

Roj: **STS 941/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:941**Id Cendoj: **28079130032015100068**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **27/02/2015**Nº de Recurso: **1292/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 693/2012,**  
**STS 941/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil quince.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1292/12, interpuesto por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso en representación de las compañías TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA, contra la Sentencia de fecha 7 de febrero de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 431/10 , sobre resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procedimiento contencioso-administrativo número 431/10, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA, contra resolución de 2 de julio de 2010 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por la que se resuelve el recurso administrativo presentado por las mencionadas sociedades, contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la CNC en la sede de dichas sociedades de Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca (Expdte.R/0046/10 TRASMEDITERRÁNEA).

En la mencionada resolución de 2 de julio, se adoptaron los siguientes acuerdos:

*<< PRIMERO.- Inadmitir el recurso interpuesto por la Compañía Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA, contra las Órdenes de Investigación de 3 de mayo de 2010 de Palma de Mallorca y Madrid y de 12 de mayo de Madrid; contra los actos materiales de ejecución de las órdenes anteriores realizados el 11 y 12 de mayo en las sedes de Palma de Mallorca y Madrid y contra la resolución de la DI de 18 de mayo de 2010.*

*SEGUNDO.- Denegar la medida cautelar solicitada consistente en evitar el acceso a la información incautada en las inspecciones llevadas a cabo los días 11 y 12 de Mayo de 2010 por parte de los funcionarios de la Dirección de Investigación. >>*

**SEGUNDO.-** La Sección Sexta de la Audiencia Nacional dictó Sentencia de fecha 7 de febrero de 2012 cuya parte dispositiva dice textualmente:

*<< DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA, contra Resolución de 2 de julio de 2010 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar la resolución impugnada, por su conformidad a Derecho.*



*Sin expresa imposición de costas. >>*

**TERCERO.-** Contra la referida Sentencia, las entidades recurrentes prepararon recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. Personándose en tiempo y forma ante este Tribunal. En su escrito de interposición de 9 de mayo de 2012, Transmediterránea SA y Transmediterránea Cargo SA formularon los dos motivos de casación siguientes:

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 18.3 CE , al no haber apreciado la Sentencia impugnada la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones producida por la actuación de los inspectores de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en la inspección practicada en las sedes de Trasméditerránea SA y Trasméditerránea Cargo SA.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 18, apartados 2 y 3 CE , y del art. 8 del CEDH , en conexión con los arts. 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el art. 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en relación con el carácter indeterminado de la orden de investigación del Director de Investigación de la CNC.

Terminando por suplicar al Tribunal, dicte Sentencia por la que con estimación de los motivos casacionales expuestos, case y anule la Sentencia recurrida, y dicte Sentencia que la sustituya y por la que, con base en el art. 95.2.d) de la LJCA , entre a conocer del fondo del asunto, estime el recurso contencioso- administrativo interpuesto y por consiguiente, estime las pretensiones ejercitadas en su día en el escrito de demanda.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso de casación y dado traslado para oposición, mediante Decreto de 2 de octubre de 2012 se tuvo por anulada la diligencia de ordenación de 3 de septiembre de 2012 en el que se había dado traslado para el trámite a la Administración del Estado sin estar previamente personado, y se devolvían los escritos presentados, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento.

Con fecha 5 de septiembre había comparecido la Administración del Estado en calidad de recurrido, y formulado oposición mediante otro escrito de la misma fecha.

Presentado recurso de revisión el 11 de octubre de 2012, contra el decreto, dado que no se había incoado su petición a la fecha de dictar el Decreto de nulidad pese a que se había presentado el escrito de personación.

Por Auto de 27 de noviembre de 2012, se acordó desestimar la solicitud de revisión interpuesta por el Abogado del Estado, confirmando el Decreto de 2 de octubre de 2012, desglosando y devolviendo al Abogado del Estado el escrito de oposición y documentos aportados, sin costas.

**QUINTO.-** Mediante escrito de 6 de febrero de 2015, la representación procesal de las recurrentes, aporta STS de 10 de diciembre de 2014 (Rec. 4201/2011 ) por considerarla determinante para la resolución del presente procedimiento.

Estando señalado para votación y fallo del recurso de casación para el día 24 de marzo de 2015, mediante providencia de 9 de febrero de 2015 se deja sin efecto, dándose traslado a las partes para que en el plazo de cinco días presenten las alegaciones que crean convenientes, trámite que fue evacuado por la Administración del Estado.

**SEXTO.-** Se dejó sin efecto el señalamiento acordado, dada la conveniencia de la deliberación conjunta con los recursos de casación 874/2014 y 1994/2014, adelantándose el señalamiento para votación y fallo al día 24 de febrero de 2015, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. 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 Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 7 de febrero de 2012 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Trasméditerránea SA y Trasméditerránea Cargo SA" contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 que resuelve el recurso deducido frente a la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en la sede de dichas sociedades en las localidades de Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca.

