



Roj: **STS 798/2023 - ECLI:ES:TS:2023:798**

Id Cendoj: **28079130032023100036**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/02/2023**

Nº de Recurso: **7650/2021**

Nº de Resolución: **253/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2226/2021,**
ATS 6654/2022,
STS 798/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 253/2023

Fecha de sentencia: 28/02/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **7650/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. **José María del Riego Valledor**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **7650/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. **José María del Riego Valledor**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 253/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. **José María del Riego Valledor**

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 28 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **7650/2021**, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada y defendida por el abogado del Estado, contra la sentencia de 20 de mayo de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 506/2017, sobre impugnación de una orden y actuaciones de investigación, en el que ha intervenido como parte recurrida Altadis S.A., Imperial Tobacco Spain S.L., Tabacalera S.L. y Altadis Canarias S.A., representadas por el Procurador de los Tribunales D. José Luis García Guardia, con la asistencia letrada de D. Antonio Martínez Sánchez y D. Leopoldo Reaño García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José María del Riego Valledor**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 20 de mayo de 2021, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"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."

Por auto de aclaración de 15 de junio de 2021 se corrigieron, a instancia de la parte recurrida, los errores materiales advertidos en el fallo de la sentencia, consistentes en la inclusión en éste de una referencia a una inspección, una investigación reservada y una resolución administrativa distintas a aquellas que fueron objeto del recurso.

La corrección de errores en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, operada por el mencionado auto de 15 de junio de 2021, fue la siguiente:

"La Sala Acuerda: Haber lugar a la rectificación solicitada, debiendo quedar el Fallo de la Sentencia dictada en el presente procedimiento con el siguiente tenor literal:

"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 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 en el marco de la información reservada tramitada por la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia bajo la referencia DP/058/15, quedando asimismo anulada la Resolución de 18 de mayo de 2017 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (expediente R/AJ/021/17 ALTADIS) 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."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de



instancia, por auto de 29 de septiembre de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión acordó en lo que ahora interesa, por auto de 6 de abril de 2022, lo siguiente:

"1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º **7650/2021** preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 20 de mayo de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 506/2017.

2.º) *Declarar que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las SSTs de 17 de septiembre de 2018 (casación 2922/2016) y 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014), en relación con la suficiencia o insuficiencia de la información de derechos como elemento para la válida prestación del consentimiento voluntario para la entrada domiciliaria para actuaciones inspectoras.*

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, será objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, los artículos 18.2 y 3 CE, en relación con el artículo 27.2, último párrafo, y apartado 4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia."

CUARTO.- El abogado del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, presentó, con fecha 23 de junio de 2022, escrito de interposición del recurso de casación,

El abogado del Estado fundamentó su recurso en las siguientes alegaciones:

i) Infracción del artículo 18, apartados 2 y 3, de la CE, en relación con el artículo 27, apartados 2 y 4, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la jurisprudencia, representada por las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2018 (recurso 2817/2015, asunto Repsol), en la que apoya la sentencia impugnada su razón de decidir y de 15 de junio de 2015 (recurso 1497/2014, asunto Montibello).

ii) La sentencia impugnada no refleja las circunstancias de hecho de forma exacta y no discute la información de derechos, pues consta en el acta de inspección que el recibí de la orden de inspección y conformidad con el uso de las facultades inspectoras se llevó a cabo a las 9:45, casi media hora antes de que se presentaran los abogados externos de la empresa, de forma que el consentimiento a la inspección ya se había producido antes de interesarse los abogados externos por la existencia del auto judicial.

iii) Se refiere también la parte recurrente al consentimiento informado desde la perspectiva de las circunstancias subjetivas de quien lo presta, el error inexcusable y el principio de buena fe. En este apartado el abogado del Estado considera erróneo el traslado indiscriminado a este caso de la fundamentación jurídica de los asuntos Repsol y Montibello, en que se apreció una falta de información previa que hace ineficaz el consentimiento prestado, pues la sentencia impugnada parte de la premisa inútil y contradictoria de que de haber conocido la existencia de autorización judicial de entrada y registro hubiera dejado de prestar consentimiento. Además, en el presente caso la información proporcionada es más que suficiente, atendidas las circunstancias subjetivas y objetivas (se contaba con autorización judicial supletoria del consentimiento) y la negativa siempre fue posible, atendiendo al nivel de asesoramiento con el que se contó y la diligencia exigible a quien presta servicios de dirección de asesoría en empresas de la magnitud de las investigadas.

