

Roj: **STS 2879/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2879**Id Cendoj: **28079130032015100208**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **15/06/2015**Nº de Recurso: **1407/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1092/2014,**
STS 2879/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil quince.

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 **1407/2014** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y por COSMÉTICA COSBAR S.L (MONTIBELLO) representada por la Procurador D^a. María de los Ángeles Sánchez Fernández, contra la sentencia dictada con fecha 12 de marzo de 2014 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 172/2011, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida COSMÉTICA COSBAR S.L.", representada por la Procurador D^a. María de los Ángeles Sánchez Fernández; L'ORÉAL ESPAÑA S.A, representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado; HENKEL IBÉRICA S.A y HENKEL AG & CO. KGaA representadas por la Procurador D^a. María José Bueno Ramírez, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "Cosmética Cosbar, S.L." (MONTIBELLO) interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 172/2011 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2011 que en el expediente S/0086/08 (Peluquería Profesional) acordó:

<< **PRIMERO.-** Declarar a L'Oréal España, S.A. y su matriz L'Oréal, S.A.; Productos Cosméticos, S.L.U. (Wella) y su matriz The Procter & Gamble Company; The Colomer Group Spain, S.L. y a su matriz TCGP; Eugène Perma España, S.A.U. y a su matriz Eugene Perma Group S.A.S.; Cosmética Cosbar, S.L. (Montibello), Cosmética Técnica, S.A. (Lendan), Henkel Ibérica, S.A. y su matriz Henkel AG Co KGaA; DSP Haircare Products, S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (Stanpa), responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC, por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:

-L'Oréal España, S.A. una multa de 23.201.000 ? (Veintitrés millones doscientos un mil Euros). De este importe hasta un total de 21.854.000 ? (Veintiún millones ochocientos cincuenta y cuatro mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz L'Oréal, S.A;

-Productos Cosméticos, S.L.U. (Wella) una multa de 12.032.000? (doce millones treinta y dos mil Euros). De este importe hasta un total de 6.196.981? (seis millones ciento noventa y seis mil novecientos ochenta y un Euros) resulta responsable de forma solidaria su matriz The Procter & Gamble Company;



- *The Colomer Group Spain, S.L. una multa de 8.739.000? (ocho millones setecientos treinta y nueve mil Euros). De este importe hasta un total de 7.770.000?, (siete millones setecientos setenta mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz TCGP;*

- *Eugène Perma España, S.A.U. una multa de 2.288.000? (dos millones doscientos ochenta y ocho mil Euros). De este importe hasta un total de 1.523.000?, (un millón quinientos veintitrés mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz Eugene Perma Group, S.A.S.;*

- *Cosmética Cosbar, S.L. (Montibello) una multa de 2.555.000? (dos millones quinientos cincuenta y cinco mil Euros).*

- *Cosmética Técnica, S.A. (Lendan) una multa de 1.003.000? (un millón tres mil Euros).*

- *Henkel Ibérica, S.A. una multa de 9.890.000?, (nueve millones ochocientos noventa mil Euros) de la que es responsable solidaria su matriz Henkel AG Co KgaA.*

- *DSP Haircare Products, S.A. una multa de 299.000? (doscientos noventa y nueve mil Euros).*

- *Y a la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (Stampa) una multa de 900.000? (novecientos mil Euros).*

TERCERO.- Eximir a Henkel Ibérica, S.A. y a su matriz Henkel AG Co KGaA del pago de la multa que le corresponde por reunir los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC .

CUARTO.- Las anteriores empresas y la Asociación justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve segundo.

QUINTO.- Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución. >>

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 16 de diciembre de 2011, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia " *por la que se estime íntegramente el presente recurso se declare no ser conforme a derecho el acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 2 de marzo de 2011, por el que se acuerda declarar a Cosmética Cosbar, S.L. (Montibello), junto con otras empresas del sector, responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008, y por el que se acuerda imponer a mi representada una multa de 2.555.000 euros (dos millones quinientos cincuenta y cinco mil euros) y, en su consecuencia, se anule la referida resolución, dejándose sin efecto, y declarándose expresamente la inexistencia de infracción alguna imputable a mi representada y, por ende, la improcedencia de la exigencia de la sanción mencionada "*

Por otro sí solicitó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 24 de enero de 2013, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia " *por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho "*.

CUARTO.- "Henkel Ibérica, S.A." y "Henkel AG & Co." contestaron a la demanda por escrito de 8 de marzo de 2013 y suplicaron a la Sala que dictase sentencia " *por la que desestime el presente recurso contencioso-administrativo "*.

