades transitarias por carretera, a partir del año 2003 y en vigor cuando aquellas resoluciones se dictaron, identificándose asimismo en ambos las personas jurídicas que podrían estar implicadas. Tal como bien afirma la Sala de instancia, esta somera descripción del objeto del expediente que contiene el acuerdo inicial -y la previa orden de investigación- basta para cumplir la exigencia inserta en el artículo 28 del Reglamento tan citado.

"Transnatur, S.A." invoca también a estos efectos el artículo 13 de la referida disposición reglamentaria pero de nuevo (y al margen de que ello no forma parte de la "acusación" sino de uno de los actos previos, correspondientes a la fase de inspección, y que, una vez más, se trata de materia ajena al artículo 47 de la Ley 15/2007) el precepto sólo exige que el personal autorizado para proceder a una inspección presente "una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma". Ninguna de dichas menciones estuvo ausente en este caso, a tenor de los documentos que obraban en autos, ni las autorizaciones que legitiman la inspección tienen por qué contener el relato de "hechos concretos" con la extensión auspiciada por la recurrente.

Séptimo.- En el segundo submotivo la infracción denunciada lo es del "principio de proporcionalidad", que la recurrente vincula a la entrada y reconocimiento domiciliario. De nuevo mantiene que la orden de investigación y el acuerdo de incoación no deben adoptarse "para efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias, sino que la decisión autorizando dicha entrada ha de exteriorizar los datos y hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible existencia de la infracción de que se trate. así como de la conexión del investigado con los hechos".

En el desarrollo de este apartado del recurso se vuelve a plantear la misma cuestión del precedente, relativa a la ausencia de "hechos concretos que justifiquen la inspección", censura que ya hemos rechazado en lo que se refiere a la propia orden de investigación y el acuerdo de incoación del expediente.

La rechazaremos también en cuanto a la entrada y registro domiciliario al advertir que corresponde el juez que los autoriza - sobre cuya actuación volveremos más tarde- valorar la existencia de los indicios que la Comisión Nacional de la Competencia le presente para justificar la inspección domiciliaria. Es él quien ha de apreciar si existe o no la conexión -y la proporción- debida entre aquellos indicios y la gravedad de la conducta que de ellos pudiera derivarse, a los efectos de propiciar, en su caso sin previo conocimiento del afectado, la entrada en el domicilio o sede de la sociedad investigada, a fin de obtener las pruebas documentales pertinentes. En el caso de autos, la decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, que había accedido a autorizar el registro precisamente al encontrar justificada y proporcionada su práctica, no podía ser, obviamente, revisada por la Comisión Nacional de la Competencia ni por la Sala de instancia.

Al margen ya del principio de proporcionalidad, afirma la empresa recurrente que la

Comisión Nacional de la Competencia actuó de forma selectiva al realizar la inspección domiciliaria sólo en unas y no en todas las empresas "imputadas en el expediente", conducta que habría vulnerado el artículo 14 de la Constitución . La alegación es insuficiente cuando se limita, sin más, a exponer esa afirmación en un momento inicial, y no advierte que entra dentro de las facultades de la Dirección de Investigación, sobre la base de las informaciones de que disponga en cada momento, dirigir su actividad frente a las empresas que considere necesario o en cuya sede prevea obtener más elementos de prueba de los actos colusorios, sin que tenga la obligación de extender su inspección domiciliaria a todas para respetar un supuesto e inexistente derecho a la igualdad de cada una de ellas en la práctica de este tipo de registros.

Octavo.- En el tercer submotivo la exposición se reduce a considerar vulnerado el artículo 18.1 de la Constitución "ya que la orden de investigación faculta el acceso de los inspectores a la documentación estrictamente personal contenida en las agendas y ordenadores de los empleados de la empresa, esto es, al ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal". Al margen de que la intimidad supuestamente vulnerada no sería la de la empresa demandante (que, en cuanto tal, no tiene "intimidad personal", como ya expuso esta Sala con mayor detenimiento en la sentencia de 27 de diciembre de 2010, recurso de casación 1783/2009) sino la de sus trabajadores, ninguno de los cuales consta que lo hayan denunciado, el epígrafe que analizamos prescinde de toda consideración relacionada con la respuesta que la Sala de instancia dio a esta alegación cuando fue efectuada en la demanda.