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 acuerda inadmitir el recurso formulado por las compañías Trasméditerránea S.A. y Trasméditerránea Cargo S.A., contra las Ordenes de Investigación de 3 y 12 de mayo en Palma de Mallorca y Madrid. El recurso se dirigió también contra la actuación inspectora realizada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en las aludidas sedes sociales.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia corroboró la validez de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia y las actuaciones inspectoras. Consideró la Sala de instancia, por lo que aquí importa, que las Ordenes de inspección cumplieran las exigencias legales y constitucionales, así como las actuaciones materiales desarrolladas por la inspección, que se realizaron dentro de límites legales, con la argumentación jurídica que seguidamente reproduciremos.

Dado que, en todo caso, lo que se debate en este recurso de casación es la actuación de investigación de la Comisión Nacional de la competencia, es procedente que transcribamos lo que, en concreto, se determinó en la Orden de Investigación de las sociedades Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA, y adoptada por el organismo encargado de la defensa de la competencia. Los términos de la Orden de Investigación en ambos casos (en relación a las dos sedes de Alcobendas y Palma de Mallorca) y por lo que aquí importa, fueron los siguientes:

*<< se ordena a las empresas ACCIONA, S.A, COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA que se sometan a inspección por su posible participación en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompunitivas, así como por la posible imposición de condiciones abusivas que suponen una violación de los artículos 1.1 y 2 de la LDC y por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en el mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga, al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y/o de condiciones comerciales o de servicio o al imponer precios o condiciones comerciales no equitativas.*

*Igualmente, se ordena a ACCIONA SA, COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA SA y TRASMEDITERRÁNEA CARGO SA que permita al personal autorizado por la Dirección de Investigación de la CNC a realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 40 de la LDC .*

*El responsable del local en que se practique la inspección o la persona a la que el mismo designe tiene derecho a contar con asistencia letrada, ya sea abogado interno de la empresa o abogado externo, y podrá solicitar la confidencialidad de los documentos y ficheros recabados, así como que se respete el derecho a la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente. >>*

**TERCERO.-** La Sala de instancia aceptó la validez de las Ordenes de investigación y de las actuaciones inspectoras de la Comisión Nacional de la Competencia, conclusión a la que llegó después de analizar las alegaciones de las recurrentes en los fundamentos jurídicos cuarto a octavo de la Sentencia en los que se exponen las siguientes consideraciones jurídicas:

*<< [...] 4. Comencemos por decir que nos encontramos ante el enjuiciamiento de una actividad previa al procedimiento sancionador -la orden de investigación y la inspección- y, por tanto, antes de haberse iniciado el procedimiento sancionador mediante el acuerdo de incoación del mismo. Y es que como con toda claridad se desprende del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y del artículo 13 del Real Decreto 261/2008 ) que específicamente se refiere a las facultades de inspección y concretamente al modo en que deben efectuarse las inspecciones, a estos efectos el personal de la Comisión Nacional de la Competencia y a los efectos de lo establecido en el artículo 40.2.a) de la Ley 15/2007, el personal autorizado por el Director de Investigación "podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, cuando existan indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave. El personal autorizado dispondrá de las facultades previstas en el artículo 40.2 b), c ) y d) de la Ley 15/2007, de 13 de julio .*

*El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus funciones 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 que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma ..."*

Se trata de las inspecciones reguladas en el artículo 40 de la vigente LDC y actualmente en vigor, que sin duda ha reforzado los poderes otorgados a la Comisión Nacional de la Competencia en esta materia, siguiendo la línea marcada en el ordenamiento comunitario de la que se hace eco la propia Exposición de motivos de la nueva Ley en pos, en definitiva, de la lucha eficaz contra las conductas restrictivas de la competencia, muy particularmente contra los cárteles, considerados unánimemente por los especialistas en el sector como la conducta más dañina contra la competencia en el mercado y contra los intereses de los operadores económicos y de los consumidores.

El artículo 40.2 de la LDC , autoriza al personal de la CNC habilitado por la Inspección para obtener la información relevante para la investigación pero sin que ello implique, ni menos presuponga, la actividad sancionadora propiamente dicha.



En definitiva, y contrariamente a lo que se dice en la demanda, no existía obstáculo para la realización por la Dirección de Investigación de una investigación reservada, incluso con inspección domiciliaria de las empresas implicadas, antes de la incoación del procedimiento sancionador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 LDC cuyo tenor literal es el siguiente:

*"Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar un información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."*

Y, por lo tanto, la información reservada venía justificada como actividad preliminar e independiente de la incoación del expediente sancionador.

5. Analizaremos en primer lugar la alegada vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El art. 18.2 de la Constitución dispone:

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

Como hemos declarado en nuestras sentencias de 30 de septiembre de 2009, recurso DF 3/2008 , y de 25 de enero de 2012, recurso PO 149/2009 , entre otras:

*" Una primera aproximación al problema que hemos de resolver la encontramos en los pronunciamientos contenidos en la sentencia del TC 41/1998 , que en sus F.J. 33 y 34 declara:*

*" Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente ( arts. 259 y 284 L.E.Crim .). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Sólo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.*

*34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio ( SSTC 290/1994, fundamento jurídico 3.º, y 126/1995 , fundamentos jurídicos 3.º y 4.º).*

*Por su parte la sentencia del TC 14/2001 , también aporta elementos importantes para definir el alcance del registro y su conexión con la autorización, pues declara en su fundamento jurídico 8:*

*" Hemos de ocuparnos ahora de la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre , y 136/2000, de 29 de mayo , FJ 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo ( SSTC 62/1982, de 15 de octubre ; 13/1985, de 31 de enero ; 151/1997, de 29 de septiembre ; 175/1997, de 27 de octubre ; 200/1997, de 24 de noviembre ; 177/1998, de 14 de septiembre ; 18/1999, de 22 de febrero ). El órgano judicial deberá*



precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) ( SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5 ; 290/1994 , FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero , FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto ( SSTC 239/1999, FJ 5 , y 136/2000 , FJ 4).

