



Roj: **SAN 3092/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3092**

Id Cendoj: **28079230062022100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/06/2022**

Nº de Recurso: **204/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000204 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01907/2016

Demandante: CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTINEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

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

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil veintidós.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **204/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.** representada por el procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, contra la resolución de 4 de febrero de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia frente a Orden de Investigación de la Dirección de Competencia.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «[a]cuerde (i) revocarla Resolución de 4 de febrero de 2016 en el Expediente R/AJ/121/15, CORREOS EXPRESS, y (ii) dejar sin efecto la actuación inspectora de la DC que tuvo lugar los días 11 y 12 de noviembre de 2015 en la sede de CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A., debiendo, en su caso, volver a realizarse respetando los derechos fundamentales de mi representada. [...]»

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 1 de junio del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 4 de febrero de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados (CNMC) por la que desestimaba el recurso interpuesto por CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. (en adelante CORREOS), por el procedimiento del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de abril) contra las actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia desarrolladas los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015 en la sede de CIBER **NO S**, en el marco de una información reservada S/DC/0565/15.

Podemos destacar como antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1.- Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 30 de octubre de 2015 se autorizó la inspección en la sede de CORREOS, por su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas contrarias a los artículos 1 .1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el mercado de la mensajería y paquetería comercial destinada a empresas a nivel nacional e internacional. Además, la entrada a dicha empresa estaba autorizada por el Auto de 3 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 22 de Madrid.

2.- Los días 11 y 12 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la inspección en la sede de CORREOS EXPRESS.

3.- El 23 de noviembre de 2015 se interpuso recurso por la representación de CORREOS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra la Orden de Investigación de 30 de octubre de 2015 y las posteriores actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia desarrolladas los días 11 y 12 de noviembre de 2015 en la sede de CORREOS, alegando tanto una supuesta manifiesta indefensión causada al inicio y durante el transcurso de la citada inspección, como el perjuicio irreparable ocasionado a su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

4.- Tras recabar el informe de la Dirección de Competencia 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, la admisión del recurso y conferido el trámite de alegaciones, se por la CNMC se dictó la resolución objeto del presente recurso, que confirmó la validez de la Orden de Investigación.

SEGUNDO.- El escrito de demanda invoca motivos de manera sucinta (i) que no se ha permitido al Director General de Correos Express contar con asistencia letrada ni el momento de firmar el recibí de la Orden de Investigación y del auto judicial ni al inicio de la Inspección, sin que tampoco se haya valorado mínimamente la posibilidad de una espera razonable de tan sólo 10 minutos al abogado interno de la Compañía. (ii) El consentimiento recabado para realizar la Inspección ha sido nulo, al obtenerse de forma intimidatoria. Por un lado, el Director General de Correos Express otorgó su consentimiento a que comenzara la Inspección intimidado por las declaraciones del Equipo de Inspección, que le comunicó que se podría imponer a la Compañía una sanción económica sustancial si la Inspección no daba comienzo inmediatamente y se firmaba el correspondiente recibí. Por otro lado, la presencia innecesaria de un furgón policial a pocos metros de la entrada de la sede de la Compañía ha reforzado la situación de intimidación. (iii) El objeto de la Inspección, indicado en la Orden de Investigación, ha sido excesivamente amplio y no ha permitido a mi representada defenderse adecuadamente durante el curso de la Inspección. No se han indicado, entre otros, elementos tan importantes como el ámbito geográfico concreto en el que las supuestas prácticas habrían tenido lugar o el periodo temporal en el que se habrían producido. Este hecho ha provocado que casi la totalidad de las



actividades de la Compañía fueran inspeccionadas, al no contar la DC con suficientes indicios sobre una supuesta conducta anticompetitiva. (iv) No se ha permitido a los abogados de la Compañía visualizar el filtrado de documentos, lo que ha impedido identificar qué documentación se encontraba fuera del objeto de la Inspección y si el Equipo de Inspección accedía a documentos protegidos por el secreto profesional de las comunicaciones abogado-cliente. (v) Por último, se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de domicilio, puesto que la Inspección no se ha producido de la forma menos restrictiva o lesiva posible para la Compañía, sin que la actuación del Equipo de Inspección haya sido proporcionada.

Por el Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso por motivos coincidentes con el contenido de la resolución impugnada.

