



Roj: **SAN 4824/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4824**

Id Cendoj: **28079230062021100493**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/11/2021**

Nº de Recurso: **703/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000703 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6212/2017

Demandante: SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, SOCIEDAD UNIPERSONAL (SADYT)

Procurador: D. SANTIAGO TESORERO DÍAZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. 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 dos de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 703/17 promovido por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz en nombre y representación de la **SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, SOCIEDAD UNIPERSONAL (SADYT)** contra la resolución de 30 de agosto de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente R/AJ/044/17 SADYT, desestimatoria del recurso interpuesto por la entidad actora contra la Orden Investigación de 23 de mayo de 2017 y contra la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 30 y 31 de mayo siguientes en la sede de SADYT en ejecución de la referida Orden. 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:

"I.- Que, teniendo por presentado este escrito, con sus documentos adjuntos, se sirva admitirlo, y en su virtud, tenga por formalizada en tiempo y forma demanda.

II.- Que, previos los trámites preceptivos, previo recibimiento del procedimiento a prueba, dicte sentencia y declare nula la Resolución de la CNMC de 30 de agosto de 2017, así como la Orden de Inspección de 23 de mayo de 2017 y la actuación inspectora de los días 30 y 31 de mayo que amparaba por no ser conformes a derecho y que ordene la devolución a mi representada por parte de la CNMC de todos los documentos recabados en dicha inspección.

III.- Que, se condene a la Administración demandada al pago de las costas procesales".

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.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 14 de julio de 2021, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, SOCIEDAD UNIPERSONAL (SADYT) la resolución de 30 de agosto de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente R/AJ/044/17 SADYT, desestimatoria del recurso interpuesto por la entidad actora contra la Orden Investigación de 23 de mayo de 2017 y contra la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 30 y 31 de mayo siguientes en la sede de SADYT en ejecución de la referida Orden.

Como antecedentes de este acuerdo pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

- Con fecha 23 de mayo de 2017 el Director de Competencia de la CNMC dictó Orden de Investigación por la cual autorizaba la inspección en la sede de las empresas VALORIZA AGUA, S.L, SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A. y SADYT, y cuyo objeto era *"... verificar la existencia de actuaciones de SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A., VALORIZA AGUA, S.L, y SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, SOCIEDAD UNIPERSONAL (SADYT) y de diversas empresas competidoras de estas, en España, en los sectores de la construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible. Estas conductas se habrían venido llevando a cabo, al menos, desde el año 2003, en los sectores de construcción y rehabilitación de infraestructuras y de la construcción y rehabilitación de edificios, y desde el año 2001 en el sector del diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, pudiendo continuar en todos los casos hasta la actualidad".*

- De acuerdo con todo ello, los días 30 y 31 de mayo de 2017 se llevó a cabo la inspección en la sede de SADYT, una vez recibida por la empresa la Orden de Inspección y el auto judicial que autorizaba el acceso a su sede.

- Por escrito de 12 de junio de 2017, y al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC, SADYT interpuso frente a la Orden de Investigación y frente a la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 30 y 31 de mayo el recurso que dicho precepto prevé. En el mismo denunciaba la insuficiente concreción de la Orden recurrida en la determinación del objeto de la investigación teniendo en cuenta la normativa aplicable y la jurisprudencia, europea y española, sobre la materia. Y entendía que con ello se había producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el artículo 18.2 de la Constitución.

- Emitido informe por la Dirección de Competencia, favorable a la desestimación del recurso, y formuladas alegaciones por la entidad recurrente, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó resolución con fecha 30 de agosto de 2017 por la que desestimaba el recurso interpuesto. En dicha resolución se concluía que la delimitación del objeto de la inspección recogido en la Orden de Investigación recurrida resultaba adecuada y conforme a Derecho al precisar de manera suficiente

los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC, de acuerdo con la jurisprudencia recaída en la materia.

SEGUNDO.- La demanda se articula en torno a tres motivos que evidenciarían la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18.2 de la Constitución y del derecho a la defensa reconocido en el artículo 24.2 del texto constitucional, preceptos ambos en lo que sostiene la ilegalidad de la Orden.

Esos tres motivos los describe la entidad recurrente del siguiente modo:

"la insuficiente concreción del objeto y finalidad de la Orden de Investigación que impidió a mi representada ejercer correctamente su derecho de defensa durante la inspección al no comprender lo que efectivamente abarcaba y, ello, pese a que la DC ya disponía de manera previa de la información necesaria para delimitar adecuadamente dicho objeto y finalidad ...,

- el quebranto del principio de proporcionalidad que debe guiar la actuación de la DC, al acudir a la medida más gravosa para el administrado (investigación domiciliaria), cuando disponía de otras medidas de investigación idóneas menos lesivas para corroborar de manera previa los indicios - o, más bien, conjeturas- de que disponía, antes de verificar si era o no necesaria la investigación domiciliaria, y

- en la desnaturalización de la información reservada en el que se enmarcaba la Orden de Investigación dejando pasar sin causa que lo justifique más de 2,5 años entre el acceso a los supuestos indicios de conducta anticompetitiva y su apertura, y en la aplicación abusiva y desproporcionada de la doctrina del hallazgo casual que no puede permitir que aquellos indicios descubiertos accidentalmente sean dejados al uso caprichoso y arbitrario de la DC ...".

