



Roj: **SAN 3136/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3136**

Id Cendoj: **28079230062017100251**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/07/2017**

Nº de Recurso: **545/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000545 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06163/2016

Demandante: ABELLÓ LINDE S.A. (LINDE)

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de julio de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 545/16 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **ABELLÓ LINDE S.A. (LINDE)** contra la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 15 de septiembre de 2016, en el expediente R/AJ/S18/16 por la que inadmite la solicitud de revisión de oficio de la Orden de 3 de julio de 2015, dictada por la Dirección de Competencia por la que se autorizó una inspección en la sede de la empresa para verificar la existencia, en su caso, de actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .



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 " *la Resolución adoptada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 15 de septiembre de 2016 en el expediente administrativo R/AJ/318/16, ABELLÓ LINDE, deberá ser declarada nula de pleno derecho por los motivos expuestos.*"

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

TERCERO .- Mediante Auto de 27 de febrero de 2017, sin abrir el periodo probatorio se acordó reproducir los documentos aportados por la recurrente como anexo 1 a 3.

CUARTO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 19 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

Ha siendo ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en éste recurso la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 15 de septiembre de 2016, en el expediente R/AJ/S18/16 por la que inadmite la solicitud de revisión de oficio de la Orden de 3 de julio de 2015, dictada por la Dirección de Competencia por la que se autorizó una inspección en la sede de la empresa para verificar la existencia, en su caso, de actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Y como antecedentes de interés para pronunciarse sobre esta pretensión merecen ser destacados los siguientes:

El 3 de julio de 2015, la Dirección de Competencia de la CNMC dictó una Orden de Investigación en el contexto de una información reservada que se tramitaba bajo la referencia S/DC/0561/15, por la que se autorizó la realización de una inspección en la sede de Abelló Linde, durante los días 14, 15 y 16 de julio de 2015, para verificar la existencia, en su caso, de actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Al entender la empresa que no existían indicios fundados que pudieran justificar la realización de las inspecciones domiciliarias antes reseñadas, LINDE solicitó formalmente la revisión, con base en la nulidad de la misma, de la Orden de 3 de julio de 2015, en virtud de lo dispuesto en los artículos 62 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

El 15 de septiembre de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptó, en el marco del expediente R/AJ/318/16 - ABELLÓ LINDE, una resolución por la que se inadmitía la revisión por causa de nulidad solicitada por LINDE, siendo esta resolución la que constituye el objeto del presente recurso.

SEGUNDO .- En la demanda, la entidad recurrente plantea la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por vulnerar el procedimiento previsto por el artículo 102 LJCA al impedir la revisión del procedimiento por el Consejo de Estado. A su juicio, la resolución recurrida no motiva la concurrencia de alguna de las tres causas que justifican prescindir del dictamen del Consejo de Estado a la hora de acordar la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio.

Destaca que la solicitud de revisión se fundó en la causa de nulidad prevista en el artículo 62 de la LRJPAC, por entender conculcados los derechos de LINDE a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, expresamente reconocidos en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución Española , así como en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos .

Además, en dicha solicitud argumentó la vulneración de los derechos fundamentales referidos e incidió en la situación de indefensión, en tanto se permitiera a la Administración la posibilidad de iniciar inspecciones sobre la base de indicios no comprobables.



En segundo lugar, advierte que el esfuerzo de la CNMC por rebatir su argumentación, demuestra, por sí mismo, que la solicitud de revisión de oficio no puede ser calificada de manifiestamente infundada.

Finalmente, tampoco indica la resolución recurrida que se hayan desestimado otros asuntos sustancialmente iguales, como fundamento de la inadmisión. Por lo tanto, la resolución recurrida no podía acordar la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio.

Por otra parte, la resolución es nula de pleno derecho, conforme al art. 62.1.a) Ley 30/1992 por suponer una vulneración del derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio de Linde. Argumenta que la obtención por la CNMC de « información » verbal de « los responsables decompras de diversos hospitales » sobre presuntas prácticas irregulares no justifica, en modo alguno, una medida tan gravosa como la entrada en el domicilio de LINDE.