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, de 5 de abril, FJ 8 ; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10 , y 8/2000, de 17 de enero , FJ 4)."

De la primera sentencia hemos de concluir como doctrina general:

- 1.- que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados,
- 2.- los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita, y
- 3.- la finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito -en nuestro caso infracción administrativa-

De la segunda sentencia deducimos:

- 1.- la autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados,
- 2.- el registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos, y
- 3.- la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito - en nuestro caso, infracción administrativa -

De tal jurisprudencia se concluye que los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación.

Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el TC, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados."

Ahora bien, los vicios de nulidad que se imputan a la orden de investigación, falta de concreción de hechos, y de proporción no pueden ser enjuiciados ahora, porque ya lo fue por el Auto que autorizó la entrada y registro que en ningún caso puede ser objeto de revisión en el presente recurso.

Cuestión distinta es la forma en que se realizó la entrada y registro.



Respecto de esta cuestión hemos de recordar que el artículo 40 de la Ley 15/2007 determina las facultades de los inspectores:

" 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."

Ahora bien, estas facultades han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución . Pues bien, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se articula frente a todos, y por ello, las formas y límites en que se permite que tal derecho ceda ante un interés superior, según la elaboración doctrinal declarada por el TC, es aplicable también al ámbito administrativo."

En presente caso la actora manifiesta que el consentimiento para la entrada y registro que indudablemente dio fue inválido, en la medida que la Inspección en Madrid no les exhibió el Auto judicial, alegación meramente formal que en nada obsta a la actuación inspectora salvaguardada precisamente por el Auto judicial que se obtuvo para el caso de que se hubiera negado el acceso al domicilio. En cualquier caso, el consentimiento se prestó tanto en la inspección de Palma de Mallorca como en la de Madrid, prestándose en ésta última por el Director de la Asesoría Jurídica a quién desde luego no cabe negar ni la capacidad para prestar el consentimiento en nombre de la empresa ni tampoco el conocimiento suficiente para comprender el exacto alcance de la orden de investigación y de sus consecuencias en caso de obstrucción a la actividad investigadora.

Sobre este extremo la resolución administrativa impugnada pone de relieve:

"Al respecto entiende este Consejo que todos y cada uno de las condiciones establecidas por el TS que determinan la validez del consentimiento están presentes de forma manifiesta en el asunto que nos ocupa. Ello puede deducirse claramente tanto de las Actas de inspección firmadas por el representante y el abogado externo de la empresa, como por las propias manifestaciones emitidas, con posterioridad, en el escrito de recurso. No poniéndose en duda la capacidad del prestador para otorgar su consentimiento en nombre de la empresa ni su condición de representante de la misma, el resto de los demás requisitos jurisprudenciales así mismo están presentes: tal y como queda patente en los párrafos 4 a 14 del Acta de Inspección del día 11 de mayo, desde un primer momento se le informó al representante de la empresa del objeto de la inspección, de las facultades legales en las que estaba amparada, y se le dio traslado de la Orden de Investigación para que la leyera con detenimiento, teniéndole que ser aclarados algunos puntos de la misma. En segundo lugar, también se le informó de las obligaciones de colaboración de la empresa y los efectos de un incumplimiento de dicha obligación, tal y como, además queda reflejado en la Orden de Investigación, por prescripción del art. 13.3 del RDC.

Que se le informe sobre las consecuencias acerca de una posible obstrucción a la labor inspectora, tal y como es dispuesto por la ley, no puede considerarse más que como un hecho periférico que carece de suficiente entidad para invalidar el consentimiento. Tal y como la propia empresa reconoce en su recurso este hecho no puede asimilarse a la concurrencia de violencia, intimidación o dolo, por lo que hay que concluir que el consentimiento se prestó consciente y libremente. Por último como reflejan las Actas de 11 y 12 de mayo, el Acta de precinto y los Addendum el consentimiento fue otorgado expresamente y se hizo constar por escrito, después de que la empresa se hiciera cargo por completo de la situación y tras haber sido asesorada por sus abogados externos.