En cuanto a lo primero, entiende SADYT que la Orden recurrida, al definir de una manera que califica de vaga e imprecisa el objeto y la finalidad de la inspección, ha conculcado los derechos fundamentales citados además de incumplir lo dispuesto en los artículos 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto y el artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Recuerda que el mencionado artículo 13.3 del Reglamento, cuando exige que las órdenes de investigación de la CNMC definan el objeto y finalidad de la inspección, obedece a la necesidad de que el inspeccionado pueda hacer pleno uso de su derecho de defensa durante la inspección al conocer los límites y alcance de esta y de la actuación de los funcionarios, conociendo lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Critica que, en el caso de la Orden impugnada, no se hiciera mención a que la conducta consistente en el reparto de mercado se refería solo en realidad al reparto de licitaciones públicas, y ello pese a tener constancia de que todos los indicios (los once correos electrónicos obtenidos en la inspección de 2014) apuntaban a que se trataba solo de esta clase de licitaciones. A su juicio, la inclusión del término "licitación pública" en el objeto de la inspección habría servido para hacer entender a la entidad inspeccionada cuál era el objeto concreto de las investigaciones, es decir, un supuesto reparto de licitaciones públicas de obras de diseño y construcción de infraestructuras de agua, y no algo que abarcaba muchas más actividades.

A este carácter genérico e impreciso de la Orden contribuiría el hecho de que *"una misma Orden de Investigación definía un solo objeto de la inspección que fue utilizada para dar cobertura a las inspecciones desarrolladas en tres sociedades con distintos objetos sociales y llevando a cabo actividades en mercados y sectores distintos, algo que la DC era plenamente consciente. De hecho, la DC estaba investigando dos supuestos cárteles distintos de reparto de licitaciones públicas de, por un lado, obras de construcción y rehabilitación de infraestructuras y edificios afectando a SACYR CONSTRUCCIÓN y, por otro lado, obras de diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua afectando a SADYT y VALORIZA AGUA".*

El análisis de este motivo exige partir de una primera e importante consideración: la suficiencia de la concreción de la Orden recurrida solo puede precisarse con referencia a la lesión del derecho invocado, al no contar con otros parámetros que permitan determinarla. Es decir, la Orden será suficientemente precisa en la medida en que no pueda afirmarse que, por no incorporar un contenido mínimo, con la inspección se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el invocado artículo 18.2 de la Constitución, o el derecho a la defensa garantizado en el artículo 24.2.

En efecto, el artículo 40.2, párrafo segundo, de la Ley 15/2007, se limita a disponer que *"A estos efectos la persona titular de la Dirección de Competencia dictará una orden de inspección que indicará los sujetos investigados, el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en esta ley, para el caso de que las entidades o sujetos obligados no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección, así como al derecho a recurrir contra la misma".*



Por su parte, el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece en parecidos términos que *"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"*.

Ninguno de dichos preceptos especifica, por tanto, un contenido concreto de la Orden más allá de exigir que la misma indique el objeto y finalidad de la inspección.

En el caso que nos ocupa, la Orden de Investigación señalaba, literalmente, que dicho objeto consistía en *"verificar la existencia de actuaciones de SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A., VALORIZA AGUA, S.L. y SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS (SADYT) y de diversas empresas competidoras de éstas, en España, en los sectores de la construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible"*. A lo que añade que *"Estas conductas se habrían venido llevando a cabo, al menos, desde el año 2003, en los sectores de construcción y rehabilitación de infraestructuras y de la construcción y rehabilitación de edificios, y desde el año 2001 en el sector del diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, pudiendo continuar en todos los casos hasta la actualidad"*.

Es indudable que la Orden reflejaba tanto el objeto como la finalidad de la inspección en los términos generales en que lo exigen los preceptos transcritos, por lo que procede determinar si lo hace con la precisión suficiente, lo que niega SADYT para quien el carácter excesivamente genérico de la Orden ha supuesto la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio y le ha generado además indefensión.

Invoca en este sentido la jurisprudencia, nacional y comunitaria, según la cual una definición excesivamente amplia del objeto y finalidad de la investigación perjudica a la empresa inspeccionada *"... pues le impide comprender su deber de colaboración en el contexto de la inspección, y en consecuencia la información que estaría obligada a facilitar a la autoridad inspectora. Igualmente, esto puede acarrear una vulneración del derecho de defensa, pues impide que la empresa pueda oponerse a que la autoridad inspectora obtenga información que exceda del objeto propio de la inspección, precisamente por no comprender qué es lo que se busca"*.

Considera la Sala, sin embargo, que la recurrente debería explicar por qué la definición -insuficiente, a su juicio- del objeto y finalidad de la inspección contenida en la Orden recurrida le impidió en este caso comprender su deber de colaboración, con expresa referencia a las circunstancias que produjeron esa situación y a la información, también concreta y determinada, que facilitó a los actuarios y que excedía del verdadero objeto al que debió ceñirse; y la efectiva indefensión padecida -no la simple posibilidad a la que alude cuando dice que *"esto puede acarrear una vulneración del derecho a la defensa"*- con mención de los extremos que desconocía, por no especificarlos la Orden de Investigación, y que, de haber sido consignados en ella, le hubieran posibilitado negar una información que no obstante proporcionó.

En particular, denuncia la representación de la recurrente que la Orden no hacía referencia alguna a las *"licitaciones públicas"*, y afirma que *"la inclusión del término "licitación pública" en el objeto de la inspección, habría servido para ceñir claramente el objeto de la inspección y habría podido hacer entender a mi representada de una mejor manera cuál era el objeto concreto de las investigaciones, es decir, un supuesto reparto de licitaciones públicas de obras de diseño y construcción de infraestructuras de agua, y no algo que abarcaba muchas más actividades"*, y que *"el incluir o no la palabra licitación pública habría tenido una importancia fundamental a la hora que mi representada ejerciera su derecho de defensa durante las inspecciones para conocer y delimitar el alcance de las mismas, algo que la DC estaba en perfectas condiciones de haber realizado"*.

Ciertamente, la importancia fundamental para el ejercicio del derecho de defensa a la que alude debiera tener alguna manifestación que permita constatar que, en efecto, la falta de indicación de que se trataba de conductas vinculadas con licitaciones públicas limitó de manera real las posibilidades de defensa de la inspeccionada, algo que no resulta obvio.

