



Roj: **SAN 3373/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3373**

Id Cendoj: **28079230062021100348**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/06/2021**

Nº de Recurso: **770/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000770 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 06955/2017

**Demandante:** PHILIP MORRIS SPAIN SL. ("PMS")

**Procurador:** D. VÍCTOR VENTURINI MEDINA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 770/17 promovido por el Procurador D. Víctor Venturini Medina, en nombre y representación de **PHILIP MORRIS SPAIN SL. ("PMS")** contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la CNMC), de fecha 26 de octubre de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/056/17 PHILIP MORRIS SPAIN S.L. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se declare no ser ajustada a Derecho la Resolución que se recurre, declarando nula la inspección llevada a cabo en las instalaciones de PMS los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017, dejándola sin efecto y declarando no válidos los documentos recabados en la misma al haber sido obtenidos en vulneración de derechos fundamentales, con el pronunciamiento en costas que en Derecho proceda, a tenor del art 139 de la LJCA.

**SEGUNDO.** - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO.** -No habiéndose solicitado el recibimiento del recurso a prueba, se concedió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 9 de junio del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 26 de octubre de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/056/17 PHILIP MORRIS SPAIN S.L.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

" **ÚNICO.** - Desestimar el recurso interpuesto por PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PHILIP MORRIS) contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017 y la posterior actuación de inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 en la sede de dicha empresa"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 15 de febrero de 2017 se autorizó la inspección en la sede de la empresa PHILIP MORRIS, S.L (PHILIP MORRIS), por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directamente o a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado, al menos desde 1998.
2. La inspección se realiza en el marco de una información reservada de las previstas en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), sin que exista expediente sancionador incoado, cuyo fin es determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador.
3. Los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 se llevó a cabo tal inspección en la sede de PHILIP MORRIS, S.L.
4. Con fecha 14 de marzo de 2017 la representación de PHILIP MORRIS, S.L., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra la Orden de Investigación de 15 de febrero de 2017, alegando que dicha Orden de Investigación infringía el derecho de defensa de las empresas inspeccionadas.
5. Con fecha 11 de septiembre de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por ALTADIS.
6. Con fecha 13 de septiembre de 2017, la DC emitió el preceptivo informe proponiendo la desestimación del recurso.
7. Con fecha 21 de septiembre de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de PHILIP MORRIS, S.L., concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
8. El día 16 de octubre de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones complementaria de ALTADIS de la misma fecha.



9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de octubre de 2017, dictando la resolución recurrida en el presente procedimiento.

**SEGUNDO.** - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora denuncia que la inspección realizada en su sede constituyó una "fishing expedition", prohibida en Derecho español y europeo y que constituye una vulneración flagrante del derecho a la inviolabilidad del domicilio de PMS y de su derecho de defensa. Añade la ausencia de indicios suficientes para ordenar la inspección; la indeterminación del objeto de la Orden de Investigación y la ausencia de delimitación geográfica de las conductas objeto de investigación y, como consecuencia de ello, la ilicitud del material probatorio obtenido en la inspección.

La Administración demanda interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

**TERCERO-** Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio

Para ello debemos recordar la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de la Sala 3º del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020 (ROJ: STS 3268/2020 - ECLI:ES:TS: 2020:3268), que, por lo que aquí interesa, nos enseña que:

*"(...) Aunque la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de carácter instrumental, establecido para defender y garantizar el ámbito de privacidad de la persona, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya desde la sentencia 137/1985, ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor de protección según indica la STC 69/1999 (FJ 2), con matices que no vienen al caso.*

*La inviolabilidad del domicilio se concreta en la interdicción de la entrada y registro domiciliario, de forma que fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial ( STC 22/2003, FD 3, y las que allí se citan).*

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

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

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

*En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad.*

*Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".*

En el caso examinado, consta recogido en el Acta de Inspección que se puso en conocimiento de la mercantil recurrente que a CNMC había recabado autorización judicial de entrada en el domicilio de la empresa para la práctica de la inspección; que ésta había sido concedida por el Juzgado correspondiente y que el Jefe del equipo inspector hizo entrega a D. Sebastián del auto judicial que habilitaba el acceso al domicilio de la empresa para la realización de la inspección, procediéndose a firmar a las 9,50 horas del día 28 de febrero de 201 por D. Sebastián el recibí del dicho auto.

Así las cosas, conforme a la doctrina expuesta debemos desestimar el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por cuanto la orden de inspección había sido autorizada por el Juzgado de lo contencioso administrativo competente.



**CUARTO.-** Por cuanto se refiere a la ilegalidad de la Orden de Investigación por el carácter excesivamente amplio y genérico de su objeto debemos recordar que el ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 *"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."*

En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: *" 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 Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados *"objeto y finalidad de Inspección"* que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T- 339/04 señala lo siguiente:

- 58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye 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 hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

- 59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

- 60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99)".

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección ( verificar la existencia de actuaciones el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, desde al menos 1998, que podrían constituir



prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado; los sujetos investigados (PHILIP MORRIS SPAIN S.L.); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial de las empresas investigadas, cualquiera que sea su soporte material), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de conductas anticompetitivas en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación. Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para los intercambios de información y/o acuerdos entre operadores del mercado, directa o indirectamente a través de terceros, de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado.

Es cierto que la orden de inspección no delimita el ámbito geográfico del mercado afectado. Ahora bien, esta omisión no proyecta las consecuencias pretendidas por la recurrente. Como se explica en la resolución recurrida, al haberse realizado la inspección controvertida en el marco de una información reservada, sin expediente incoado, se ha producido en un momento en el que todavía no se ha procedido a la imputación formal de ninguna infracción por lo que el objetivo de la Dirección de Competencia es recabar datos que le permitan determinar si "*la noticia de la posible existencia de una infracción*", a la que se refiere el artículo 49.2 de la LDC, se concreta en indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y que no es hasta la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos cuando queda definida la acusación y las personas contraladas que se dirige el procedimiento y, por tanto, será entonces cuando se defina con exactitud el mercado geográfico en el que se circunscriben las conductas investigadas, así como la duración de las mismas. Y añade que, además, los datos contenidos en la Orden de Inspección permitían a la recurrente conocer con suficiente exactitud la concreta dimensión geográfica de las prácticas respecto de las que la DC desarrollaba la inspección en su sede al objeto de verificar la existencia y alcance de las mismas.

Para terminar, cumple manifestar que la Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 "*el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se*



*vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".*

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y que no se produjo la vulneración del derecho de defensa que la recurrente vincula al carácter genérico de la orden inspección y a la insuficiente determinación de su justificación, fundamento y alcance.

**QUINTO.** -Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la desestimación del presente recurso con imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Víctor Venturini Medina, en nombre y representación de **PHILIP MORRIS SPAIN SL. ("PMS")** contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la CNMC), de fecha 26 de octubre de 2017, recaída en el Expediente número R/AJ/056/17 PHILIP MORRIS SPAIN S.L, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.