QUINTO.- Por Auto de 15 de marzo de 2013 se declaró precluido el trámite para contestar a la demanda a las codemandadas "L'Oréal España S.A." y "L'Oréal S.A." y "Productos Cosméticos S.L.U" (Wella) y se acordó el recibimiento a prueba.

SEXTO.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente 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 12 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

<< *FALLAMOS: Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Cosmética Cosbar, S.L. (Montibello) representada por la Procuradora Sra. Sánchez Fernández, 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 2 de marzo de 2011, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada en la delimitación del mercado afectado -peluquería profesional- y los datos aportados*



por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos, confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas. >>

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de mayo de 2014 "Cosmética Cosbar, S.L." (MONTIBELLO) interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **1407/2014** contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "incongruencia omisiva -que, a su vez, se produce en torno a dos de las cuestiones esgrimidas por mi principal en el proceso de instancia-, al no pronunciarse sobre: (i) la existencia de intimidación en la obtención del consentimiento necesario para la realización de la inspección ni (ii) cuáles fueron los efectos del Segundo acuerdo de suspensión del procedimiento sancionador, en relación con la caducidad del referido procedimiento."

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que cita.

OCTAVO.- Por escrito de 2 de julio de 2014 el Abogado del Estado interpuso igualmente recurso de casación al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional :

Único: por infracción "de los artículos 1 , 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 3 del Código Civil sobre interpretación de las normas, y el artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003".

NOVENO.- Por escrito de 18 de noviembre de 2014 "Cosmética Cosbar, S.L." (MONTIBELLO) se opuso al recurso interpuesto de contrario y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la Administración recurrente.

Con fecha 20 de noviembre de 2014 "L'Oréal España, S.A." se opuso al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y suplicó a la Sala que dicte sentencia "por la que se desestime el presente recurso de casación, confirmando la legalidad de los pronunciamientos de la sentencia objeto de impugnación por la Abogacía del Estado, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora".

DÉCIMO.- En esa misma fecha "L'Oréal España, S.A." se opuso al recurso de casación interpuesto por "Cosmética Cosbar, S.L." (MONTIBELLO) y suplicó sentencia "por la que se desestime el presente recurso de casación, confirmando la legalidad de los pronunciamientos de la sentencia objeto de impugnación por Cosmética Cosbar, S.L."

El Abogado del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto por "Cosmética Cosbar, S.L." (MONTIBELLO) mediante escrito de 26 de noviembre de 2014 y suplicó su desestimación e imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

UNDÉCIMO.- Por providencia de 23 de febrero de 2015 la Sala acordó:

<< Existiendo en esta Sección varios recursos de casación referentes a la impugnación del mismo acto administrativo de la Comisión Nacional de la Competencia (entre ellos, el recurso nº 3253/2014, aún en trámite), y vista la conveniencia de una deliberación conjunta de todos ellos, se deja sin efecto el señalamiento para votación y fallo efectuado para el día 24 de febrero de 2015, y se señala para votación y fallo del presente recurso el día 2 de junio de 2015..>>

Conforme a lo acordado, se ha deliberado el presente procedimiento el día 2 de junio de 2015, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 12 de marzo de 2014 , estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Cosmética Cosbar, S.L." (MONTIBELLO) contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2011, en el expediente S/0086/08 (Peluquería Profesional), en cuanto a la sanción de multa de 2.555.000? (dos millones quinientos cincuenta y cinco mil Euros), impuesta a la recurrente.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por Cosbar es muy defectuoso desde el punto de vista sistemático, no siendo fácil en ocasiones precisar a qué parte de la sentencia de instancia se reprochan las censuras en él expuestas. Incurre, además, en la práctica -rechazada reiteradamente por esta Sala- de acumular en un mismo motivo supuestas infracciones de normas de naturaleza heterogénea.



Si ciertamente existe mayor claridad en cuanto al primer motivo, deducido al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, en el que se critica la supuesta incongruencia omisiva de la sentencia, hay, por el contrario, una notable confusión expositiva en el segundo motivo, interpuesto al amparo del artículo 88.1.d) de la referida Ley, subdividido en apartados, epígrafes y epígrafes que dificultan su lectura. Contrasta este modo de articular el recurso de casación con el mucho más ordenado escrito de demanda. A lo largo de los sucesivos fundamentos jurídicos de ésta, la recurrente alegaba como motivos de nulidad del acto impugnado los siete que resume -y a los que da ulterior respuesta- el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico sexto de la sentencia con estos términos:

<< 1.- Nulidad de la resolución impugnada al haberse realizado la inspección pese a haberse denegado judicialmente la entrada en el domicilio de Montibello y sin el consentimiento expreso y libre de la empresa. Vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Artículos 18.2 de la CE art. 40 LDC y 62.1.a) y e) de la LRJPAC.