*Todo ello impide que pueda ser acogida la pretensión de la empresa sobre la invalidez de su consentimiento y la supuesta vulneración del artículo 18.2 de la CE que proclama la inviolabilidad del domicilio puesto que la inspección, como se ha visto, se realizó previa autorización expresa de la empresa."*

En cualquier caso, existiendo auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, aun cuando finalmente no fuera preciso al existir consentimiento de la empresa a la inspección quedó plenamente garantizado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

6. En lo relativo al modo concreto en que transcurrió la inspección, consta en las Actas el modo de proceder de la Inspección y el modo concreto del registro de despachos y ordenadores a presencia de miembros de la empresa y podemos llegar a la conclusión de que se llevó de manera razonable y menos gravosa para el funcionamiento de la empresa, si tenemos en cuenta que en lugar de optar por otras posibilidades legalmente previstas (retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos, o 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) el proceder fue la copia de documentación quedando los originales en poder de la recurrente, a la que se hizo entrega, además, de una copia cotejada de la copia efectuada por el equipo de inspección, para que tuviera conocimiento detallado de toda la información recabada, tanto de la de formato papel como la de formato electrónico a fin de poder examinar y alegar, en su caso, el carácter confidencial o ajeno al objeto de la orden de investigación.

Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación realizando, frente a lo que por la actora se alega, una labor discriminatoria por parte de los inspectores recabando finalmente, por ejemplo en el caso de los correos electrónicos, una mínima parte que impide, en fin, hablar de desproporción, máxime si tenemos en cuenta los criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección muy concreta de documentos y no, como se dice, a una copia masiva e indiscriminada de los archivos de los ordenadores, declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.

Casos como el presente hemos rechazado de plano las alegaciones sobre la desproporción y la ingerencia masiva de las labores inspectoras en los siguientes términos:

*"En primer lugar, tal y como se encarga también de precisar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2010 :*

*"... De este modo se prevé' la posibilidad de solicitar la autorización judicial con carácter previo a la denegación y ello para evitar el perjuicio de la investigación que tendría lugar si denegada la entrada o precinto hubiera de esperarse a obtener la autorización judicial que necesariamente supone un retraso y riesgo de desaparición de los elementos probatorios de la conducta anticompetitiva que trata de comprobarse" Al justificar la obtención de la autorización de entrada con carácter previo a la posible negativa a la misma, se referían tres motivos: la naturaleza de la información que se quería obtener; el riesgo de destrucción de los documentos que la contuvieran; la necesidad de desarrollar la inspección en diversas empresas simultáneamente.*

*El éxito de la investigación ordenada por la Dirección de Investigación de a Comisión Nacional de la Competencia podía quedar condicionado por el riesgo de que todas o alguna de esas empresas a investigar se opusiera a la inspección ordenada. Del contenido del acta de inspección extendida el 18 de noviembre de 2008, en la que se reflejan las actuaciones habidas ese día en la sede de Salvat Logística, SA., se desprende que no fue infundada la apreciación del riesgo de oposición a la inspección acordada en esa fase previa de investigación.*

*El auto de entrada apelado se integraría como una actuación mas, en este caso judicial, por así, estar previsto en el ordenamiento jurídico, en la investigación llevada a cabo por la Administración, sin que en la misma quepa reconocer al investigado el derecho a oponerse como se defiende por la parte apelante, al referir la utilización coactiva del auto de entrada, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada en el auto apelado y en esta sentencia."*

*La anterior doctrina, tal y como recordábamos en nuestra SAN ya citada, de 30 de septiembre de 2009, se ha elaborado por el Tribunal Constitucional en relación a actuaciones en el seno de un proceso penal, pero tales principios son igualmente trasladables a los expedientes administrativos sancionadores; de una parte, porque de la propia doctrina del Tribunal Constitucional resulta que el derecho a la inviolabilidad del domicilio viene referido a la injerencia en él sin consentimiento del titular, de cualquier autoridad, sea del orden del penal, colaboradora del mismo, o del orden administrativo, e incluso de un particular -con los correspondientes tipos penales en garantía del derecho- y, de otra parte, porque como es bien sabido los principios del Derecho Penal se aplican, si bien con modulaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.*

*Desde esta óptica en aquella ocasión la Sala entendió que se había producido un registro no amparado por las respectivas órdenes de entrada y registro y por ello una violación del artículo 18.2 de la Constitución . Y ello*

porque en tal ocasión porque en el transcurso del registro se aprehendieron documentos -mediante copia de los contenidos en el disco duro de los ordenadores existentes en la sede de la actora- que no guardaban relación con el sector de productos de peluquería profesional, ámbito al que se circunscribían las conductas investigadas y al que venían referidas las órdenes de entrada y registro.

Conviene destacar que desde el primer momento de la inspección y a lo largo de ésta (así se recoge en el acta, puntos 20, 24 y 29) se insistió por el equipo actuario en manifestar a la empresa que, tanto respecto de la información en formato papel como en formato telemático, la empresa podía identificar aquella información que pudiera estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente o que pudiera afectar a la intimidad del personal de la empresa. A tal efecto, como se indica en el punto 33 del Acta, se identificó, en efecto, por parte de la empresa investigada algún archivo en formato electrónico que no se había recabado por el equipo de inspección tras entender que quedaban cubiertos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Tampoco cabe entender que haya existido la alegada vulneración de la intimidad, pues amén de lo que acabamos de subrayar respecto del tratamiento cauteloso de la confidencialidad de determinada información, a lo que ha de unirse el deber de guardar secreto que incumbe a los funcionarios (por lo que aquí interesa, artículo 43 LDC), ello impiden en definitiva, apreciar la inviolabilidad alegada y menos aún, la vulneración del derecho a la vulnerabilidad del domicilio desde el momento en que la entrada fue autorizada judicialmente, mediante auto que, como hemos visto, ha sido íntegramente ratificado mediante la referida sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

**7.** Tampoco la Sala comparte las alegaciones relativas a la imprecisión de la orden de inspección, por falta de definición del objeto y finalidad de la inspección, falta de definición de las conductas investigadas y vaguedad que también se alega en la definición de los mercados y en el acotamiento del ámbito temporal.