iv) Seguidamente, se refiere la parte recurrente al consentimiento informado desde la perspectiva de la relevancia del contenido y, tras la transcripción de diversos apartados de las sentencias Repsol y Montibello, llega a la conclusión de que conocer la existencia de la previa autorización judicial concedida en este caso es irrelevante para la decisión de no consentir, porque de conocerla se habría consentido. El abogado del Estado considera que caben tres hipótesis: a) consentimiento prestado en un intento de entrada sin autorización judicial (caso Repsol), en la que la falta de conocimiento de esta circunstancia puede producir vicio de consentimiento, b) entrada consentida con autorización judicial denegada (caso Montibello), en la que también la falta de conocimiento de dicha circunstancia puede producir vicio del consentimiento, y c) entrada consentida con autorización judicial concedida, en el que la falta de conocimiento de esa circunstancia no presenta ninguna influencia respecto de los efectos del consentimiento del interesado, siendo este supuesto el que nos ocupa en este caso, en el que, indica el abogado del Estado, quedó probado que tal autorización judicial existía ("no existe auto denegatorio de entrada") y no hay voluntad de ocultar de ninguna clase,

v) Tras las anteriores alegaciones el abogado del Estado propuso a la Sala que en respuesta a la cuestión de interés casacional, confirmase la jurisprudencia recogida en las sentencias de esta Sala que ha citado, que mantiene que con carácter general es nulo el consentimiento presentado por error, violencia, intimidación o



dolo, y que introduzca la siguiente matización: *"Pero debe atenderse a determinadas condiciones subjetivas como la condición de responsable jurídico máximo de la persona jurídica que consintió la entrada y registro, con asesoramiento explícito y externo por abogados especializados en la materia, lo que excluye la posibilidad de error como vicio del consentimiento, debiendo considerarse el principio de buena fe en ambos sujetos jurídicos de la relación, y la valoración circunstanciada de la incidencia del principio de suficiencia del contenido de la información que ha de manifestarse para la válida emisión del consentimiento que se vincula a los elementos de aptitud de la autorización para la entrada"*.

Finalizó el abogado del Estado su escrito de interposición solicitando a la Sala que estime el recurso de casación, fije jurisprudencia en el sentido señalado y con arreglo a dicha doctrina, case y anule la sentencia recurrida, y ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia y su devolución a la Sala de la que proceden, para que dicte nueva sentencia resolviendo lo que proceda sobre las cuestiones y pretensiones planteadas.

QUINTO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó por escrito de 14 de septiembre de 2022, en el que alegó:

i) La inviolabilidad del domicilio y la trascendencia de la información facilitada para obtener el consentimiento del titular.

ii) La CNMC pretende que se modifique la jurisprudencia sobre la base de unos hechos que no han sido probados y que no son ciertos, en particular, la existencia de autorización judicial no se encuentra demostrada, sino que no hay prueba o indicio alguno que lleva a considerar que la misma fue siquiera solicitada.

iii) Los inspectores omitieron, en todo caso, información relevante para la formación de la voluntad y que afectaba a las consecuencias de su decisión.

iv) Los conocimientos jurídicos de los inspeccionados en ningún caso exoneran a los inspectores de su deber de facilitar toda la información relevante.

v) A mayor abundamiento, la modificación de la jurisprudencia propuesta por la CNMC es contraria al principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9 CE.

vi) En conclusión, la jurisprudencia actual es clara, ha sido correctamente aplicada por la sentencia de instancia y no resulta procedente la modificación propuesta por la CNMC

Por todo lo expuesto, la parte recurrida solicitó a la Sala que desestime el recurso de casación interpuesto por la CNMC en los términos referidos en su escrito, con expresa condena en costas a la parte recurrente en casación.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero de 2023, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia impugnada.