Tampoco incorpora ninguna crítica a la sentencia de instancia en lo que se refiere a la supuesta lesión del artículo 18.3 de la Constitución . "Transnatur, S.A." parte, sin más, como hecho probado, de algo que no aparece como tal en aquélla: afirma, sin mayores matices ni precisiones, que "[...] el exagerado volumen de la información recogida en bloque durante la inspección, impidió a los afectados conocer toda la documentación incautada y en consecuencia, no fue posible señalar los documentos protegidos por la confidencialidad o relacionados con su intimidad personal". Y a estos mismos efectos, con análoga falta de precisión, sostiene que "por el mismo motivo, se infringe el principio del respeto de la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente", cuestión a la que la Sala dedicó un fundamento jurídico específico (el cuarto) en el que destacó cómo la recurrente "ni siquiera ahora concreta los documentos que podrían estar afectados por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente"

La ausencia de toda referencia singular a datos o documentos concretos y específicos convierte este submotivo en una mera suma de afirmaciones genéricas que no pueden ser acogidas.

Noveno. - En el cuarto y quinto submotivos "Transnatur, S.A." denuncia la infracción del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia , tanto en lo que respecta a su apartado 2 como a su apartado 4. Considera, en contra de la tesis de la Sala de instancia, que al requerir el artículo 40.2 de la Ley la exigencia de autorización judicial para realizar la inspección domiciliaria "en defecto" del consentimiento del interesado, sería nula la autorización sin haber sido requerido previamente éste, lo que en el caso de autos no se produjo pues los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia se personaron en el domicilio de la entidad provistos ya del auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso de Barcelona que autorizaba su entrada en él.

A juicio de "Transnatur, S.A." "el orden lógico dispuesto por la norma no ha sido observado, sino que la Comisión Nacional de la Competencia ha solicitado

directamente la autorización judicial prescindiendo totalmente del consentimiento previo del interesado. No se dio oportunidad al interesado de dar su consentimiento, sino que se le presentó directamente la orden judicial de entrada". Las inspecciones domiciliarias, pues, no se podrían realizar directamente mediante orden judicial de entrada pues habría que dar, previamente, al interesado la posibilidad de oponerse a ellas. En este mismo sentido afirma que se ha vulnerado el artículo 40.4 de la Ley de Defensa de la Competencia , que prevé la autorización judicial para llevar a cabo la inspección ordenada cuando hubiera oposición de la empresa o riesgo de oposición, pues, a su modo de ver, no se había "justificado no ya la oposición (que no pudo existir al haberse utilizado directamente la autorización judicial) sino ni siquiera el riesgo de oposición".

De nuevo se traen a la controversia jurisdiccional, anticipadamente, alegaciones -sobre la realización de unas determinadas actuaciones iniciales de la Dirección de Investigación- ajenas en sí mismas al contenido del "recurso" previsto en artículo 47 de la Ley 15/2007 y cuya invocación correspondería al eventual que se interponga contra la resolución final del expediente sancionador.

En todo caso, dado que sobre estas cuestiones se pronunció efectivamente la Sala de instancia, para dar respuesta en casación a las alegaciones de la recurrente baste con afirmar que las inspecciones domiciliarias pueden legítimamente ser efectuadas con la sola autorización judicial cuando, en razón de circunstancias que así lo aconsejen racionalmente (entre otras hipótesis, en los casos de inspecciones simultáneas en varias empresas involucradas en prácticas colusorias comunes, que podrían verse frustradas si unas pudiesen advertir anticipadamente a otras de la inminencia del registro, o en los casos de inspecciones cuya eficacia necesariamente requiera la sorpresa), sea conveniente prescindir del requerimiento al afectado, suplido precisamente por la decisión judicial autorizatoria de la entrada y registro.

De hecho, esta posibilidad (ausencia de requerimiento al afectado para que consienta el registro) está prevista de modo expreso tanto en el artículo 40.4 de la Ley 15/2007 , al que inmediatamente nos referiremos, como en el artículo 8.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , a tenor del cual los juzgados conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios o locales que hayan sido acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia cuando "requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista el riesgo de tal oposición".

En el submotivo quinto "Transnatur, S.A." desplaza el debate, efectivamente, a la existencia o inexistencia del "riesgo de oposición", también presente en el artículo 40.4 de la Ley 15/2007 , pues a su entender "la orden de Investigación y la sentencia impugnada no justifican la concurrencia de los requisitos" en él establecidos, sin que sea admisible la tesis de que en los casos de conductas colusorias calificadas como muy graves pueda presumirse la oposición de la empresa que va a ser inspeccionada.

Ocurre, sin embargo, que la apreciación de cuándo existe un "riesgo de oposición" que legitime la autorización judicial sin oír previamente al afectado corresponde en primer lugar a quien emite ésta. En el caso de "Transnatur, S.A." fue el Juez de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona quien dictó el auto de 12 de noviembre de 2008 mediante el que accedió a conceder la "autorización preventiva", auto en el que de modo exhaustivo (e incluyendo precisamente un razonamiento jurídico específico sobre los términos en que son admisibles este género de autorizaciones *inaudita parte* , con cita de la jurisprudencia constitucional al respecto)

razonó por qué debía acceder a la solicitud de la Dirección de Investigación.