A este respecto la resolución impugnada señala:

"En cuanto a la delimitación de los mercados, de nuevo debemos afirmar que los mismos aparecen definidos en las Órdenes de Investigación de forma suficiente teniendo en cuenta el preciso momento procedimental en que emanan, que no es otro que el inicio de las primeras investigaciones que permitan esclarecer la existencia o no de un ilícito perseguible por las autoridades de competencia. Además de acuerdo con el precepto reglamentario de aplicación, la delimitación de los mercados no constituye requisito necesario para la validez de la Orden.

No hay que olvidar por último que, como suele señalar este Consejo, las prácticas investigadas por la DI, a diferencia de otras conductas perseguidas por otras Administraciones, son conductas realizadas evitando cualquier trascendencia pública, por lo que las situaciones fácticas son, en un primer momento de la investigación, difícilmente concretables al 100%. En este sentido, la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2010, cuyos razonamientos aparecen posteriormente reiterados en la SAN de 23 de Abril de 2010, ha declarado expresamente lo siguiente: "la noticia de la posible existencia de una infracción de la LDC faculta a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliar de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador; luego no cabe exigir a la Orden de Investigación, en la que se sustenta el auto apelado, ni a éste mayor precisión en cuanto a sus fundamentos fácticos y jurídicos. Tras esta investigación preliminar a la incoación del procedimiento sancionador y en atención a los resultados obtenidos en la misma, la Administración estará en disposición de fijar los hechos y podrá exigírsele que así lo haga, pero antes bastará con la noticia de actuaciones concertadas que puedan ir dirigidas a la comisión de una infracción administrativa en materia de competencia. Siendo que esa información reservada, con investigación domiciliar de las empresas implicadas, no tiene naturaleza sancionadora, no cabe entender las sujeta a los principios de la potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador, regulados en la Ley 30/1992..."

Podemos, pues, concluir que existía suficiente información y delimitación del objeto de la investigación, sin necesidad de mayores concreciones tanto en el ámbito objetivo como temporal, máxime cuando las órdenes de investigación determinan la fecha y las inspecciones duraron un solo día en Palma de Mallorca y dos días en el caso de Madrid.

**8.** Y en relación con la también pretendida extralimitación y/o desproporción con la referencia a la incautación masiva de las comunicaciones electrónicas la Sala comparte las apreciaciones de la Comisión Nacional de la Competencia cuando manifiesta que la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que un determinado documento se encuentre protegido. Lo contrario llevaría a la absurda conclusión de que el silencio de la entidad inspeccionada, sin advertir del carácter confidencial de ciertos documentos, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección.



*Pues bien, durante su actuación la Dirección de Investigación, como ya decíamos, se procedió de forma selectiva y se procedió también a la declaración de confidencialidad de la documentación recabada, sin que la recurrente haya solicitado en ningún momento la devolución de documentación que dice amparada en el secreto invocado.*

*Consta, en efecto, en las Actas de Inspección el filtrado y selección previa de los documentos incautados, sin que la parte actora, se insiste, haya alegado en algún momento que determinado documento concreto guardaba relación con la pretendida vulneración del derecho a la intimidad lo que, de por sí, impide que prospere también este último motivo de recurso.>>*

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por Trasmediterránea S.A. y Trasmediterránea Cargo S.A. se articula mediante dos motivos, acogidos ambos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción sobre infracción de las normas de ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

En el primer motivo de casación las empresas recurrentes aducen la infracción del artículo 18.3 CE, al no haber apreciado la sentencia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones producida por la actuación de los inspectores de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en la inspección practicada en las sedes de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA.

En el segundo de los motivos se denuncia la infracción del artículo 18.2 y 3 de la Constitución, y del artículo 8 CEDH así como de los artículos 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el art. 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en relación con el carácter indeterminado de la orden de investigación del Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia.

**QUINTO** .- Resulta oportuno ordenar el contenido del presente recurso de casación antes de examinar las infracciones alegadas. Conviene analizar, en primer lugar, por razones lógicas, el segundo de los motivos de casación en el que las sociedades mercantiles recurrentes invocan la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio junto con la infracción de los artículos 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por ser preferente el examen del planteamiento de este motivo segundo respecto al formulado en primer lugar, pues su estimación determina que no sería necesario adentrarnos en el análisis de la infracción constitucional que sustenta el primer motivo de casación.