Ha de decirse, además, que la afirmación de que la definición del mercado es imprecisa al no mencionar las licitaciones públicas confunde la definición del mercado relevante de producto al que se refiere la investigación, con el sector específico del que se tienen evidencias previas. Las licitaciones públicas constituyen un ámbito o sector específico al que se referían los indicios encontrados, pero no delimitan el mercado relevante de la infracción.



Las entidades aludidas respecto de los mercados identificados en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 (construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua) ofrecen sus servicios tanto a clientes públicos como privados, por lo que la definición de mercado de producto afectado no puede excluir al sector de clientes privados que pudieran haber solicitado servicios a las entidades inspeccionadas.

Al delimitar la Orden de Investigación su objeto a tres mercados afectados - (i) construcción y rehabilitación de infraestructuras; (ii) construcción y rehabilitación de edificios y (iii) construcción de infraestructuras de tratamiento de agua-, impide extenderlo a cualquier actividad en la que SADYT o el resto de empresas inspeccionadas pudieran estar presentes dado su carácter multidisciplinar, impidiendo también la recogida indiscriminada de documentación en las sedes de las empresas inspeccionadas.

No apreciamos por ello indefensión alguna de SACYR al no mencionar la Orden de investigación la referencia a licitaciones públicas, a lo que debe añadirse que no encontramos en la demanda una afirmación concreta de indefensión material que tampoco deducimos tras la lectura del acta de inspección y del asesoramiento jurídico con el que en todo momento contó SADYT.

Y es que, insistimos, la invocada indefensión no tiene sustento argumental más allá de la afirmación apodíctica de que se le ha causado pues se desconoce, por no explicitarlo la recurrente, la conexión entre la supuesta falta de concreción del contenido de la Orden de Inspección y la limitación del derecho de defensa, que debiera tener alguna manifestación en la prueba excesiva que facilitó la empresa, o en la imposibilidad de haberse opuesto a proporcionar otra innecesaria. Todo lo cual exigiría que se precisase y describiera el material probatorio afectado, lo que no se ha hecho.

Por otra parte, la circunstancia de que el contenido de la Orden fuera el mismo para llevar a cabo la inspección en tres sociedades distintas no permite, por sí sola, llegar a la conclusión que extrae la recurrente de entenderse que dicho contenido era suficiente, y teniendo en cuenta el grado de relación de las empresas afectadas. No puede desconocerse que los indicios que justificaron las inspecciones afectaban a varios mercados, en los que estaban presentes las tres empresas, lo que justificaba su inspección. Y al hecho de que se dictara una única Orden de Investigación para las tres sociedades contribuye sin duda el que las tres comparten sede social y forman parte de un mismo grupo empresarial, con vínculos accionariales al 100%.

Dicho esto, la Sala considera que la Orden contenía en este caso las menciones imprescindibles para llevar a cabo la inspección, siguiendo con ello el criterio que hemos reflejado en otros pronunciamientos en los que se ha planteado una cuestión análoga y así en la sentencia de 24 de mayo de 2021, recaída en el recurso núm. 2/19, seguido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona; cuyas consideraciones resultan plenamente aplicables aquí al invocarse también la vulneración del artículo 18.2 de la Constitución. Y teniendo en cuenta como presupuesto necesario para el análisis de la eventual vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que la entrada en el de SADYT fue autorizada por Auto Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 12 de Madrid de 13 de diciembre de 2018.

En efecto, la Orden de Investigación define el sector al que se ciñe la investigación (de la construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua), así como las conductas investigadas y su relevancia sancionadora (acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE).

En cuanto ahora interesa, en la referida sentencia señalábamos lo siguiente:

"En este caso, las recurrentes apoyan su pretensión de nulidad en la vulneración del artículo 18, párrafos segundo y tercero, de la CE porque entienden que la Orden de Investigación, que implicaba la realización de una inspección domiciliaria en su sede, ha vulnerado el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria, así como el derecho al secreto de las comunicaciones en cuanto se le han incautado numerosas comunicaciones particulares. Y los recurrentes justifican esa vulneración de la garantía constitucional invocada porque entienden que la orden de investigación es genérica y no concreta cual es el objeto ni la finalidad de la inspección mas allá de identificar el mercado afectado así como las posibles conductas colusorias recogidas en el artículo 1 de la LDC ; pero, según dicen, no constan cuales son los indicios que han llevado a la CNMC a inspeccionar su sede social ni la conexión de esos indicios con la actuación de las recurrentes ni tampoco se indica que datos se buscan. En esta misma línea, argumentan que no es suficiente para preservar la garantía constitucional invocada la mera mención de la existencia de una denuncia o de información reservada para justificar la entrada domiciliaria cuando sin más datos al respecto se está impidiendo al afectado conocer si existe o no fundamento para la inspección. Y la parte actora se apoya en diversas sentencias tanto del TJUE como del TS que exigen una mayor definición y concreción en las ordenes de inspección.



El artículo 18 de la CE ampara distintos derechos todos ellos inspirados en el fundamental a la intimidad, pero con perfiles propios. Así en su párrafo segundo se dice:

"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". Y en su apartado tercero se dice: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial". Esta Sala anticipa la desestimación del recurso contencioso administrativo examinado destacando ya en este momento que no es aceptable extraer ni extrapolar razonamientos de las sentencias del TS y del TJUE en las que la recurrente se apoya sin tener en cuenta cual ha sido el procedimiento contencioso administrativo, bien ordinario o bien especial, en el que se han dictado y, además, sin tener en cuenta el contenido concreto de las Ordenes de Inspección domiciliarias analizadas. Anticipamos que la Orden de Investigación de 5 de diciembre de 2018 ahora impugnada no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la CE por cuanto la investigación y el registro domiciliario de la sede de las mercantiles recurrentes ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico - artículo 8.6 de la LJCA y artículo 91.2 de la LOPJ - le ha atribuido competencia para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez que ha analizado la citada orden de inspección y comprueba que la entrada domiciliaria cumple los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que están en juego y, entre ellos, el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria. En este caso esa autorización de entrada y de registro domiciliario se ha adoptado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 12 de Madrid quien, a solicitud de la CNMC e inaudita parte, dicto auto en fecha 13 de diciembre de 2018".