2.- Prescripción de parte de la infracción sancionada por la resolución impugnada.

3.- Caducidad del procedimiento sancionador con arreglo a lo previsto en el art. 36 y 38 de la LDC y el art. 28 del RLDC.

4.- Aplicación indebida por parte de la CNC del art. 1 y de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Falta de prueba de las supuestas conductas colusorias imputadas.

5.- Inexistencia de conducta colusoria por parte de la actora y, en consecuencia, ausencia de infracción.

6.- Infracción del principio de interpretación razonable de la norma.

7.- Subsidiariamente, calificación errónea como muy grave de la supuesta infracción cuya existencia se niega. Vulneración del principio de proporcionalidad.>>

TERCERO.- En el primer motivo de casación, planteado por el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, se imputa al tribunal de instancia el defecto procesal de "incongruencia omisiva". En opinión de la recurrente, la sentencia incuriría en él al no haberse pronunciado sobre "(i) la existencia de intimidación en la obtención del consentimiento necesario para la realización de la inspección ni (ii) cuáles fueron los efectos del segundo acuerdo de suspensión del procedimiento sancionador, en relación con la caducidad del referido procedimiento."

El motivo ha de ser rechazado. La Sala se hace eco de la tesis del recurrente cuando afirma, al tratar sobre la primera alegación de la demanda, que según este escrito procesal "[...] la entrada en el domicilio de Montibello se hizo sin el consentimiento expreso y libre del representante legal de la empresa [...]"(fundamento jurídico séptimo de la sentencia". Rechaza el Tribunal esta alegación al sostener, de modo repetido, que la inspección se llevó a cabo con la colaboración del director gerente de la sociedad, que no hubo oposición, "antes al contrario", pues "a lo largo del acta consta en todo momento la colaboración del Director Gerente a la realización de la inspección" y que "por parte de los funcionarios de la CNC se invitó, en dos ocasiones, a la representación de la entidad para que si lo considerara oportuno, contasen en el desarrollo de la investigación con la presencia de letrado, pese a lo cual, el Director Gerente no lo consideró necesario". Afirmaciones del Tribunal que ponen de relieve su rechazo a considerar que la voluntad de los directivos de la empresa presentes en la inspección hubiese sido conseguida mediante intimidación.

Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la jurisprudencia constante ha señalado que la congruencia es una exigencia procesal en cuya virtud el contenido de la sentencia debe guardar correspondencia con las cuestiones debatidas y pretensiones formuladas por las partes en el proceso (artículos 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional). En consecuencia, a efectos de apreciar una posible incongruencia debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, que no requieren una respuesta explícita y pormenorizada, y las pretensiones, que sí exigen una respuesta congruente sin más excepción que la de una desestimación tácita que pueda deducirse del conjunto de razonamientos de la decisión. Tal es el caso en cuanto concierne a la intimidación denunciada por la recurrente, que, como hemos explicado, puede entenderse implícitamente rechazada por la Sala desde el momento que esta resalta el clima de colaboración en que se desarrolló la inspección.

Tampoco existe incongruencia omisiva en lo que se refiere al cómputo del plazo de caducidad. Más en concreto, la Sala se refiere, para después desestimarla, a la alegación de la parte actora relativa a un segundo acuerdo de suspensión adoptado el 31 de enero de 2011 y mantenido hasta el 1 de marzo del mismo año. Dicho acuerdo, según afirma el Tribunal al resumir la tesis de aquella parte, era calificado en la demanda como



"improcedente por cuanto el procedimiento ya se hallaba caducado con fecha 14 de enero de 2011 y porque, en cualquier caso, la finalidad perseguida era dilatar la tramitación del procedimiento".

El rechazo de esta alegación está implícito en el razonamiento de la sentencia de instancia sobre el alcance temporal del primer acuerdo de suspensión, que se extendía hasta que existiera un pronunciamiento judicial en relación con la inspección domiciliaria, cuestionada en otro recurso. Afirma, a este respecto, la Sala de la Audiencia Nacional que "la reanudación del plazo en este supuesto no puede venir dada por la fecha de la sentencia como opina la actora, sino por la fecha de su notificación, que es cuando la CNC tiene efectivo conocimiento de la misma y puede ordenar el levantamiento de la suspensión, no antes. Por tanto notificada la misma el día 21 de octubre de 2009 el periodo de suspensión fue de 442 días por lo que el plazo finalizó con posterioridad a la fecha en que se notifica la resolución sancionadora que lo fue el 3 de marzo de 2011." Con este pronunciamiento, repetimos, implícitamente se da también respuesta a las alegaciones vertidas en cuanto al "segundo" acuerdo de suspensión.