El segundo motivo de casación denuncia la vulneración de la inviolabilidad del domicilio de las sociedades recurrentes y la quiebra de los invocados preceptos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del Reglamento de Defensa de la Competencia, censurando la Sentencia impugnada en cuanto no acoge esta alegación por considerar la Audiencia Nacional que las Ordenes de inspección determinaban su fecha y su ámbito objetivo por referencia a las oficinas de Palma de Mallorca y Madrid, reproduciendo la argumentación jurídica de la resolución impugnada según la cual no sería necesaria una particular concreción en las órdenes al producirse en una fase preliminar de la investigación. La Sentencia, al limitarse a aceptar la validez de las Ordenes cuestionadas, al consignar éstas la fecha y el ámbito objetivo espacial de las inspecciones, ignora las exigencias que derivan de los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE, del artículo 8 CEDH, e infringe los artículos 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13.3 del Reglamento citado de los que deriva la interdicción de las inspecciones meramente genéricas o inquisitivas que no estén basadas en un mínimo indicio de comportamiento infractor o *notitia criminis* que justifique la limitación del derecho fundamental en cuestión.

Se aduce que las Ordenes de investigación mencionan únicamente el sector de la actividad en el que operan las compañías recurrentes y la posibilidad de investigar las conductas que "en general" puedan incardinarse en los tipos sancionadores definidos en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y continúa la recurrente- la falta de definición resulta especialmente reprochable en el ámbito del transporte marítimo ya que este se fragmenta de forma diferenciada en distintas modalidades, tanto desde el punto de vista funcional, como desde el punto de vista territorial. En concreto, los procesos de transporte en régimen de transporte y carga presentan características económicas y constituyen mercados significativamente diferenciados. Por otra parte, cada ámbito territorial y cada línea de transporte tiene unas características y especificidades que desembocan en un ámbito de competencia propio y peculiar" y a lo anterior añade que la Ordenes no hacen referencia a ninguna de estas modalidades y se basa en un comportamiento hipotético y general de las sociedades recurrentes que consiste en una referencia de tipo subjetivo en vez de fáctico.

**SEXTO.-** Conviene en primer término, recordar los precedentes doctrinales y jurisprudenciales en esta materia que han sido sintetizados en la Sentencia de 10 de Diciembre de 2014, dictada en el recurso de casación número 4201/2011.



En relación a la inviolabilidad del domicilio, nos referimos en aquella ocasión, como ya hicieron las Sentencias del Pleno de esta Sala de 23 de abril de 2010 (recursos de casación 4572/04 , 5910/06 y 704/04 ), que la STC 137/1985, de 17 de octubre , extendió el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, señalando al efecto el Tribunal Constitucional que *<<...ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn , según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C.E , sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas>>*.

En Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2013 (casación 5606/2010 ) decíamos que corresponde al juez que autoriza la entrada y registro *<<... valorar la existencia de los indicios que la Comisión Nacional de la Competencia le presente para justificar la inspección domiciliaria >>* (F.J. 7º); pero más adelante (F.J. 8º), esa misma Sentencia deja señalado que *<<... el juez que autoriza la inspección domiciliaria no es el mismo juez que deberá a posteriori pronunciarse con cognición plena sobre la legalidad de las actuaciones administrativas, incluida la orden de investigación ...>>*.

Y en la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 hemos declarado 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, por lo que indudablemente ese tribunal puede y debe pronunciarse acerca de si en la orden de inspección queda debidamente razonado y justificado el objeto y la finalidad de la inspección para la que se autoriza la entrada en el domicilio .>>*

En lo que se refiere al plano normativo, conviene recordar el contenido de los artículos 40 y 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, preceptos que deben ser interpretados y aplicados en consonancia con lo dispuesto en la normativa comunitaria europea sobre competencia, en particular, el Reglamento ( CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, cuando se trate de conductas que en principio pudieran encajar en estos dos últimos preceptos.

El artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , dispone:

*<< Artículo 40. Facultades de inspección.*

*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>>.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 49 de la Ley establece :

<< Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador>>.

Finalmente, el artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dispone lo siguiente:

<< Artículo 13. Facultades de inspección.

1. A los efectos del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el personal de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ir acompañado de expertos o peritos en las materias sobre las que verse la inspección, así como de expertos en tecnologías de la información, todos ellos debidamente autorizados por el Director de Investigación.

2. A efectos de lo establecido en el artículo 40.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el personal autorizado por el Director de Investigación podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, cuando existan indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave. El personal autorizado dispondrá de las facultades previstas en el artículo 40.2.b), c ) y d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

3. El 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 [...]>>

La exigencia establecida en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia de que la Orden de inspección contenga las especificaciones que allí se indican guarda correspondencia con lo establecido en el Reglamento ( CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, cuyo artículo 20.4 establece:

<< (...) 4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección>>

**SÉPTIMO.-** La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional objeto de impugnación, reproduce sus propios precedentes jurisprudenciales, la doctrina constitucional sobre el artículo 18.2 CE y los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia que regulan las facultades de la inspección, para concluir que las Ordenes de Investigación impugnadas no vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, basando esta conclusión en el consentimiento expreso de las empresas recurrentes.