Respecto del alcance de las potestades del órgano judicial al que se pide la autorización de entrada domiciliaria, recordábamos que este no es, ciertamente, el juez de la legalidad de la actuación administrativa necesitada de ejecución -juez del proceso-, sino el juez encargado de garantizar la ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto y de prevenir eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -juez de garantías- reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional núms. 160/1991, de 18 de julio y 136/2000, de 29 de mayo).

Pero esa circunstancia no permite considerar que el juez competente actúe con una suerte de automatismo formal (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre), sino que deberá comprobar (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad prima facie; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo , o 139/2004, de 13 de septiembre).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/19, que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000, se analiza la posible vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria cuando la entrada en el domicilio se ha autorizado por el órgano judicial competente para autorizar las entradas y registros domiciliarios, como es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Y en ella se dice lo siguiente:

"El primer motivo del recurso invoca la causa de nulidad descrita en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015), por haber lesionado la orden de investigación su derecho a la inviolabilidad del domicilio, susceptible de amparo constitucional.

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 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 apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

Como indicábamos, la citada sentencia del Tribunal Supremo se remite a la doctrina fijada en este sentido por la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 cuyo fundamento de derecho cuarto se pronuncia en estos términos:

"De conformidad con lo expuesto, nuestro examen ha de iniciarse por el análisis de la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, sólo en caso de verificación de defectos con relevancia constitucional en el marco de la lesión del derecho constitucional sustantivo, procedería examinar qué pruebas sustentaron la convicción del Tribunal para declarar los hechos probados y fundamentar la condena del recurrente y si a ellas les afecta la prohibición de valoración de pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. A tal efecto ha de partirse de los defectos atribuidos en la demanda de amparo a la resolución judicial que autorizó la medida de injerencia en la intimidad domiciliaria, en particular, la ausencia de motivación y proporcionalidad de dicha resolución.

La carencia de motivación se habría materializado en que el Auto de 19 de diciembre de 1990 utilizó un modelo impreso que no satisfaría las exigencias mínimas de motivación y que, a pesar de lo argumentado en la Sentencia de instancia y en el Auto del Tribunal Supremo, ni podría ser integrado con la solicitud policial, ni, aunque pudiera serlo, supliría las carencias de la resolución judicial, dado que también adolecería de la misma falta de exteriorización de los indicios de criminalidad que afectaría a ésta y cuya concurrencia podrían justificarla dado el art. 550 en relación con el art. 546, ambos de la LECrim . Por tanto, ni el Auto judicial ni la solicitud policial exteriorizan la suficiente información que permite "realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida". Pues la alusión a "noticias confidenciales", aunque se consideren fidedignas, no podría fundar en este caso una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales. Por último, el Auto tampoco podría completarse con el "ulterior atestado policial", como hizo la Sentencia de primera instancia, pues, si bien, revela una mayor información, "no subsana la parquedad del oficio mismo que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada, y lo único que podrá estar llamado a integrar la resolución judicial".

Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente, ha de partirse de que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él [domicilio] sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio , FJ 8), que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (STC 126/1995, de 25 de julio , FJ 2; 139/1999, de 22 de julio , FJ 2; en el mismo sentido SSTC 290/1994, de 27 de octubre , FJ 31 ; 50/1995, de 23 de febrero , FJ 5 ; 41/1998, de 24 de febrero , FJ 34 ; 171/1999, de 27 de septiembre , FJ 10). A este respecto, ha de señalarse que "no se da garantía alguna cuando la resolución, aún de órgano judicial, se produce con un mero automatismo formal" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero , FJ 31 , 137/1985, de 17 de octubre , J 5 , 126/1995 , FJ 3 , 139/1999 , FJ 2), pues la autorización judicial "vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental" (STC 50/1995 , FJ 5). Por tanto, la exigencia de motivación de la autorización judicial constituye la vía de verificación de la existencia de la ponderación judicial requerida como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999 , FJ 10). Consecuencia de todo

ello es que la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998 , FJ 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, FJ 10). 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 , FJ 8 , 166/1999 , FJ 8 , 171/1999 , FJ 10). Como ha recordado recientemente este Tribunal recogiendo la doctrina de la STC 49/1999 , "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (STC 49/1999 , FJ 8). Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios, en buenas razones o fuertes presunciones (SSTEDH caso Klass, caso Lüdi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1), o indicios de la responsabilidad criminal (art. 579.2)".

En la sentencia de 24 de mayo de 2021 concluíamos, a la vista de dicha doctrina, que el artículo 8.6 LJCA otorga efectivamente un mecanismo de control al Juez Contencioso- Administrativo, a los efectos, no sólo de preservar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sino también, y como presupuesto de éste, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, erigiéndose en consecuencia dicho mecanismo de control, en un auténtico filtro a efectos de evitar comportamientos arbitrarios de la Administración cuya interdicción viene proclamada ya por el artículo 9.3 de la Constitución y específicamente a través de la necesidad de que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como expresamente preceptúa el artículo 103.1 de la CE.

Y, por ello, en el análisis de la posible vulneración de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio sí tiene trascendencia que, en el caso concreto, la entrada y registro domiciliario se haya efectuado bajo los parámetros del auto judicial citado por cuanto corresponde al órgano judicial al acordar dicha autorización efectuar, como ya hemos referido, un control de la garantía constitucional analizada teniendo en cuenta los intereses enfrentados con arreglo a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad.