1.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de 20 de mayo de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 506/2017, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Altadis S.A., Imperial Tobacco Spain S.L., Tabacalera S.L. y Altadis Canarias S.A., contra la resolución del Consejo de la CNMC de 18 de mayo de 2017 y anuló la resolución impugnada y la actuación inspectora desarrollada en la sede de las citadas empresas los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017, con la declaración de que la citada actuación inspectora no ha de producir efecto alguno y el reconocimiento de derecho de las empresas recurrentes a que les sea devuelta la documentación intervenida como consecuencia de la actuación administrativa que se anula.

2.- La sentencia impugnada, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, destacó los siguientes antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio:

"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."

3.- La sentencia impugnada clasificó los motivos de impugnación en dos apartados: los que invocaban la ilegalidad de la orden de investigación y los que sostenían la ilegalidad de las actuaciones inspectoras.

Abordó en primer lugar los motivos de impugnación dirigidos contra la orden de investigación, bien por la inclusión injustificada de Tabacalera entre las empresas investigadas, bien por el carácter excesivamente amplio y genérico del objeto y finalidad de la inspección recogido en la orden de inspección, y razonadamente desestimó tales motivos.

4.- A continuación la sentencia impugnada examinó los motivos de impugnación relativos a la ilegalidad de las actuaciones inspectoras, comenzando por las alegaciones que denunciaban la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por estar viciado el consentimiento prestado por el representante de las empresas 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.

En este apartado señaló la sentencia impugnada, con la condición de hecho probado, lo siguiente:

"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."

Seguidamente, la sentencia impugnada tuvo en cuenta los criterios jurisprudenciales de esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias de 15 de junio de 2015 (recurso 1407/2014) y 12 de febrero de 2018 (recurso 2817/2015), sobre el consentimiento viciado cuando es prestado por error por la ocultación de un dato relevante y consideró que tales criterios eran enteramente trasladables al caso que nos ocupa, porque no podía considerarse conforme a las pautas de lealtad, buena fe y transparencia exigibles a la actuación administrativa la ocultación de un dato relevante como el relativo a si los inspectores habían solicitado autorización judicial para la entrada y si el juez había autorizado la entrada.

Así razonó la sentencia impugnada la aplicación en este caso de los criterios jurisprudenciales de esta Sala antes referidos y su apreciación de que el consentimiento dado por las mercantiles recurrentes estuvo viciado:

"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..."

SEGUNDO.- La cuestión objetiva de interés casacional.

1.- En los antecedentes de hecho de esta sentencia se ha indicado que la cuestión que en este asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, según el auto de admisión a trámite del recurso, consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las sentencias de 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014, caso Montibello) y 17 de septiembre de 2018 (recurso 2922/2016, caso Repsol), en relación con la suficiencia o insuficiencia de la información de derechos como elemento para la válida prestación del consentimiento voluntario para la entrada domiciliaria para actuaciones inspectoras.

TERCERO.- Posición de la Sala.

1.- En los antecedentes de hecho de esta sentencia quedaron resumidos los motivos de impugnación formulados por el abogado del Estado, a los que nos remitimos, que citan como normas y jurisprudencia infringidas por la sentencia recurrida el artículo 18. 2 y 3 CE, en relación con las facultades de inspección que establece el artículo 27. 2 y 4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y las sentencias de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014, caso Montibello) y 17 de septiembre de 2018 (recurso 2922/2016, caso Repsol).

2.- El artículo 18.2 CE garantiza, con el rango de derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio:

"El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito."

3.- Las sentencias del Tribunal Constitucional 54/2015 y de Pleno de este Tribunal Supremo de 23 de abril de 2010 (recurso 704/2004) indican que este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas, si bien la protección dispensada a estas es de una menor intensidad, lo que implica que la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en particular, de las sociedades mercantiles como las recurrentes, "solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros" (SSTC 69/1999, FJ 2 y 54/2015, FJ 5).