TERCERO.- Pese a que con la línea expositiva que vamos a seguir alteremos el orden argumental del escrito de demanda, y también a pesar de las discrepancias que revela la existencia de alguno voto particular, hemos concluido entre otras en las sentencias de 21 de enero de 2022, recurso 421/2016; 29, de octubre de 2021, recurso 704/2017; de 2 de noviembre de 2021, recurso 703/2017; 29 de octubre de 2021, recurso 705/2017, o 24 de mayo de 2021, recurso 2/2019, que el análisis de la motivación exige partir de una primera e importante consideración: la suficiencia de la concreción de la Orden recurrida solo puede precisarse con referencia a la lesión del derecho invocado, al no contar con otros parámetros que permitan determinarla. Es decir, la Orden será suficientemente precisa en la medida en que no pueda afirmarse que, por no incorporar un contenido mínimo, con la inspección se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el invocado artículo 18.2 de la Constitución, o el derecho a la defensa garantizado en el artículo 24.2.

En efecto, el artículo 40.2, párrafo segundo, de la LDC, se limita a disponer que *«[A] estos efectos la persona titular de la Dirección de Competencia dictará una orden de inspección que indicará los sujetos investigados, el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en esta ley, para el caso de que las entidades o sujetos obligados no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección, así como al derecho a recurrir contra la misma [...]»*.

Por su parte, el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece en parecidos términos que *«[E]l personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de 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. 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 u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia [...]»*.

Ninguno de dichos preceptos especifica, por tanto, un contenido concreto de la Orden más allá de exigir que la misma indique el objeto y finalidad de la inspección, que es precisamente lo que hicieron las que aquí se cuestionan. Efectivamente se precisaba que el objeto de la investigación llevada a cabo en el marco de una información reservada, se circunscribía sólo a una parte de la actividad comercial de CORREOS de los servicios urgentes de envío de documentos y paquetes de tamaño reducido destinados a empresas a nivel nacional e internacional, lo que dejaba al margen un gran ámbito del negocio de la empresa, lo que nos impide calificarla de genérica o de ambigua.

Podemos concluir que la Orden reflejaba tanto el objeto como la finalidad de la inspección en los términos generales en que lo exigen los preceptos transcritos y lo hace con la precisión suficiente, lo que descarta cualquier género de indefensión. Además, la invocada indefensión no tiene sustento argumental más allá de la afirmación apodíctica de que se le ha causado pues se desconoce, por no explicitarlo la recurrente, la conexión entre la supuesta falta de concreción del contenido de la Orden de Inspección y la limitación del derecho de defensa, que debiera tener alguna manifestación en la prueba excesiva que facilitó la empresa, o en la imposibilidad de haberse opuesto a proporcionar otra innecesaria. Todo lo cual exigiría que se precisase y describiera el material probatorio afectado, lo que no se ha hecho.

CUARTO.- En cuanto a la inviolabilidad del domicilio, y aunque sigamos con la alteración del orden expositivo del escrito de demanda, también hemos descartado la vulneración de este derecho fundamental.

Como dijimos en nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2021, recurso 703/2017; recordando lo expuesto en la de 24 de mayo de 2021, recurso 2/2019 *« [R]especto del alcance de las potestades del órgano judicial al que se pide la autorización de entrada domiciliaria, recordábamos que este no es, ciertamente, el juez de la legalidad de la actuación administrativa necesitada de ejecución -juez del proceso-, sino el juez encargado de garantizar la ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto y de prevenir eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -juez de garantías- reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional núms. 160/1991, de 18 de julio y 136/2000, de 29 de mayo).*

Pero esa circunstancia no permite considerar que el juez competente actúe con una suerte de automatismo formal (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre), sino que deberá comprobar (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad prima facie; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo , o 139/2004, de 13 de septiembre).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/19 , que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000 , se analiza la posible vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria cuando la entrada en el domicilio se ha autorizado por el órgano judicial competente para autorizar las entradas y registros domiciliarios, como es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Y en ella se dice lo siguiente:

"El primer motivo del recurso invoca la causa de nulidad descrita en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015), por haber lesionado la orden de investigación su derecho a la inviolabilidad del domicilio, susceptible de amparo constitucional.

Aunque la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de carácter instrumental, establecido para defender y garantizar el ámbito de privacidad de la persona, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya desde la sentencia 137/1985 , ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor de protección según indica la STC 69/1999 (FJ 2), con matices que no vienen al caso. La inviolabilidad del domicilio se concreta en la interdicción de la entrada y registro domiciliario, de forma que fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (STC 22/2003 , FD 3, y las que allí se citan).

Por tanto, al margen de los casos de flagrancia y consentimiento del titular, el registro será constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial (STC 8/2000 , FD 4), que cumpla los parámetros exigidos constitucionalmente.