Así, en relación con el necesario acomodo al principio de proporcionalidad la función del Juez de lo Contencioso- Administrativo se extiende a realizar un juicio de proporcionalidad que valore los intereses en conflicto, de una parte la necesidad de que las Administraciones Públicas velen por el cumplimiento de la normativa y el interés general, en el ejercicio de sus competencias o potestades, y de otra parte el derecho fundamental en juego, de forma que aun cuando el acto administrativo sea regular, la autorización puede y debe ser denegada, si existiera una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá frecuentemente si la finalidad de la resolución puede ser conseguida por otros medios que aun siendo más gravosos para la Administración dejen indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio y el privado, en cuanto responde a la protección de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio lo que requiere una ponderación adecuada entre dichos intereses y a ello responde la doctrina del Tribunal Constitucional (STS 22/84; 144/87; 160/91, entre otras).

Por tanto, desde el punto de vista de la garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18 de la Constitución, que es en rigor el que invoca la entidad actora, la autorización del juez de lo Contencioso Administrativo "... 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 apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado", como literalmente afirma la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/19.

En cuanto a si se cumplen las exigencias legales y reglamentarias de concreción del objeto y finalidad de la inspección, es indudable que lo hasta ahora expuesto no excluye la necesidad de analizar la corrección de la Orden en los términos en que lo ha precisado el mismo Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, en la que indica 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".

TERCERO.- Como venimos destacando, la alegación esencial de la parte actora es que en la Orden de Investigación solo se invocan razones genéricas e indeterminadas porque no se menciona ningún indicio



relacionado con la actuación concreta de las recurrentes que pudiera justificar la entrada y el registro domiciliario en su sede, ni tampoco se indica que datos concretos pretendan obtenerse en ese registro de tal modo que, según la actora, esa indefinición vulnera la garantía constitucional invocada -derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto a las comunicaciones privadas-, con infracción además de lo establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia. A lo que añade que debe anularse también por infringir el principio de proporcionalidad al acudir al medio de investigación más gravoso (inspección domiciliaria cuando disponía de otros medios menos lesivos e igualmente eficaces para corroborar los indicios; por la desnaturalización de la información reservada, al dejar transcurrir más de dos años y medio desde el acceso a los supuestos indicios de conducta anticompetitiva hasta la incoación del expediente; y por la aplicación abusiva de la doctrina del hallazgo casual.

Por tanto, corresponde ahora a esta Sala analizar si en la Orden de Investigación impugnada apreciamos criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que permiten concluir que la garantía constitucional invocada se ha respetado al exigir la entrada y el registro domiciliario acordado.

Como advertíamos en la sentencia de 15 de diciembre de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar 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,

b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, 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 las inspecciones 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 supuesto, la Orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de Competencia, aludiendo así a la construcción y rehabilitación de infraestructuras (menciona autovías, puentes, campos de vuelo, líneas ferroviarias de alta velocidad o urbanización de terrenos), la construcción y rehabilitación de edificios (cita en este caso colegios, hospitales, promociones de vivienda de protección oficial, bibliotecas), y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua (depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable).

Precisa, como ya hemos destacado, las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, que no son todas las posibles del artículo 1, sino las que también indica de manera concreta: acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible.

Y limita temporalmente el período durante el cual se habrían producido tales conductas: desde 2003, en los sectores de construcción y rehabilitación de infraestructuras y de la construcción y rehabilitación de edificios, y desde 2001 en el sector del diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de aguas.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para un reparto de mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio



de información comercial sensible, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la Orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

"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)".

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, 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"*.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"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)".*

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están 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 estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la Orden de Investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada - S/DC/0611/17- al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)"*.

Teniendo presente que la Orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces. Y, en el caso analizado, consta que se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario en términos que garantizan el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio al haberse concretado, como hemos visto antes al exponer el contenido de la Orden, las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren.

CUARTO.- A juicio de la entidad actora, los defectos de inconcreción del objeto y finalidad de la Orden de Investigación se evidenciarían también por el hecho de que la Dirección de Competencia ya disponía de información suficiente para delimitar de forma más precisa el objeto de la inspección por el conocimiento previo del contenido de once correos electrónicos obtenidos de forma casual en la inspección realizada en noviembre del año 2014 en la sede de la empresa DRACE. Y concluye que ese conocimiento previo le permitía delimitar con mayor precisión el objeto y la finalidad de la actuación inspectora.

Ha de decirse, en primer lugar, que la posible ilegalidad de la actuación de la Dirección de Competencia al desnaturalizar la información reservada por retener en su poder esos once correos electrónicos durante más de 32 meses hasta que ordenó la inspección ahora examinada, así como el valor de prueba que pueda atribuirse a los mismos por razón de su hallazgo casual en una inspección anterior, son cuestiones que podrán, en su caso, ser analizadas si la Dirección de Competencia ordena incoar expediente sancionador y este finaliza con resolución sancionadora.

Sí podemos examinar aquí, en cambio, si la información reservada que tenía la DC le exigía una mayor concreción en la Orden de Investigación dado el origen de los documentos que formaban parte de la misma- once correos electrónicos obtenidos en una inspección anterior-

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que sea su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora, lo que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"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 [...] 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 [...]"*.

En consecuencia, y con arreglo a esta doctrina, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como los relacionados con la operativa, el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propios de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que, precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen, o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Insistimos, por otra parte, en la consideración de que en la Orden de Investigación analizada no se acuerda por la Dirección de Competencia la entrada y el registro domiciliario de forma caprichosa, indeterminada e injustificada, sino que, antes al contrario, se especifica que se ha tenido conocimiento a través de información reservada de determinadas actuaciones de la recurrente en un mercado de producto concreto en el que interviene; especificando, además, cuales son dichas actuaciones -reparto de mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible en un ámbito muy específico, como son las licitaciones con la Administración en el mercado de la construcción y rehabilitación de infraestructuras; construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua- que resultan además contrarias al artículo 1 de la LDC.