Al abordar la alegación a la falta de definición del objeto y finalidad de la inspección, se remite la Sentencia a en el séptimo de los fundamentos jurídicos a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, cuyos términos reproduce, entendiendo suficiente la información incluida en las Ordenes, sin necesidad de mayores concreciones, máxime, << cuando las ordenes de investigación determinan la fecha y las inspecciones duraron un solo día en Palma de Mallorca y dos días en el caso de Madrid >>.



Pues bien, dejando al margen el debate sobre la efectiva vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE, es lo cierto que las razones que expresa la Sala de la Audiencia Nacional relativas a las exigencias que han de observar las Ordenes de investigación no resultan válidas ni suficientes al no ajustarse a los parámetros incluidos en la normativa vigente, que antes hemos transcrito, ni a las pautas y directrices jurisprudenciales que antes hemos expuesto.

El apartado tercero del artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia refiere respecto al personal que lleva a cabo la inspección que debe presentar 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>>.

Y, como hemos señalado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2014, la exigencia de tales especificaciones guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Y recordábamos entonces la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 25 de noviembre de 2014 (asunto T-402/13) destaca, citando jurisprudencia del Tribunal Justicia, que la exigencia de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye ante todo una "garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas". De la fundamentación de esta Sentencia interesa reproducir aquí los siguientes apartados:

<< (...) 80 En ese contexto, se ha de recordar que la obligación impuesta por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye, en efecto, una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de tales decisiones todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar con precisión el mercado de referencia, ni a proceder a una calificación jurídica exacta de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el cual se habrían cometido las mismas, debe indicar en cambio, con la mayor precisión posible, las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección (véanse en ese sentido las sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 supra, EU:C:1989:337, apartado 41; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec, EU:C:1989:379, apartado 10, y Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 48).

[...]

83 En efecto, conviene recordar que la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que fueran arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general del Derecho de la Unión (sentencias Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 27; de 14 de noviembre de 2012, Nexans France y Nexans/Comisión, T-135/09, EU:T:2012:596, apartado 40, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, T-140/09, EU:T:2012:597, apartado 35).

84 Pues bien, para respetar ese principio general una decisión de inspección debe dirigirse a obtener la documentación necesaria para verificar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de Derecho determinada acerca de la cual la Comisión ya dispone de informaciones constitutivas de indicios suficientemente fundados que permiten sospechar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Nexans France y Nexans/Comisión, apartado 83 supra, EU:T:2012:596, apartado 43, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, apartado 83 supra, EU:T:2012:597, apartado 38; véase también en ese sentido y por analogía la sentencia Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartados 54 y 55).

[...]

89 Por otra parte, hay que recordar que el control de la motivación de una de decisión también permite al juez velar por el respeto del principio de protección contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas, en cuanto esa motivación lleve a poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas (sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 supra, EU:C:1989:337, apartado 29; Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 47; France Télécom/Comisión, apartado 27 supra, EU:T:2007:80, apartado 57).

90 En ese sentido es oportuno recordar que el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 define los datos esenciales que deben exponerse en una decisión que ordena una inspección, al exigir que la Comisión indique el objeto y la finalidad de ésta. En virtud de esa obligación, de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 80 resulta que incumbe a la Comisión indicar con la mayor precisión posible las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección.

91 Por tanto, cuando el Tribunal aprecia que las presunciones que la Comisión se propone verificar y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección están definidos con suficiente precisión, puede concluir que la decisión de inspección no tiene carácter arbitrario, sin que sea preciso comprobar materialmente los indicios de los que disponía la Comisión cuando la adoptó...>>.

Sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación en las decisiones de inspección son ilustrativas las consideraciones que se exponen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P. En lo que ahora interesa, en esa Sentencia se dice:

<< (...) 32 Igualmente, según reiterada jurisprudencia, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios del acto u otras personas afectadas directa e individualmente por éste puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse a la luz no sólo de su texto, sino también de su contexto y de todas las normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia Solvay/Comisión, EU:C:2013:796, apartado 91 y jurisprudencia citada).

33 Igualmente debe tenerse en cuenta el marco jurídico en el que se desarrollan las inspecciones de la Comisión. Los artículos 4 y 20, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 confieren, en efecto, facultades de inspección a la Comisión con el fin de permitirle cumplir su misión de proteger el mercado común de distorsiones de competencia y de sancionar posibles infracciones a las normas sobre competencia en el referido mercado (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, apartado 42 y jurisprudencia citada).

34 En consecuencia, por lo que respecta más concretamente a las decisiones de inspección de la Comisión, del artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 se deriva que éstas deben indicar, en particular, el objeto y el objetivo de la inspección. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, esta obligación de motivación específica constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa (véase, en este sentido, la sentencia Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337, apartado 29).

[...]

36 Si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 83 y jurisprudencia citada), no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales referidos anteriormente (véanse, en este sentido, las sentencias Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, EU:C:1989:380, apartado 46, y Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 82).

37 En efecto, teniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, como ha señalado la Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 55 y jurisprudencia citada)...>>.