CUARTO.- El segundo motivo de casación, por la vía del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, consta de dos grandes apartados. En el primero de ellos se censura la infracción de un sin fin de normas del ordenamiento jurídico, algunas más o menos relacionadas con el objeto litigioso pero otras ajenas del todo a él (así por ejemplo, las relativas a las liquidaciones tributarias) y al contenido de la sentencia impugnada. El desarrollo argumental de esta parte del motivo segundo comprende hasta doce epígrafes que pueden agruparse -a pesar de que la defensa de la sociedad recurrente no lo hace- en torno a las siguientes cuestiones:

A) Las relativas a la entrada en el domicilio de la empresa. La recurrente considera que esta parte de la sentencia vulnera los artículos 9.3, 18.2 y 25 de la Constitución; el artículo 40.2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia; los artículos 3, 4, 1218 y 1265 del Código Civil; el artículo 319, apartados 1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los artículos 62.1. a) y e) y 64.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, y los "artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 del Convenio de Roma y 17 del Pacto Internacional de Nueva York."

B) Las relativas a la caducidad del procedimiento sancionador. A juicio de la recurrente la parte de la sentencia que corresponde a esta cuestión vulnera los artículos 36 y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia; los artículos 12 y 28 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia; el artículo 44 de la Ley 30/1992 y los artículos 3 y 4 del Código Civil.

C) Las relativas a la prueba de los hechos, la calificación de la infracción, la culpabilidad de su autor y la cuantía de la sanción impuesta. Respecto de todas estas cuestiones, sucesiva o simultáneamente, la defensa de Cosbar denuncia la infracción del artículo 179. d) de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, General Tributaria; de los artículos 1, 61, 62.4. a), 63.1. c) y 64 y la Disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia; del artículo 131 de la Ley 30/1992 y de los artículos 15 "del Reglamento nº 17 UE (sic) y artículo 65 del Tratado CECA".

En la segunda parte del segundo motivo de casación, con idéntica confusión sistemática, la recurrente reprocha a la Sala de instancia la vulneración de la jurisprudencia, que refiere a varias de las infracciones previamente denunciadas o incorpora por vez primera en su recurso. Lo hace a través de los siguientes epígrafes que literalmente trascribimos:

"1) En cuanto a la inviolabilidad del domicilio y a la necesidad de que el consentimiento para la entrada en el mismo sea previo y expreso".

"2) En cuanto a la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de los derechos fundamentales y a la interpretación más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos".

"3) En cuanto a la prescripción de la infracción y al carácter de infracción continuada".

"4) En cuanto a la caducidad del procedimiento sancionador".

"5) En cuanto a la interpretación que hace la sentencia del artículo 40 de la LDC y del artículo 12.2 del RLDC".

"6) En cuanto a la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras o no favorables".

"7) En cuanto al principio de interpretación razonable de la norma".

"8) En cuanto a la inexistencia de infracción. A) En cuanto a la inexistencia de infracción. B) En cuanto a la graduación de la sanción".

"9) En cuanto a la competencia de la Audiencia Nacional para fijar la nueva cuantía de la sanción impuesta".



Examinaremos estas alegaciones a continuación, comenzando por las concernientes a la discutida legalidad de la entrada en el domicilio de la empresa recurrente.

QUINTO .- La mercantil actora, adujo en su demanda, entre otros extremos, que la sanción impugnada se había impuesto tras la tramitación de un expediente seguido en relación con diversas empresas del sector de fabricación de productos de peluquería profesional, por la supuesta realización de prácticas restrictivas de la competencia; resultando que en el curso de dicho expediente la Abogacía del Estado había solicitado al Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 15 de Barcelona autorización para la entrada en el domicilio de la empresa a fin de llevar a cabo prácticas de investigación. Pues bien, el Juzgado denegó la autorización pretendida mediante Auto de 16 de junio de 2008, por no haberse justificado razones suficientes para otorgarla. Sin embargo, a pesar de dicha denegación, la CNC compareció ante el domicilio de la empresa para llevar a cabo una inspección, como así hizo, pero sin recabar el consentimiento previo y expreso de la empresa para realizarla ni advertirle de la anterior denegación de la entrada por el Juzgado. Consideraba la recurrente que esa inspección estaba viciada por no haberse obtenido con carácter previo a su realización el consentimiento expreso de la empresa inspeccionada y sobre todo por haberse ocultado intencionadamente el hecho trascendente de que pocos días antes el Juzgado competente había denegado la misma entrada que luego se llevó a cabo. Denunciaba, en suma, la indebida aplicación del art. 40 LDC y la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE).