Concluimos por todo ello que, en este caso, la Orden de Investigación permitía identificar a las entidades afectadas cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección al especificar el mercado afectado en el que actuaban - mercado *de construcción y rehabilitación de infraestructuras, construcción y rehabilitación de edificios, y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua*- así como las conductas advertidas - *acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible*-. Sin que pueda decirse entonces que se hubiera ordenado una inspección genérica, dirigida a la búsqueda imprecisa de documentos o pruebas inculpatórias, o que resultara exigible en ese momento preliminar de la investigación consignar en la Orden una relación fáctica más extensa y concreta.

No advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación pues, como recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas"*. Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su apartado 40: *"el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)"*.

QUINTO .- Sostiene por otra parte la actora que se ha desnaturalizado el trámite de la información reservada dado el tiempo transcurrido entre la inspección en la que se obtuvieron los once correos electrónicos que propiciaron la inspección de SADYT y la que enjuiciamos ahora.

Sin embargo, no existe ninguna previsión legal sobre la duración máxima que ha de tener el trámite de información reservada, y por esa razón el transcurso de dicho plazo no se computa a efectos del instituto de la caducidad del procedimiento sancionador. Y no se puede afirmar que durante ese periodo la Dirección de Competencia hubiera incurrido en una censurable inactividad y que, súbitamente, comenzase a realizar inspecciones simultáneas, pues tuvo que valorar los correos anteriores obtenidos en la sede de DRACE y de otras cuatro empresas en noviembre de 2014. A falta de datos que corroboren esa alegación, y que la actora no proporciona, deben tenerse en cuenta los otros expedientes en curso que tramita la CNMC con sus correspondientes inspecciones y la necesidad, por tanto, de valorar la información obtenida y de preparar las inspecciones que se realizaron en las empresas afectadas en el presente expediente.



SEXTO.- Por último, y respecto a la aplicación abusiva de la doctrina del hallazgo casual, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, recurso núm. 113/2013, ha precisado que *"la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas."*

En este caso, la conformidad a derecho de la Orden de Investigación en los términos que resultan de cuanto hemos expuesto, y la existencia de autorización judicial para la entrada domiciliaria, permiten entender que se ha hecho una utilización legítima del hallazgo casual procedente de la inspección de noviembre de 2014 en la sede de DRACE.

SÉPTIMO .- Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, por lo que las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz en nombre y representación de la **SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, SOCIEDAD UNIPERSONAL (SADYT)** contra la resolución de 30 de agosto de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente R/AJ/044/17 SADYT, desestimatoria del recurso interpuesto por la entidad actora contra la Orden Investigación de 23 de mayo de 2017 y contra la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 30 y 31 de mayo siguientes en la sede de SADYT en ejecución de la referida Orden. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la entidad recurrente.

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.

Magistrados firmantes de la Sentencia: Presidenta D^a BERTA SANTILLAN PEDROSA, D. FRANCISCO DE LAPEÑA ELIAS, D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS, D^a MARIA JESUS VEGAS TORRES Y D. RAMON CASTILLO BADAL.

VOTO PARTICULAR

que, al amparo de lo establecido por los artículos 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) y 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), formula el magistrado don Santos Gandarillas Martos a la sentencia dictada por la Sala en el recurso contencioso-administrativo **703/2017**, interpuesto por DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, SOCIEDAD UNIPERSONAL SA (SADYT).

PRIMERO.- Con el mayor de los respetos, discrepo del criterio de la mayoría de mis compañeros en la desestimación del recurso formulado contra Orden Investigación de 23 de mayo de 2017 y contra la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada los días 30 y 31 de mayo en la sede de SADYT en ejecución de la referida Orden.

La Orden de Investigación, inicialmente recurrida, es un acto de trámite cuya impugnación habilita el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio, y adelante LDC) « [1.] Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.[...]»

Conviene hacer esta precisión porque el acto que es objeto de este recurso puede ser revisado a través de diferentes cauces impugnatorios. (i) Por un lado, se puede reaccionar contra la propia Orden de Investigación como acto de trámite, bien a través del recurso contencioso-administrativo ordinario, bien por del prendimiento



especial de protección de los derechos fundamentales. (ii) Por otro, a través de la impugnación del auto por el que se autorizó la entrada y registro. (iii) Y por último, con ocasión del recurso contencioso-administrativo que finalmente se pueda deducir contra el acuerdo sancionador final.

El presente recurso se cuestiona directamente el contenido de la Orden de Investigación desde la única perspectiva de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.1.y 2 de la Constitución. Queda claro que no se enjuicia el contenido del auto que ha podido ser objeto de un recurso contencioso-administrativo ordinario ante el Juzgado que autorizó la entrada y registro.

No obstante, resulta inevitable que algunas de las referencias que aquí se hagan contra la Orden de Investigación sean coincidentes con las que pudieran realizarse contra el auto, en la medida que uno de los aspectos determinantes para autorizar la entrada es la suficiente motivación, o no, de la Orden y con ello de la ulterior motivación de la decisión jurisdiccional.

La sentencia se apoya en la del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso 3997/2019, y sin embargo permite la posterior revisión de la orden de investigación a pesar de que por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo haya sido franqueada la entrada de la Administración.

Algún razonamiento añadido debería haberse hecho al aplicar la doctrina de esta sentencia, de cuya literalidad podría desprenderse precisamente lo contrario, y es el cierre del debate desde la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, una vez que conste la autorización de la entrada por el Juez competente.

Llegados a este punto convendría destacar las diferentes vías impugnatorias que el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición del particular para reaccionar ante una posible vulneración de su derecho fundamental, todas ellas viables y compatibles entre sí. Por eso, cuando la STS 13 de octubre de 2020, recurso 3997/2019, ha dicho que si « [u]na 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 apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado [...]», no puede significar que el debate quede zanjado con el dictado del auto por Juez de lo Contencioso-Administrativo al amparo del artículo 8.6 de la LJCA, o con la firmeza que esa resolución adquiera tras el dictado de una sentencia desestimatoria, si es que hubiera sido impugnado. Son varias las razones las que me inclinan a pensar que ahí no se cierran las posibilidades de reacción del afectado:

1.- Si así fuera, ningún sentido tendría que el artículo 47.1 de la LDC permitiera la impugnación de la Orden de Investigación como acto de trámite, y solo se admitiera la impugnación contra el auto del Juez autorizando la entrada e inspección. La posición que tiene el particular frente a este tipo de decisiones jurisdiccionales es de lo más endeble.