En este caso, la orden de inspección expresa que la misma tendría lugar en las sedes de las empresas recurridas, todas ellas en la calle Vía de los Poblados 3, edificio 7/8, plantas 3 y 4 y el acta de inspección muestra que en la sede de las empresas la inspección accedió a equipos y dispositivos informáticos en diversos despachos como los del presidente del Comité de Precios, la directora de Asuntos Corporativos y Legales, la directora de Inteligencia de Negocio y el director de Ventas entre otros. Se desarrolló la inspección, por tanto, en diversos despachos del domicilio social, vinculados a la dirección y administración de las empresas, en los que se custodiaban datos y documentación de la vida diaria de las sociedades, por lo que se trataba de espacios físicos constitucionalmente protegidos de las empresas recurridas, de acuerdo con los criterios que antes hemos expuesto.



4.- De acuerdo con el artículo 18.2 CE antes transcrito, únicamente existen dos supuestos en los que la CNMC pueda llevar a cabo conforme a derecho sus funciones de inspección y acceso a los espacios físicos constitucionalmente protegidos de una empresa, que se dan cuando medie el consentimiento previo del titular o una autorización judicial.

Así lo reconoce también el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que después de reconocer en las letras a) y e) al personal habilitado las facultades de inspección de acceder a los locales de las empresas y precintar dichos locales, advierte expresamente que: *"El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial."*

5.- Para que el consentimiento del titular legitime la injerencia, la sentencia de Pleno de esta Sala, de 23 de abril de 2010 (recurso 704/2004) relativa a un registro efectuado por la Inspección de Hacienda en el domicilio social de una empresa, consideró aplicable la jurisprudencia de la Sala Segunda de este Tribunal, que señala que el referido consentimiento *"debe estar absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo también estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño, por lo que el interesado debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere (sentencias, entre otras, de 1 de abril de 1996 , 4 de marzo de 1999 y 18 de febrero de 2005)"*.

En los mismos términos se pronuncia la más reciente sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2022 (recurso 1566/2021).

6.- Las dos sentencias de esta Sala citadas por la parte recurrente como infringidas, de fechas 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014, caso Montibello) y 17 de septiembre de 2018 (recurso 2922/2016, caso Repsol), declararon contrarias a derecho unas actuaciones inspectoras de la CNMC, basadas en el consentimiento del titular como fuente de legitimación de la actuación invasiva de locales de unas empresas protegidos por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, porque consideraron que el previo consentimiento del titular estuvo viciado por la ocultación de un dato relevante para la adopción del consentimiento que se solicitaba.

En el caso de la sentencia Montibello, la CNMC solicitó una autorización judicial para una entrada domiciliaria, que el Juzgado denegó por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud y posteriormente la autoridad de competencia procedió a solicitar el consentimiento voluntario de la empresa afectada, ocultando la información sobre la denegación de la autorización judicial, y la Sala consideró que no resultaba conforme a las pautas de lealtad, buena fe y transparencia exigibles a la actuación administrativa, la ocultación de ese dato relevante, que de haber sido conocido por la empresa inspeccionada probablemente habría desembocado en la oposición a la entrada pretendida.

En el caso de la sentencia Repsol, el personal de esta empresa preguntó a los inspectores si habían solicitado autorización judicial para la entrada y, por tanto, si el juez había dictado un auto de entrada en la empresa, a lo que la jefe del equipo de inspección respondió que *" no está autorizada a revelar la citada información"*.

Las dos citadas sentencias de esta Sala consideraron que los consentimientos estaban viciados, pues si con carácter general es nulo el consentimiento prestado 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.

7.- La sentencia impugnada señaló que las consideraciones de la sentencia Montibello eran trasladables a este caso, pues la respuesta evasiva se aparta de las pautas de lealtad, buena fe y transparencia en la actuación administrativa, sin que pueda excluirse que la ocultación de dicho dato relevante tuviese incidencia o fuera determinante en la prestación del consentimiento del responsable de la empresa inspeccionada.

La Sala comparte el anterior razonamiento, pues ciertamente la respuesta del equipo de inspectores de la CNMC a las preguntas de los asesores externos de las empresas inspeccionadas acerca de la existencia de una autorización judicial de entrada, que indicó que *"no había auto denegatorio de entrada"*, debe considerarse una respuesta elusiva, como la califica la sentencia impugnada, esto es, evasiva, incompleta y poco clara, que oculta un dato que, como examinaremos seguidamente, podía ser relevante para la prestación del consentimiento de las empresas recurridas a la entrada e inspección en su sede social por los inspectores de la CNMC.