La sentencia de instancia, parcialmente estimatoria del recurso, no acogió esta concreta alegación de la demandante. Razona la sentencia, en su fundamento de Derecho 7º, lo siguiente:

<<[...] Empezando por la primera cuestión, señala la parte actora que la entrada en el domicilio de Montibello se hizo sin el consentimiento expreso y libre del representante legal de la empresa y pese a que el juzgado contencioso-administrativo nº 15 de Barcelona había denegado expresamente la autorización judicial para ello, lo que ha constituido una flagrante vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, además, de una infracción del artículo 40 de la LDC , lo que determina necesariamente la nulidad de la resolución impugnada.

Señala que el consentimiento otorgado por Montibello no fue libre por cuanto se obtuvo con intimidación y sin informar al representante legal de la empresa de que el Juzgado contencioso-administrativo nº 15 de Barcelona había denegado la autorización solicitada y sin que se le informase al representante de la empresa de su derecho a denegar la entrada. Es por ello por lo que considera que los hechos declarados probados en virtud de la inspección realizada en la sede de Montibello el día 19 de junio de 2008 constituyen una prueba ilícita, por lo que la resolución impugnada se ha dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

El artículo 40 de la LDC de 3 de julio de 2007 en cuanto a las Facultades de inspección, dispone:

1. El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado *por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley.*

2. *El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:*

a) *acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,*

b) *verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,*

c) *hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,*

d) *retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b),*

e) *precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,*

f) *solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.*

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.

3. *Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado.*

4. *Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición, éste deberá solicitar la correspondiente autorización judicial*



cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

5. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley.

Es claro a la vista del precepto transcrito que la correspondiente autorización judicial sólo se precisa para el caso de que el afectado no preste el consentimiento expreso.

En el caso que nos ocupa el Acta de la Inspección obrante a los folios 2290 a 2296 del expediente indica que la inspección se llevó a cabo con la colaboración de D. Aquilino , en su condición de Director Gerente, quien expresamente autorizó para la firma del acta en caso de su ausencia a D. Balbino , no mostrando su oposición antes al contrario, a lo largo del acta consta en todo momento la colaboración del Director Gerente a la realización de la inspección, así como sus respuestas a las 12 preguntas que le formularon los inspectores de la CNC, así como las respuestas dadas por Don. Balbino al cuestionario remitido por los funcionarios de la CNC y la entrevista realizada a Encarnacion , hija del Director Gerente de Montibello.

Igualmente consta que por parte de los funcionarios de la CNC se invitó, en dos ocasiones, a la representación de la entidad para que si lo considerara oportuno, contasen en el desarrollo de la investigación con la presencia de letrado, pese a lo cual, el Director Gerente no lo consideró necesario.

No constanding oposición, todo lo contrario, colaboración por parte de la empresa inspeccionada, la autorización judicial -que efectivamente fue denegatoria- no era precisa, sin que ello implique vulneración alguna del derecho a la inviolabilidad del domicilio en los términos que el art. 18 de la Constitución reconoce. Para que dicha vulneración se hubiera producido hubiera sido preciso una oposición de Montibello formalmente manifestada, como ocurrió con la empresa Stanpa, otra de las implicadas, que además de oponerse interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actividad inspectora de la Dirección de Investigación y que finalizó con STS de fecha 27 de abril de 2012 (Recurso de casación 6552/09) que anuló la entrada en la sede que Stanpa tenía en Barcelona al haberse revocado el Auto judicial de autorización de entrada en dicha sede. No acontece lo propio en el presente supuesto razón por la que no puede prosperar dicho motivo.>>

Ahora, en casación, la entidad recurrente, en el segundo motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , y concretamente, en el apartado "A" del mismo, denuncia desde la perspectiva propia del tema de fondo la vulneración del artículo 18.2 de la Constitución y del artículo 40.2 de la Ley de Defensa de la Competencia , alegando que según el referido artículo 40 el consentimiento de la empresa inspeccionada para la entrada en su domicilio ha de ser "previo y expreso" a la práctica de la inspección, y en este caso no existe ningún consentimiento expreso otorgado con carácter previo a la realización de la expresión. Por añadidura -continúa la actora su exposición-, la Abogacía del Estado había recibido la notificación del Auto denegatorio de la entrada antes de que la inspección de la CNC se promoviera, y aun así la CNC llevó a cabo la inspección sin advertir ni comunicar a la empresa inspeccionada la existencia de esa resolución judicial denegatoria, ni informarle del derecho que tenía a negar la entrada en el domicilio.