Ténganse en cuenta que no fue parte en el procedimiento de habilitación previsto en el artículo 8.6 de la LJCA, y que la decisión del Juez de lo contencioso-administrativo se toma sin ser oído ni traído al proceso el interesado. La única información de que dispone es a través de un auto que ni tan siquiera se notifica por el órgano jurisdiccional, sino que le es comunicado por la propia Administración con ocasión de la entrada y registro; o como ocurrió con ocasión de la STS de 17 de septiembre de 2018, recurso 2922/2016, en el que el funcionario que llevó a cabo la diligencia de entrada y registro se negó a informar al titular del domicilio que disponía de un auto autorizando la entrada a su domicilio social, sin facilitarle una copia de la resolución judicial.

Las posibilidades de que el titular del domicilio pueda reaccionar contra el auto dictado, inaudita parte por el Juez de lo contencioso-administrativo, no resulta siempre fácil. De hecho, desde el momento que no existe la obligación legal de notificárselo como parte en un procedimiento, puede adquirir firmeza sin que el titular del derecho fundamental pueda impugnarlo.

En los casos en los que disponga del auto, porque se lo haya facilitado la Administración que practica la entrada y registro en su domicilio, sus medios de defensa están seriamente mermados. Carece de más datos que no sean los reflejados en la propia resolución del Juez, y desconoce cualquier otra posible información que la CNMC hubiera podido facilitar al Juez. En definitiva, se enfrenta a un recurso casi a ciegas.

2.- Si el auto o su firmeza zanjaran el debate, no podría el administrado, con ocasión de la impugnación de la sanción como acto definitivo, retomar la discusión sobre cuestiones atinentes a la Orden de Investigación y la inviolabilidad del domicilio. Además, supondría la privación y la imposibilidad de que el Juez ordinario y competente para el conocimiento de la sanción se pronunciara sobre una cuestión de extrema relevancia,



máxime cuando de la legalidad de la Orden de Investigación y del respeto a este derecho fundamental del sancionado depende la decisión contra la validez de la sanción.

3.- Tampoco podría instar su impugnación a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de los artículos 114 y ss de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (BOE de 14 de julio, en lo sucesivo LJCA), en la medida que las razones que se pueden invocar contra la Orden de investigación en este proceso en defensa del derecho a la inviolabilidad del domicilio serían análogas, sino las mismas, a las que se podían haber invocar contra el auto que autorizó la entrada.

Por todo ello, no parece que la existencia de un auto autorizando la entrada y registro, o su incierta vía impugnatoria, pueda ser el punto y final o cierre a la posibilidad de que la Sala examine los términos de la Orden de Investigación desde la legalidad y el respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, tanto en un procedimiento ordinario contra la sanción como a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

Anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo han admitido sin ambages la posibilidad de que este extremo sea revisado más allá de la firmeza o del pronunciamiento del juez que autorizó la entrada y registro. En la STS 30 de septiembre de 2013, recurso 5606/2010, se dijo que « [C]orresponde al juez de lo contencioso-administrativo 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 [...]», pero puntualiza que «[e]l 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 [...]», criterio reproducido en la posterior STS de 14 de diciembre de 2014, recuso 4201/2011.

4.- Tampoco cabe olvidar la reciente jurisprudencia dictada sobre la habilitación legal de los Jueces en las autorizaciones administrativas en las entradas y registros pedidas por la Administración al amparo del artículo 8.6 de la LJCA, que ha sido seriamente cuestionada. En concreto la STS de 1 de octubre de 2020, recurso 2966/2019, hace hincapié en « [E]l contrapeso de necesario reequilibrio de lo que hemos expuesto es que el juez competente, que tiene en sus manos, sin contar con la opinión esencial del afectado, la defensa de su derecho fundamental -cuya intervención en ese trance no está prevista legalmente-, ha de extremar con el máximo rigor el examen de las solicitudes, de la forma en que a continuación vamos a explicar, con el fin de evitar que ese derecho fundamental garantizado en la Constitución con el máximo nivel de protección quede desamparado, lo que sucedería cuando el juez quedase condicionado o vinculado solo por la versión que, de forma interesada -en el sentido, al menos, de unilateral- facilitara la Administración, sin someterla a un exhaustivo contraste crítico.

Esto es, la posición del juez de garantías lleva consigo el deber de poner en entredicho, como método que forma parte esencial de su control, los datos o indicios que se le proporcionen, a fin de adoptar la decisión que proceda sin dejar en manos del órgano administrativo fiscal una encomienda vaga y general respecto de la cual el auto de autorización sea una especie de nihil obstat, de respaldo rutinario y complaciente. La propia doctrina general mencionada en el auto judicial, procedente del Tribunal Constitucional, habría servido de necesaria base para ser más cauteloso al respecto.

Es cierto que tal examen no puede adentrarse en el carácter material de la información ofrecida, escudriñando su valor de prueba procesal -pues ya hemos visto que el juez de garantías no es, en nuestro patrón legal, el juez del asunto de fondo- pero tal rigor reclama, al menos, no dar por supuesta, como verdad revelada o inalterable, lo que propone la Administración; y, además, someterla a un juicio de proporcionalidad no meramente rituario o formal. (...) la medida en cuestión -sea a efectos tributarios, sea en relación con otros sectores de la actuación administrativa- solo podrá reputarse necesaria y proporcionada si, analizada en concreto a tenor de las circunstancias del caso, reúne esos requisitos, sin que sea posible establecer aquí una doctrina general -esto es, válida y universal para cualesquiera supuestos- sobre la concurrencia de aquellas exigencias. [...]».