Y concluimos en la indicada Sentencia de 10 de diciembre de 2014 que << no resulta exigible que la Orden de Investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de investigación; pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación. >>

**OCTAVO.** - De lo anteriormente expuesto, se desprende que los criterios y parámetros manejados en la Sentencia de la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de las Ordenes de Investigación no se ajustan a la normativa y la jurisprudencia aplicables en cuanto confirma la legalidad de las Ordenes afirmando que contenían suficiente información << sin necesidad de mayores concreciones, tanto en el ámbito objetivo como temporal >> a lo que añade, máxime cuando las ordenes << determinan la fecha y las inspecciones duran sólo un día en Palma de Mallorca y dos días en el, caso de Madrid >>, que las Ordenes no contienen las mínimas especificaciones exigibles, en relación al objetivo y finalidad de la investigación en las sedes de las compañías

recurrentes. La Sala considera bastante, pues, la genérica referencia a una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, y la amplia delimitación del objeto, que se refiere al <<transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga>>. Expresiones, éstas, que no concretan ni permitieron conocer a las sociedades afectadas que era lo que se estaba investigando ni los elementos sobre los que se iba a realizar la investigación, y por esta indefinición de las Ordenes impide que puedan cumplir el cometido de constituir una verdadera garantía del derecho de defensa de las empresas afectadas.

**NOVENO.-** Las consideraciones llevan a concluir que la sentencia recurrida debe ser casada por la estimación del motivo de casación segundo., y procede, pues, entrar a resolver el debate en los términos planteados en el proceso de instancia ex artículo 95.2.) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Y ello nos lleva al examen de las Ordenes de investigación impugnadas y a determinar si se especificaba en las mismas con la necesaria concreción el objeto y la finalidad de la investigación, al menos -en términos de la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 - <<en sus rasgos básicos>>.

Pues bien, las dos Ordenes de investigación se redactan de forma idéntica para la sede de Alcobendas y para la de Palma de Mallorca y se delimita el objeto de la misma en los siguientes términos: <<verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea >> y continúan indicando <<consistentes, en general, en acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales no equitativas y, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado>> y en cuanto este último se define como <<el mercado de transporte marítimo regular de pasaje de vehículos en régimen de pasaje y carga>>.

Las Ordenes de investigación que examinamos resultan sumamente genéricas e incurren en un claro *déficit* en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación, pues respecto a las conductas inspeccionadas se refiere a aquellas contrarias a los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistentes, en general en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, la imposición de precios, la imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga.

Tampoco se hace en las Ordenes impugnadas una mención al singular ámbito de la actuación de la investigación, pues se refieren de manera genérica y excesivamente amplia al mercado de <<transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga>>, sin especificar el tipo o modalidad del mismo, ni se define ni precisa el ámbito territorial al que se refiere la investigación.

Es cierto que las Ordenes de investigación se dictaron en virtud de una información <<reservada>> según, se indica en las mismas, que señalan que la actuación se inicia por razón de una <<una denuncia>> pero sin detallar a que aspecto de la actividad mercantil de las recurrentes se refería. Pero esta materia <<reservada>> no permite obviar el cumplimiento de las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y de la jurisprudencia a la que hemos hecho mención, de los que deriva que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, lo que aquí no sucede.

En fin, los datos y elementos contenidos en las Ordenes de investigación impugnadas no delimitan, como se exige en el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 13 del Reglamento mencionado, las conductas objeto de la investigación, ni tampoco acotan de forma adecuada su objeto: el transporte marítimo al que se refiere, la modalidad, el régimen y, en fin, el ámbito territorial de la actividad en la que operan las compañías recurrentes, siendo así que esta información podía fácilmente ceñirse en la medida que la denuncia inicial que dió lugar a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia se construyó exclusivamente al ámbito balear.

Procede, por lo razonado, estimar el recurso contencioso deducido y anular las dos Ordenes de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010 sobre las sedes sociales de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA en Alcobendas y Palma de Mallorca, por haberse dictado con vulneración del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia , puestos en relación con el artículo 20.4 del Reglamento (CE ) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; debiendo anularse asimismo el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 (expediente 0046/10) que inadmitió el recurso interpuesto contra las Ordenes de Investigación de la Dirección de Investigación, en la medida que tal recurso era admisible.

Estimado el recurso por la razón expuesta, resulta ya innecesario el examen del motivo de casación primero, pues una vez anulada la Orden de Investigación quedan privadas de validez las actuaciones inspectoras que a



su amparo se llevaron a cabo en la sede de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo S.A. los días 3 y 12 de mayo de 2010, sin que proceda entonces que entremos a dilucidar si en el desarrollo de tales actuaciones se incurrió, en la vulneración constitucional que se invoca en el primer motivo de casación.

**DÉCIMO.**- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la 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 al recurso de casación interpuesto por Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA, contra la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2012, en el recurso contencioso-administrativo nº 431/10 , que casamos.

**Segundo.** - Estimamos el recurso contencioso-administrativo nº 431/10 interpuesto por Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA y, en consecuencia, anulamos el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 (expediente 0046/10), que inadmitió el recurso interpuesto contra las Ordenes de Investigación de la Dirección de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010, anulando asimismo las referidas Ordenes de Investigación y la actuación inspectora desarrollada durante los días 3 y 12 de mayo de 2010 en la sedes de Trasmediterránea ubicadas en Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca.

**Tercero** .- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.-

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.