En la misma línea, el apartado "B" de este segundo motivo denuncia la vulneración de los arts. 9.3 y 25 de la Constitución , en cuanto recogen el principio de interpretación restrictiva de normas sancionadoras o no favorables, pues, siempre a juicio de la recurrente, la interpretación del art. 40 LDC es contraria a Derecho en cuanto admite la posibilidad de otorgar un consentimiento "tácito" o implícito y además " a posteriori ". Más aún, la tesis sostenida por la Sala de instancia infringe el principio de culpabilidad en cuanto rechaza la interpretación más razonable de la norma en perjuicio de la expedientada.

El apartado "C" persiste en el mismo enfoque, esta vez denunciando la vulneración del art. 1265 CC , que declara nulo el consentimiento prestado con error, violencia, intimidación o dolo. Considera la recurrente que aún admitiendo la existencia de un consentimiento, el mismo estaría viciado por haberse prestado con error al no haberse advertido ni informado de la previa denegación de la entrada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo.

En similares términos, el apartado "D" denuncia la vulneración del art. 319, apartados 1º y 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del art. 1218 CC , por haber prescindido la Sala de instancia del Auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo que denegó la petición de autorización judicial de entrada.

Y el apartado "E" abunda en la misma cuestión, denunciando la vulneración del artículo 62.1, apartados a) y e), y 64.2. Sostiene la parte recurrente que las actuaciones inspectoras son nulas de pleno derecho por haber infringido derechos fundamentales, y añade que la sanción impuesta se ha basado en pruebas obtenidas de forma ilícita.



En el apartado "H" se denuncia vulneración, por similares razones, de los arts. 3 y 4 del Código Civil, por no haberse interpretado como procedía el art. 40 LDC en el sentido de que el consentimiento para la entrada domiciliaria ha de prestarse de forma previa y expresa, y no tácitamente y *a posteriori*.

En fin, el apartado "J" denuncia la vulneración de los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 del Convenio de Roma y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reiterando una vez más que el consentimiento ha de ser previo y expreso y que en el caso examinado ni fue previo ni fue expreso.

No detiene ahí la parte recurrente su examen de la cuestión, pues a continuación aduce la vulneración de la jurisprudencia recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo y también del Tribunal Constitucional, reiterando las mismas alegaciones que ha hecho al hilo de las denuncia de las infracciones jurídicas anotadas.

En definitiva, toda esta argumentación de la parte recurrente puede reconducirse a dos tesis, a saber, la primera, que el consentimiento para la entrada en el domicilio empresarial tiene que ser "previo y expreso", lo que en este caso no tuvo lugar; y la segunda, que en todo caso, el consentimiento de la empresa estuvo viciado por cuanto que se le ocultó el dato relevante de que la entrada en dicho domicilio había sido denegada sólo unos días antes por el Juzgado competente para su autorización.

Centrado, así, el objeto del debate, nuestra respuesta ha de comenzar por recordar lo que establece, en cuanto ahora interesa, el art. 40 LDC (aplicable al litigio *ratione temporis*). A tenor del mismo, el personal de la CNC debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley. El personal habilitado a tal fin tendrá, entre otras, la facultad de inspección consistente en acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Ahora bien, el ejercicio de esta facultad requiere, en expresión literal del precepto, " *el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial* " (apartado 2º, *in fine*).

Sobre la interpretación de este apartado que acabamos de transcribir, ha matizado la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2015, rec. 927/2012 que « *no es acertado entender que la expresión "en su defecto" contenida en el artículo 40.2 de la Ley de Defensa de la Competencia supone que necesariamente ha de intentarse la entrada con carácter voluntario antes de solicitar la autorización judicial. La locución tan sólo supone que, de no haber consentimiento, éste puede ser suplido por la autorización judicial, no que exista una suerte de procedimiento en fases sucesivas* ».

Así pues, corresponde a la Autoridad administrativa actuante decidir el procedimiento de actuación más adecuado a la hora de llevar a cabo una inspección en el domicilio de una empresa; de manera que la petición al Juez no tiene por qué haber venido precedida por el intento infructuoso de entrada consentida, pero, a la inversa, tampoco la Ley exige que necesariamente se haya de solicitar la autorización judicial con carácter previo al intento de entrada consentida por el representante de la empresa. Serán las circunstancias de cada expediente de investigación, casuísticamente consideradas, las que determinen la opción por una u otra vía, o por ambas de forma sucesiva.