En este caso, la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente fue acordada por la Orden de inspección del Director de Investigación de la AVC, de fecha 24 de junio de 2016 y contó con autorización judicial acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Bilbao, en auto de 27 de junio de 2016 , que obra en el expediente.

El auto de autorización de entrada y registro fue recurrido en apelación por la empresa impugnada, que alegó diversos motivos de impugnación, como la falta de competencia de la AVC en el procedimiento de inspección, de la que ya hemos tratado en esta sentencia, la falta de justificación de las razones por las que se inició la inspección y se ordenó el registro y la ausencia de delimitación respecto del objeto de investigación, entre otros motivos, y el recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, de 22 de diciembre de 2016 , que examinó y rechazó todos los motivos de impugnación.

En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad. Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE , sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

Como indicábamos, la citada sentencia del Tribunal Supremo se remite a la doctrina fijada en este sentido por la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 cuyo fundamento de derecho cuarto se pronuncia en estos términos:

"De conformidad con lo expuesto, nuestro examen ha de iniciarse por el análisis de la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, sólo en caso de verificación de defectos con relevancia constitucional en el marco de la lesión del derecho constitucional sustantivo, procedería examinar qué pruebas sustentaron la convicción del Tribunal para declarar los hechos probados y fundamentar la condena del recurrente y si a ellas les afecta la prohibición de valoración de pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. A tal efecto ha de partirse de los defectos atribuidos en la demanda de amparo a la resolución judicial que autorizó la medida de injerencia en la intimidad domiciliaria, en particular, la ausencia de motivación y proporcionalidad de dicha resolución.



La carencia de motivación se habría materializado en que el Auto de 19 de diciembre de 1990 utilizó un modelo impreso que no satisfaría las exigencias mínimas de motivación y que, a pesar de lo argumentado en la Sentencia de instancia y en el Auto del Tribunal Supremo, ni podría ser integrado con la solicitud policial, ni, aunque pudiera serlo, supliría las carencias de la resolución judicial, dado que también adolecería de la misma falta de exteriorización de los indicios de criminalidad que afectaría a ésta y cuya concurrencia podrían justificarla dado el art. 550 en relación con el art. 546, ambos de la LECrim . Por tanto, ni el Auto judicial ni la solicitud policial exteriorizan la suficiente información que permite "realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida". Pues la alusión a "noticias confidenciales", aunque se consideren fidedignas, no podría fundar en este caso una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales. Por último, el Auto tampoco podría completarse con el "ulterior atestado policial", como hizo la Sentencia de primera instancia, pues, si bien, revela una mayor información, "no subsana la parquedad del oficio mismo que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada, y lo único que podrá estar llamado a integrar la resolución judicial".

Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente, ha de partirse de que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él [domicilio] sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio , FJ 8), que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (STC 126/1995, de 25 de julio , FJ 2; 139/1999, de 22 de julio , FJ 2; en el mismo sentido SSTC 290/1994, de 27 de octubre , FJ 31 ; 50/1995, de 23 de febrero , FJ 5 ; 41/1998, de 24 de febrero , FJ 34 ; 171/1999, de 27 de septiembre , FJ 10). A este respecto, ha de señalarse que "no se da garantía alguna cuando la resolución, aún de órgano judicial, se produce con un mero automatismo formal" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero , FJ 31 , 137/1985, de 17 de octubre , J 5 , 126/1995 , FJ 3 , 139/1999 , FJ 2), pues la autorización judicial "vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental" (STC 50/1995, FJ 5). Por tanto, la exigencia de motivación de la autorización judicial constituye la vía de verificación de la existencia de la ponderación judicial requerida como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999, FJ 10). Consecuencia de todo ello es que la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998 , FJ 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, FJ 10). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999 , FJ 8, 166/1999 , FJ 8, 171/1999 , FJ 10). Como ha recordado recientemente este Tribunal recogiendo la doctrina de la STC 49/1999 , "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (STC 49/1999 , FJ 8). Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios, en buenas razones o fuertes presunciones (SSTEDH caso Klass, caso Lüdi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1), o indicios de la responsabilidad criminal (art. 579.2)".

En la sentencia de 24 de mayo de 2021 concluíamos, a la vista de dicha doctrina, que el artículo 8.6 LJCA otorga efectivamente un mecanismo de control al Juez Contencioso- Administrativo, a los efectos, no sólo de preservar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sino también, y como presupuesto de éste, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, erigiéndose en consecuencia dicho mecanismo de control, en un auténtico filtro a efectos de evitar comportamientos arbitrarios de la Administración cuya interdicción viene proclamada ya por el artículo 9.3 de la Constitución y específicamente a través de la necesidad de que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como expresamente preceptúa el artículo 103.1 de la CE .