En el momento en que el Director de Competencia dictó la Orden de Investigación de 3 de julio de 2015, la DC carecía de elementos que pudieran ser considerados «indicios fundados» para justificar la entrada en el domicilio de LINDE pues únicamente disponía de «meras sospechas» .

Por ello, la Orden de 3 de julio de 2015 y toda la actuación de inspección domiciliaria llevada a cabo por la DC deben ser consideradas nulas de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la LRJPAC por conculcar el derecho fundamental de LINDE a la privacidad e inviolabilidad del domicilio reconocido expresamente en el artículo 18.2 de la Constitución Española , en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la jurisprudencia que cita.

TERCERO .- El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación. Argumenta que las actuaciones inspectoras desarrolladas los días 14, 15 y 16 de julio de 2015, en el domicilio social de LINDE se realizaron al amparo de la Orden de investigación que fue autorizada por el Auto de fecha 10 de julio de 2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Barcelona .

Destaca que la Orden de investigación de 3 de julio de 2015, fue dictada "ante la noticia de la posible existencia de una infracción ", lo que permite al órgano de instrucción a 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 de expediente sancionador ", tal como establece el artículo 49.2 de la LDC . En este caso, la noticia de la posible existencia de una infracción se concreta en la información recabada por dos funcionarios inspectores de la CNMC en el transcurso de reuniones celebradas con empleados públicos responsables de compras de diferentes hospitales públicos de distintas comunidades autónomas, particularmente en las Comunidades de Madrid y Galicia.

El objeto de la inspección domiciliaria era precisamente verificar la existencia por parte de la empresa inspeccionada de actuaciones que pudieran constituir vulneraciones de la normativa de competencia, que se concretaban en "prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación distribución y comercialización de gases medicinales, consistentes en acuerdos de reparto de mercado, de fijación de precios e intercambios de información en el marco de las licitaciones para el suministro de gases medicinales en el territorio nacional", tal como precisa la Orden de Investigación y recoge también el Auto judicial autorizador de entrada.

Subsidiariamente y, en cuanto a los efectos de una eventual sentencia estimatoria, sostiene que, de conformidad con la jurisprudencia, la Sala no puede analizar la legalidad de la Orden de investigación.

CUARTO.- El art. 102 de la Ley 3071992 disponía que " 1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales."

Idéntica redacción tiene el art. 106 de la ya vigente, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas .



El recurso de revisión presenta una naturaleza extraordinaria porque solo cabe interponerlo contra actos administrativos firmes, es decir, actos que no fueron impugnados en tiempo o habiéndolo sido, el recurso administrativo fue desestimado pero con el fin de evitar reproducir una impugnación que tuvo su cauce a través de los recursos administrativos ordinarios solo permite ser combatidos mediante la invocación de causas de nulidad de pleno derecho.

Por esa razón, la sentencia de 23 de octubre de 2015, rec. 3966/2013 recuerda que *" la finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos, prevista en el artículo 102 de la Ley 30/1992 , es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, por tanto, ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por la invalidez más grave, quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia. Finalidad que, como se ve, no tiene sentido cuando ni se invocan causas de nulidad plena, porque se trata de infracciones que comportan la anulabilidad del acto y que debieron esgrimirse mediante el correspondiente recurso administrativo y jurisdiccional, ni cuando las nulidades invocadas carezcan de fundamento."*

La jurisprudencia insiste en la necesidad de interpretar estrictamente los límites de éste recurso extraordinario a fin de evitar que se utilice este procedimiento o recurso extraordinario como instrumento de impugnación del acto administrativo con fundamento en cualquier motivo. Si el recurso de revisión no está sujeto a plazo es porque solo pueden invocarse a su amparo nulidades absolutas.