Desde esta perspectiva, el hecho de que se haya denegado la autorización judicial para la entrada no constituye un obstáculo insalvable para que posteriormente se intente la entrada consentida por el empresario inspeccionado. Puede ocurrir, entre otros, que la autorización judicial haya sido denegada por razones puramente procesales, o simplemente porque no se han aportado ante el Juez los datos necesarios para apreciar en ese momento la necesidad de la entrada en domicilio. Tanto en uno como en otro supuesto, la denegación por el Juez no supondrá un juicio definitivo y firme con fuerza de cosa juzgada sobre la pertinencia de la entrada en el domicilio empresarial, sino simplemente la constatación de que al tiempo en que la petición de autorización judicial se formula, o bien no se han seguido las formalidades adecuadas, o bien no se han suministrado en ese preciso momento los elementos de juicio necesarios; siendo tanto uno como el otro obstáculo salvables por una diligente actuación posterior que replantee la cuestión salvando las deficiencias observadas.

Ahora bien, aún siendo esto así, si se opta por instar el consentimiento del empresario afectado, bien sin previa solicitud judicial bien previa solicitud infructuosa, lo que en todo caso resulta necesario es que el consentimiento de este se proporcione con plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se le pide autorización; y es en este sentido como ha de interpretarse la exigencia del precepto de que el consentimiento sea previo y expreso, como tanto enfatiza la parte recurrente.

Sobre el carácter "previo" ha de tenerse en cuenta que se cumple este requisito siempre que se recabe el consentimiento antes del inicio material de las actuaciones inspectoras. La mera comparecencia en el domicilio de la empresa para comunicar la decisión de llevar a cabo una inspección (y recabar



el consentimiento correspondiente) no es por sí misma un acto de inspección sino un acto lógico y cronológicamente anterior a la inspección, que tiene por objeto precisamente informar de la realización de la inspección y pedir el consentimiento para la entrada en el domicilio de la empresa afectada. Será una vez obtenido ese consentimiento cuando la inspección propiamente dicha comience.

A su vez, por lo que respecta al carácter expreso, puede entenderse que dicho requisito también se cumple cuando consta fehacientemente (por haberse dejado constancia en el acta) que la empresa ha sido debidamente informada sobre el contenido y finalidad de la inspección antes de su inicio, ha franqueado sin reservas el paso a los inspectores, ha colaborado activamente con ellos en el desempeño de su labor, y ha firmado el acta correspondiente sin protestas o salvedades; pues en tal caso es la propia suscripción del acta, en la que figura que la empresa ha sido convenientemente informada antes del inicio de la inspección y ha facilitado materialmente las actuaciones subsiguientes, la que demuestra que el consentimiento se ha obtenido.

No obstante, para que esto sea así resulta necesario que haya constancia fehaciente de que la empresa ha permitido la entrada en el domicilio a la inspección con plenitud de conocimiento sobre aquello que ha autorizado (hasta donde no se comprometa insalvablemente el efecto útil de la actuación investigadora en curso). Esto es, el consentimiento "expreso" sólo puede entenderse válidamente emitido cuando el mismo se presta previa ilustración del contenido y circunstancias de lo que se pretende llevar a cabo, o lo que es lo mismo, del objeto y finalidad de la inspección, pues si con carácter general mal se puede consentir aquello cuya trascendencia se desconoce o se desfigura, más aún será así cuando lo que se pretende realizar es una actuación invasiva del recinto protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En este sentido, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha referido al "derecho de oposición" de las empresas sometidas a inspección (sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2013, asunto T-289/11 y acumulados); derecho contemplado a nivel comunitario en el artículo 20, apartados 6º y 7º, del reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Para que ese derecho de oposición sea funcional y eficaz, es imprescindible que al sometido a inspección se le facilite, con carácter previo a la obtención del consentimiento, información suficiente sobre las características de la infracción objeto de sospecha y sobre el modo en que la empresa inspeccionada está implicada en ella; pero también es necesario que se le faciliten otros datos que -reiteramos- sin llegar a comprometer irreversiblemente el efecto útil de la actividad inspectora pretendida, resulten relevantes, atendidas las circunstancias peculiares del caso, para formar su criterio sobre el consentimiento que se le pide.

Y entre esos datos que resultan relevantes se encuentra sin duda las circunstancias que tienen lugar en este caso. La Autoridad de competencia consideró procedente solicitar la autorización judicial de entrada domiciliaria sin haber intentado previamente obtener el consentimiento voluntario de la empresa afectada. Ya hemos dicho que tal forma de proceder no puede tenerse por contraria a Derecho. Ahora bien, una vez que el Juzgado denegó tal autorización por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud, era una exigencia de buena fe no ocultar ese dato a la empresa y no proceder como si nunca se hubiera pedido autorización judicial y nunca se hubiera denegado dicha solicitud. Más bien al contrario, las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y sí puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida.