Y, por ello, en el análisis de la posible vulneración de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio sí tiene trascendencia que, en el caso concreto, la entrada y registro domiciliario se haya efectuado bajo los parámetros del auto judicial citado por cuanto corresponde al órgano judicial al acordar dicha autorización efectuar, como ya hemos referido, un control de la garantía constitucional analizada teniendo en cuenta los intereses enfrentados con arreglo a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad.

Así, en relación con el necesario acomodo al principio de proporcionalidad la función del Juez de lo Contencioso-Administrativo se extiende a realizar un juicio de proporcionalidad que valore los intereses en conflicto, de una parte la necesidad de que las Administraciones Públicas velen por el cumplimiento de la normativa y el interés general, en el ejercicio de sus competencias o potestades, y de otra parte el derecho fundamental en juego, de forma que aun cuando el acto administrativo sea regular, la autorización puede y debe ser denegada, si existiera una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá frecuentemente si la finalidad de la resolución puede ser conseguida por otros medios que aun siendo más gravosos para la Administración dejen indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio y el privado, en cuanto responde a la protección de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio lo que requiere una ponderación adecuada entre dichos intereses y a ello responde la doctrina del Tribunal Constitucional (STS 22/84 ; 144/87 ; 160/91 , entre otras).

Por tanto, desde el punto de vista de la garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18 de la Constitución , que es en rigor el que invoca la entidad actora, la autorización del juez de lo Contencioso Administrativo "... es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE , sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado", como literalmente afirma la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/19 .

En cuanto a si se cumplen las exigencias legales y reglamentarias de concreción del objeto y finalidad de la inspección, es indudable que lo hasta ahora expuesto no excluye la necesidad de analizar la corrección de la Orden en los términos en que lo ha precisado el mismo Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, en la que indica que "el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso la Orden de inspección- enjuicie ésta en su integridad". [...].».

QUINTO.- Se lamenta de que no se le permitiera al Director General de Correos Express contar con asistencia letrada ni el momento de firmar el recibí de la Orden de Investigación, de la notificación del auto judicial, ni al inicio de la Inspección, sin que tampoco se valorara mínimamente la posibilidad de una espera razonable de tan sólo 10 minutos al abogado interno de la Compañía.

Para el mero acto de comunicación o de notificación no se precisa la asistencia de abogado, de hecho la notificación va destinada al interesado y no su abogado. Además, la entrada y el registro podía llevarse a cabo sin el consentimiento de la inspeccionada, ante la existencia de un auto del Juzgado que autorizaba a la Dirección de Competencia para esta labor. No menciona la actora que el Acta de inspección revela que se le informó al Director General de CORREOS de la posibilidad de ser asistido en cualquier momento por letrado externo o interno, de modo directo o vía telefónica, ni que al jefe del equipo inspector informó telefónicamente a un letrado interno de la entidad sobre varias consultas que el formuló.

En cuanto a la situación que, según dice la demanda, le intimidó al Director General debido a las advertencias de posibles sanciones y la presencia policial, no resulta verosímil que ni la previsión legal de los incumplimientos a los que está obligada la empresa en el ámbito de la competencia, o la mera presencia policial fuera de las instalaciones, y no tuvo intervención alguna, supongan motivos de intimidación que condiciones ni la decisión ni la voluntad de quien tiene la dirección de la compañía. Tampoco expresó esta situación ante los funcionarios actuantes, ni que autorizara la inspección bajo este condicionante, incluso cuando se puso en contacto con su asistencia letrada.

En cuanto al filtrado de los documentos, CORREOS tuvo la final de la Inspección de la debida copia de los obtenidos por el equipo inspector; y de los intervenidos la demanda no ha indicado ni uno solo donde se haya podido vulnerar la confidencialidad abogado-cliente, sean documentos personales o documentos ajenos a la inspección.

SEXTO.- En definitiva, como advertíamos en la sentencia de 15 de diciembre de 18 de julio de 2016, recurso 136/2014, la CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:



- a) 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: debe 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; y,
- b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces 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.

Sin embargo, 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 las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, como hemos dicho la Orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas y del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para para un reparto de mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

SÉPTIMO.- Lo dicho nos lleva a desestimación del recurso, con la expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.**, contra la resolución de 4 de febrero de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con expresa condena en costas a la recurrente.

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.