En éste sentido, la sentencia de 24 de abril de 2015, rec.427/2013 dice *"no está de más advertir de los peligros que podría comportar una interpretación carente de rigor de los artículos 62.1 y 102.3 de la Ley 30/1992 , que además de vaciar de contenido la reforma llevada a cabo en esta materia por la Ley 4/1999, produciría una confusión entre los plazos de impugnación y las causas de nulidad que pueden esgrimirse, mezclando cauces procedimentales que responden a finalidades distintas y cumplen funciones diferentes dentro del sistema de invalidez de los actos administrativos. Por ello, debemos insistir en que la acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino únicamente aquellas que constituyan, por su cualificada gravedad, un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 . "*

QUINTO .- Co mo vemos, el único requisito que impone la Ley para declarar de oficio o a instancia de los interesados la nulidad de sus propios actos, es el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere.

Ahora bien, con la finalidad de hacer operativo este recurso introduce un filtro que permite inadmitir la solicitud de revisión sin dictamen del Consejo de Estado cuando concurra alguna de las tres siguientes causas, que la solicitud de revisión de oficio no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62, que carezca manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Pues bien, en el presente caso, la lectura de la resolución recurrida suscita una primera duda y es si, en realidad, no es una resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio. Lo que sucede, es que, en tal caso, requeriría dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente y la resolución no se ha amparado en él ni consta en el expediente que se haya emitido. Por tanto, debemos descartar esta posibilidad.

En realidad, la propia resolución recurrida indica expresamente que inadmite la solicitud de revisión de oficio en cuyo caso, debiera haber justificado que prescinde de recabar el dictamen del órgano consultivo correspondiente porque entiende que concurre alguna de las tres causas que permiten inadmitir la solicitud de revisión sin dicho dictamen.

Pese a no haberlo hecho vamos a examinar si, no obstante, la inadmisión es conforme a derecho por concurrir alguna de ellas.

La solicitud de revisión de la Orden de 3 de julio de 2015 y la posterior inspección domiciliaria llevada a cabo por la DC se fundaba en la consideración de que, a juicio de ABELLO LINDE, eran nulas de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la LRJPAC por vulnerar el derecho fundamental de LINDE a la privacidad e inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española , en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la jurisprudencia que citaba.



Por lo tanto, la solicitud de fundaba en la vulneración de un derecho fundamental cuya eventual lesión es determinante de la nulidad de pleno derecho del acto que así lo infringe, conforme al art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 . Por lo tanto, la CNMC no podía acogerse a esta primera causa de inadmisión.

Tampoco podía acogerse a la segunda, pues solo cabe inadmitir la solicitud de revisión del acto cuando dicha petición carece "manifiestamente de fundamento" de manera que no es posible identificar el juicio que tendría lugar tras la sustanciación del procedimiento de revisión de oficio y el que se adelanta sobre la admisión. Únicamente se permite el juicio anticipado negativo cuando su falta de fundamento aparece como "manifiesta", es decir, clara y manifiesta que no requiere de un juicio especialmente fundado sino prima facie se advierte que la petición en ningún caso va a poder prosperar.

La jurisprudencia, así las sentencias de 5 de diciembre de 2012, rec. 6076/09 , 28 de abril de 2011, rec.2309/07 , 26 de noviembre de 2010, rec.5360/06 y 27 de noviembre de 2009, rec. 4389/05 precisa que *"La carencia de fundamento, como causa de inadmisión, como ya adelantamos, ha de ser "manifiesta", según exige el artículo 102.3 de la Ley 30/1992 , lo que supone que el órgano administrativo competente para resolver sobre la revisión haga un juicio adelantado sobre la aptitud de la solicitud cuando anticipadamente se conozca que la misma en ningún caso va a ser estimada. Se trata de no proceder a la tramitación que establece el propio artículo 102, y antes de recabar el correspondiente dictamen del órgano consultivo, si se sabe, de modo ostensible y palmario, la falta de viabilidad de la acción de nulidad entablada. Supone, en fin, poner a cubierto este tipo de procedimientos de solicitudes inconsistentes por temerarias."*

En el presente caso, la solicitud de revisión de oficio de la Orden de Investigación y de la posterior investigación en la sede de la empresa aparece formalmente amparada en la lesión de un derecho fundamental con cita de los preceptos constitucionales y legales que amparan ese derecho y con un razonamiento fundado en que no cabe confundir las meras conjeturas o sospechas con indicios fundados que amparen la Orden de investigación.