8.- La parte recurrente alega que las circunstancias de hecho no aparecen reflejadas exactamente en la sentencia de instancia y que no se discute la información de derechos, señalando al respecto que la firma de conformidad y recibí de la orden de investigación y conformidad se firmó casi media hora antes de que se



incorporasen los abogados externos de la empresa y que preguntasen por cualquier circunstancia en relación con un posible mandato judicial.

Sobre dicha cuestión debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo expuesto en el acta de inspección, de manera inmediata a la entrega al representante de las empresas inspeccionadas de la orden de investigación, éste solicitó llamar a los abogados externos que tenían en materia de competencia (apartado 9), les llamó efectivamente y solicitó su presencia en la sede de las empresas (apartado 10), solicitó a los inspectores de la CNMC que se esperase a los abogados externos para el inicio de la inspección, pues llegarían en breves minutos (apartado 12). Los abogados externos llegaron a la sede de las empresas a las 10:12 horas (apartado 36) y es en ese momento cuando preguntaron a los inspectores por la notificación de un mandamiento judicial y por la existencia de circunstancias que haya de ponerse de manifiesto en relación con un posible mandamiento judicial y cuando la jefe del equipo de inspección les dio la respuesta que consta como hecho probado en la sentencia impugnada de que *"no había auto denegatorio de entrada"* (apartado 37); y 20 minutos más tarde de estas preguntas y respuestas sobre la existencia de mandamiento judicial, según resulta expresamente recogido en el acta de inspección (apartado 54) *"...A las 10:42 horas da comienzo material la inspección"*.

Así pues, la inspección en los locales de las empresas recurridas se inició con posterioridad a la que la sentencia impugnada califica como elusiva respuesta a la pregunta de los abogados externos sobre la existencia de autorización judicial, y se desarrolló toda la inspección durante los días siguientes, desde el 28 de febrero al 2 de marzo de 2017, ambos inclusive, sin que se produjera y recogiera en el acta de inspección una nueva respuesta o aclaración a la cuestión de la existencia de autorización judicial.

No consideramos por tanto que las cuestiones alegadas por la parte recurrente tengan relevancia sobre la respuesta dada por los inspectores de la CNMC a las cuestiones formuladas por los abogados externos de las empresas recurridas con anterioridad al inicio material de la inspección el día 28 de febrero de 2017.

9.- También alega el abogado del Estado para rechazar la aplicación efectuada por la Sala de instancia de los criterios jurisprudenciales de las sentencias Repsol y Montibello que, en este caso, el conocimiento de la existencia de la previa autorización judicial es irrelevante para la decisión de las empresas inspeccionadas de no consentir el acceso a sus locales, *"porque de conocerla la habrían consentido"* (página 14, último párrafo, del escrito de interposición),

La tesis que defiende el abogado sobre la irrelevancia de la respuesta dada por el equipo inspector en la prestación del consentimiento de las empresas recurridas a la inspección se fundamenta en la consideración de que *"en este caso queda probado que tal autorización judicial existía (no existe auto denegatorio de entrada)"* y no hay voluntad de ocultación de ninguna clase." (página 15, último párrafo, del escrito de interposición).

La Sala no puede estar de acuerdo con las afirmaciones del abogado del Estado sobre la existencia, en este caso, de una autorización judicial. Desde luego, la razón en que se basa el abogado del Estado para afirmar la existencia de la autorización judicial, que según expresa entre paréntesis es que no existe auto denegatorio de entrada, carece de lógica, pues que no exista auto denegatorio de entrada no significa necesariamente que exista auto de autorización, sino que también puede suceder que no exista auto de ninguna clase porque dicho auto no haya sido siquiera solicitado.

Debe decirse sobre este punto que no existe huella alguna en el expediente administrativo del auto de autorización de entrada que invoca el abogado del Estado.