Ciertamente el juez que autoriza la inspección domiciliaria no es el mismo juez que deberá *a posteriori* pronunciarse con cognición plena sobre la legalidad de las actuaciones administrativas, incluida la orden de investigación, una vez culminado el procedimiento sancionador. Y en este punto de nuevo es preciso recordar que el instrumento de reacción frente a dichas órdenes iniciales -y otros actos de la Dirección de Investigación- que admite el artículo 47 de la Ley 15/2007 tiene el ámbito objetivo de conocimiento al que ya nos hemos referido, limitado a evitar la indefensión y los perjuicios irreparables. De modo que cuando se ha acreditado en aquel primer momento que un juez, competente al efecto, ha autorizado la entrada y registro sin oír previamente al afectado, por admitir la existencia de los presupuestos legales que lo permiten, el debate en sede administrativa (la que corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia) sobre la aplicación del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia está ya resuelto desde la perspectiva que es propia de este género de impugnaciones preliminares. Como quiera que el enfoque desde el que la Sala de la Audiencia Nacional ha de juzgar las decisiones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictadas en los recursos planteados al amparo del tan repetido artículo 47 de la Ley 15/2007 es el ya dicho, la sentencia de instancia que rechazó esta parte de la demanda es conforme a derecho.

Añadiremos, finalmente, que la desestimación de estos submotivos no implica aceptar, como regla o presunción extensiva a todas y cada una de las investigaciones de conductas colusorias, incluso muy graves, la de que todas las empresas involucradas se opondrán por principio a la inspección domiciliaria. Tal podrá ser el caso de muchas, pero no necesariamente todas, las investigaciones, y serán los jueces que han de autorizar las entradas y registros sin previa audiencia del afectado quienes, en los términos de los artículos 40.4 de la Ley 15/2007 y 8.6 de la Ley 29/1998, deban en cada caso valorar circunstanciadamente si existe el "riesgo de oposición" de aquél.

Décimo.- El sexto y séptimo de los submotivos versan sobre el artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia cuyos apartados primero y segundo "Transnatur, S.A." afirma que también han sido infringidos.

A) En cuanto al apartado primero, "Transnatur, S.A." sostiene que no se cumplieron en este caso los requisitos necesarios para incoar un expediente sancionador. Se limita a afirmar, a tales efectos, que si se dictó una orden de Investigación en fase de información previa "y no [se] esperó a realizar dicha inspección antes de incoar expediente, ello debe suponer que [la Dirección de Investigación] no contaba con las pruebas e indicios suficientes que requiere el citado precepto para incoar expediente, con lo cual el Acuerdo de Incoación infringe el artículo 49.1 LDC".

Además de que el razonamiento, marcadamente artificioso, no puede ser compartido, lo cierto es que su contenido nada tiene que ver con lo que hemos denominado ámbito objetivo de aplicación del artículo 47.1 de la Ley 15/2007, que es el origen de todo este proceso. Excluida esta vía por patente inadecuación a ella de la correlativa argumentación, los eventuales vicios del acuerdo de incoación del expediente podrán ser alegados, como los de cualquier otro acto de trámite, al término del procedimiento sancionador.

B) En cuanto al apartado dos del mismo artículo 49 de la Ley 15/2007, la recurrente se ve obligada a reconocer que permite, de modo expreso, realizar "investigaciones

domiciliarias de las empresas implicadas" en el curso de las informaciones reservadas, esto es, antes de la incoación formal del expediente sancionador. Afirma, sin embargo, que en el caso de autos la inspección efectuada a "Transnatur, S.A." no tenía por objeto "determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador", única finalidad que justifica aquella medida. De todo ello deduce que "[...] la inspección se llevó a cabo en un momento procesal muy distinto -después de la incoación del expediente sancionador-, por lo que es evidente que la inspección se llevó con un fin distinto al ordenado y por lo tanto sin cobertura legal".

Tampoco estas alegaciones son de recibo en el marco de la impugnación de las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que contempla el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 , por las mismas razones que hemos expuesto con anterioridad. Dilucidar hasta qué punto los actos iniciales de inspección se ajustaron a su finalidad o tuvieron otro objeto es algo que, en su caso, podrá ser resuelto si se alega como vicio de desviación de poder una vez que concluya el expediente sancionador, juicio que habrá de hacerse a la vista de todos los elementos del procedimiento (también, en este caso, los que correspondían a la solicitud de clemencia, ausentes de la controversia procesal que ahora analizamos).

Undécimo.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número 5606/2010 interpuesto por "Transnatur, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta de la Audiencia Nacional con fecha 23 de junio de 2010 en el recurso número 139 de 2009 .

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.