La propia respuesta de la resolución recurrida, fundada en la interpretación que deduce de una sentencia del Tribunal Supremo y el esfuerzo argumentativo que despliega para rechazar la pretensión de nulidad demuestra que la solicitud no era infundada.

Podrá decirse, tras el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente que no concurre causa de nulidad pero no que carece manifiestamente de fundamento.

Finalmente, tampoco se argumenta nada en la resolución recurrida acerca de que el fundamento de la inadmisión haya sido que se han desestimado en el fondo otros asuntos sustancialmente iguales con independencia de que, el carácter casuístico de estas Ordenes de Investigación difícilmente permitiría apreciar esta identidad sustancial.

En consecuencia, no concurre ninguna de las causas que permiten inadmitir una solicitud de revisión con fundamento en la nulidad de pleno derecho del acto recurrido sin recabar el dictamen del Consejo de Estado, por lo que procede estimar el recurso y anular la resolución recurrida por infracción del artículo 102.3 de la Ley 30/1992 .

En todo caso, el pronunciamiento es de anulabilidad de la resolución recurrida por infracción del art. 102.3 en relación con el art. 63 de la Ley 30/1992 . La nulidad de pleno derecho por omisión del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente autonómico tiene lugar en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales como se deduce del art. 62.2 de la derogada ley 30/1992 y en éste caso, la mera infracción del art. 102.3 de la Ley 30/92 lo que determina es la anulabilidad del acto, conforme al art. 63 de dicha ley .

SEXTO .- Finalmente, conviene precisar que si bien la pretensión que alberga la demanda se refiere únicamente a la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución de 15 de septiembre de 2016, en realidad, como segundo motivo impugnatorio, la demanda solicita también la nulidad de la Orden de investigación de 3 de julio de 2015.

Sin embargo, tiene razón el Abogado del Estado cuando destaca que declarada la ilegalidad de la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio no puede el Tribunal analizar la legalidad de la Orden de investigación pues, como advierte la sentencia de 5 de diciembre de 2011 rec. 5080 / 2008:

"Tal decisión inadmisoria puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en el caso de estimarse el recurso por la improcedencia de la decisión la consecuencia no puede ser, aunque lo haya solicitado la parte, resolver sobre el fondo del asunto pues ni la Administración se ha podido pronunciar previamente, ni se ha oído al Consejo de Estado, cuyo dictamen es preceptivo. También se impide a la



Administración en el caso de estimación de alguno de los motivos de nulidad pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de una indemnización, supuesto contemplado en el apartado 4 del art. 102."

Efectivamente, de conformidad con esa jurisprudencia, carecería de lógica que, estimado el recurso por omisión del dictamen del órgano consultivo entrara la Sala a revisar la nulidad o no de la Orden de investigación sin ese preceptivo dictamen que, además, la ley exige que resulte favorable, lo que revela la importancia que presenta.

SÉPTIMO.- Dada la estimación parcial del recurso, en cuanto a las costas cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, de conformidad con el art. 139.1 de la Ley jurisdiccional .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **ABELLÓ LINDE S.A. (LINDE)** contra la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 15 de septiembre de 2016, en el expediente R/AJ/S18/16 por la que inadmite la solicitud de revisión de oficio de la Orden 3 de julio de 2015, dictada por la Dirección de Competencia por la que se autorizó una inspección en la sede de la empresa para verificar, la existencia, en su caso, de actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , resolución que se anula por ser contraria a Derecho, con desestimación del recurso en lo demás.

En cuanto a las costas, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 20/07/2017 doy fe.