En este sentido, la resolución de la CNMC de 18 de mayo de 2017, que desestimó el recurso administrativo interpuesto por las empresas aquí recurridas contra la orden de investigación y las actuaciones inspectoras de que tratamos en este recurso, reconoce (FD 2º) que Altadis demandó en sus alegaciones que se aportara como antecedente la solicitud de mandamiento judicial que, en su caso, haya efectuado la Dirección de Competencia para la entrada en la sede de Altadis, junto con la respuesta obtenida por el Juez, y sobre la referida petición el indicado acuerdo de la CNMC resolvió que como la Dirección de Investigación accedió a la sede de las empresas inspeccionadas con consentimiento de su representante, no procedía requerir a la citada Dirección los antecedentes solicitados.

Tampoco la sentencia impugnada hace en ningún momento referencia alguna a la existencia del auto judicial de autorización de entrada cuya existencia considera probada el abogado del Estado, y al respecto cabe señalar que si el representante de la CNMC considera que la existencia de un auto judicial de autorización de entrada es decisiva para considerar irrelevante la respuesta dada sobre esta cuestión por el equipo inspector, dispuso dicha parte del período de prueba en el recurso contencioso administrativo para aportar el indicado auto judicial, lo que no hizo.

En fin, a lo anterior se suma que el abogado del Estado ni siquiera identifica en su escrito de interposición del recurso el auto de autorización de entrada al que se refiere, con los datos que usualmente se utilizan para citar



cualquier resolución judicial, como juzgado o tribunal de procedencia, fecha y procedimiento, a fin de permitir a la parte recurrida y a esta Sala la comprobación de su existencia y contenido.

Todo lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción, que limita el recurso de casación a las cuestiones de hecho, con exclusión de las cuestiones de derecho, lo que impide tener por acreditada la existencia de una autorización judicial que la sentencia impugnada ni siquiera menciona y que la parte recurrente invoca sin cita alguna de la resolución judicial que la haya acordado.

Si no podemos tener por acreditada la existencia de la autorización judicial que el abogado del Estado invoca, la conclusión sobre la relevancia de la falta de información sobre esta cuestión en la formación del consentimiento para la entrada nos la ofrece el propio escrito de interposición de recurso (FJ 5º), que contempla tres hipótesis, una la de la existencia de autorización judicial, que por las razones expuestas no podemos acoger, y las otras dos son las de consentimiento prestado sin autorización judicial (caso Repsol) y consentimiento con autorización judicial denegada (caso Montibello), y en ambos casos, el abogado del Estado reconoce que la falta de conocimiento sobre las indicadas circunstancias de autorización judicial puede producir vicio de consentimiento.

Más en concreto, en la primera hipótesis de consentimiento prestado en un intento de entrada sin autorización judicial, que es el supuesto examinado en el caso Repsol y con el que este caso presenta similitud a falta la prueba de la existencia de una autorización judicial, el abogado del Estado admite que *"la falta de conocimiento por falta de manifestación de esta circunstancia puede producir vicio del consentimiento del interesado, por cuanto de haberla conocido pudiera haberse opuesto con éxito su consentimiento negativo"* (página 15 del escrito de interposición), coincidiendo de esta forma la parte recurrente con la apreciación de la sentencia impugnada respecto de la importancia o relevancia de la ocultación del dato de la inexistencia de autorización judicial en la prestación del consentimiento a la entrada.

CUARTO.- Conclusión.

Las consideraciones anteriores conducen a la desestimación del recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2021.

QUINTO. Respuesta a la cuestión de interés casacional.

En respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión a trámite del recurso de casación, y de conformidad con lo hasta aquí razonado, la Sala no estima procedente completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las sentencias de 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014) y de 17 de septiembre de 2018 (casación 2922/2016), sino que debemos reiterar el criterio jurisprudencial establecido en las referidas sentencias, que considera que si con carácter general es nulo el consentimiento prestado 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.

SEXTO.- Costas.

De conformidad con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se imponen las costas de casación a ninguna de las partes y se mantiene el pronunciamiento de la sentencia impugnada que tampoco hizo imposición de las costas de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

- 1.- Declarar no haber lugar y, por tanto, desestimar el presente recurso de casación número **7650/2021**, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de 20 de mayo de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 506/2017.
- 2.- No imponer las costas de casación a ninguna de las partes y mantener el pronunciamiento de la sentencia impugnada respecto de las costas de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.