Así ocurre en este caso, pues la comparecencia de los agentes de la CNC en el domicilio de la empresa tuvo lugar cuando ya se había dictado y se le había notificado la resolución judicial denegatoria de la misma entrada domiciliaria; denegación acordada por no haberse justificado debidamente las circunstancias que la legitimarían. En aras de la lealtad, buena fe y la transparencia en la actuación de la Administración, correspondía a la Administración actuante explicar las circunstancias concurrentes a la empresa afectada, a fin de que esta manifestase si aún así aceptaba la práctica de la inspección pretendida o si se oponía a ella, lo que, insistimos, no se hizo, pues dicha circunstancia fue omitida a quien tenía interés en conocerla.

En definitiva, la ocultación del dato indicado, que era relevante determinó que el consentimiento dado por la empresa entonces inspeccionada y ahora recurrente 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.



La consecuencia de cuanto se acaba de razonar es la estimación del segundo motivo de casación, y la consiguiente situación en la posición procesal del Tribunal de instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción .

SEXTO .- Situados, pues, en la indicada posición procesal del Tribunal de instancia, tenemos que valorar la trascendencia de la irregularidad procedimental apreciada.

Es claro que la documentación obtenida a raíz de la inspección practicada en la sede de la empresa actora no puede ser tomada en consideración por haber sido obtenida con infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Pero, de este dato no se desprende necesariamente la íntegra estimación del recurso contencioso-administrativo y consiguiente anulación de la multa impuesta, pues aún prescindiendo de los elementos probatorios recabados mediante esa concreta inspección, queda por determinar si los demás elementos de prueba obtenidos por otras fuentes distintas, y tomados en consideración por la CNC en su resolución final, pueden servir por sí mismos para sostener válida y eficazmente la sanción impuesta acusación formulada contra la recurrente.

La empresa recurrente, en sus sucesivos escritos procesales, insiste en que la inspección realizada en su domicilio debe tenerse por inválidamente efectuada. En la demanda, apunta y relaciona los datos contenidos en la resolución sancionadora y en el pliego de concreción de hechos en que esta se sustentó, que han sido recabados a partir de la información obtenida en la inspección practicada a esa misma empresa. Así, incluye hasta setenta y dos ocasiones en que la resolución se refiere a documentación recabada en las inspecciones de Montibello. En tal sentido, adjunta a su demanda un documento, señalado como nº 3, en el que enumera y detalla esas citas.

Desde luego, tiene razón la mercantil recurrente en cuanto si se prescinde de todo aquel material obtenido en la inspección practicada en su domicilio, no se mantiene la parte sustancial del material probatorio considerado por la CNC. El "pliego de concreción de hechos" se refiere a los documentos obtenidos en el registro practicado en su domicilio, siendo extremadamente complejo desbrozar el material probatorio afectado por la inspección del restante material, y su incidencia en la valoración final. Ello lleva a la conclusión de que prescindiendo de los datos obtenidos única y exclusivamente de ese registro, no resulta un material suficiente para obtener la conclusión a la que llega la CNC.

Por consiguiente, la estimación del recurso de casación en cuanto a la inspección practicada en el domicilio de la recurrente en este caso da lugar a la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la multa acordada por la CNC, pues partiendo de la base de que la sanción se sostiene en un relato fáctico resultante de actuaciones inspectoras diversas, que se integran entre sí de forma coherente y homogénea, no existe prueba suficiente sobre el sustrato fáctico que desvirtúe la totalidad del mismo.

Estimado el recurso de casación y anulada la sanción, no procede el recurso de casación planteado por la Administración del Estado.

SÉPTIMO .- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el proceso de instancia ni en casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero .- HA LUGAR y ESTIMAMOS el recurso de casación número **1407/2014** interpuesto por COSMÉTICA COSBAR S.L (MONTIBELLO), contra la sentencia dictada con fecha 12 de marzo de 2014 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 172/2011 , que casamos.

Segundo .- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 172/2011, interpuesto por COSMÉTICA COSBAR SL (MONTIBELLO), contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2011, que anulamos por no ser ajustada a Derecho.

Tercero.- Al ser estimado el recurso de casación y anulada la sanción, no procede el recurso de casación planteado por la Administración del Estado.

Cuarto .- No efectuar pronunciamiento de las costas causadas en ninguna de las instancias.



Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