Cierto es que esta sentencia se pronuncia sobre una entrada y registro que tuvo lugar a raíz de las actuaciones de la Administración Tributaria, y que interpreta el párrafo primero y no el párrafo tercero del artículo 6.8 de la LJCA. Este último, fue modificado por la disposición adicional 7.1 de la LDC, con entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007, y sí contiene una expresa previsión legal para las entradas pedidas por la CNMC. Sin embargo, las exigencias que se desprende de esta sentencia en cuanto a la proporcionalidad, rigor, exigencia y control de las solicitudes que reciba el Juez de la Administración, son perfectamente trasladables a todas las intervenciones domiciliarias que necesiten su autorización.

En definitiva, el que la entrada y registro fuera autorizada por un Juez no debería ser un obstáculo para que la Sala competente para el conocimiento de una eventual y posterior sanción se pronuncie sobre la legalidad de la orden de investigación, y por ende sobre la entrada y registro que la sucedió tras la preceptiva autorización judicial.



Sobre este extremo no tengo discrepancia alguna con el resto de mis ilustres compañeros, que sí tuvieron a bien entrar a examinar la legalidad de la Orden de Investigación, a pesar de que un Juez de lo Contencioso-Administrativo ya había valorado la legalidad de la solicitud de la Administración al autorizar la entrada y registro instados por la Dirección de Competencia. Sin embargo, la cita que se hace a la STS de 13 de octubre de 2020, recurso 3997/2019, y las afirmaciones que en ella se contienen pudiera suscitar algunas dudas sobre la viabilidad de este recurso.

SEGUNDO.- Hechas las anteriores precisiones, la discrepancia con el resto de los integrantes de la Sección se circunscribe a la falta de motivación de la Orden de Investigación de cara a justificar la entrada, el registro y la inspección por la Dirección de Competencia en el domicilio social de la actora.

A pesar de que la falta de motivación es la de la Orden de Investigación, el defecto se traslada inevitablemente al auto por el que se autorizó la entrada y registro, en la medida que la decisión del Juez se apoyó íntegramente en el contenido de la orden. Bien entendido que ningún reproche cabe hacer al auto, en tanto en cuanto no es objeto de revisión en este recurso a pesar de que pudo adolecer de la misma falta de motivación.

La Orden de Investigación se expresó en los siguientes términos « *[E]sta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en España en mercados relacionados con (i) la construcción y rehabilitación de infraestructuras (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas autovías, puentes, campos de vuelo, líneas ferroviarias de alta velocidad, urbanizaciones de terrenos...); (ii) la construcción y rehabilitación de edificios (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectados colegios, hospitales, promociones de Vivienda Protección Oficial y Promoción de Vivienda Protegida Pública Básica, bibliotecas...); y (iii) el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable) [...]*», la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas « *[a]cuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible [...]*».

Donde mis ilustres compañeros ven la motivación suficiente de la Orden, es donde quien discrepa solo ve referencias, por parte de la Dirección de Competencia, a lugares comunes que nada explican sobre la concreta necesidad de llevar a cabo una inspección en los domicilios de las empresas, inaudita parte y sin el previo consentimiento de sus titulares.

Vayamos con el análisis en detalle de cada una de las partes en la que se estructura la Orden de Investigación y comprobaremos que su contenido no tiene relevancia alguna de cara a lo que debe ser una motivación suficiente que justifique la entrada inopinada en el domicilio de un particular.

Como en otras ocasiones, la Orden hace referencia a una inconcreta información sobre posibles « *[a]cuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible [...]*», pero omite cualquier referencia por sucinta que resulte al qué, cómo o cuándo de esa información, y sobre todo, porqué ha deducido de todo ello que se ha cometido una posible infracción. No se trata de exigir a la Dirección de Competencia, en ese momento inicial de actividad investigadora, que exponga una detallada relación de los acontecimientos que están por esclarecer, ni que desvele nada que pueda frustrar su investigación; simplemente que aporte algún dato o elemento fáctico que supere la conjetura apriorística de la que parte la Orden y que permita comprender a quien va destinada, que esa información se conecta con la comisión de una posible infracción en vías de investigación.

Pretende describir donde tiene lugar la infracción indicando « *(i) la construcción y rehabilitación de infraestructuras (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas autovías, puentes, campos de vuelo, líneas ferroviarias de alta velocidad, urbanizaciones de terrenos...); (ii) la construcción y rehabilitación de edificios (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectados colegios, hospitales, promociones de Vivienda Protección Oficial y Promoción de Vivienda Protegida Pública Básica, bibliotecas...); y (iii) el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable) [...]*». La pregunta es si se ha dejado algún sector, ámbito o actividad fuera del mercado de la construcción, obra pública, o su mantenimiento. No es que resulte genérico es que lo abarca todo, así e difícil marrar no solo el mercado afectado sino la descripción del objeto de una sociedad o empresa del ramo.

La retahíla descriptiva es paradigma de la falta de motivación de la Orden, constituye una redundancia puesto que difícilmente una infracción de la competencia podría tener lugar fuera del marco donde las empresas

despliegan sus actividades habituales. No aporta nada a los efectos de explicar la necesidad de llevar a cabo una inspección en los domicilios sociales de las empresas.

Cuando describe el objeto de la orden incurre en idéntica obviedad. Es evidente que el citado es el ámbito de actuación del ejercicio de la potestad sancionadora que el Legislador le ha atribuido a la CNMC, es que no podría describir otro. Más allá de la cita de los preceptos legales, no hace el más mínimo esfuerzo en identificar en qué explotación, en qué construcción, urbanización, obra pública, carretera, puentes, campos de vuelo, líneas ferroviarias de alta velocidad, han tenido lugar los posibles ilícitos. No aportada ningún otro dato, que no sea descriptivo de las actividades de las empresas, que permita identificar qué es lo que se está buscando, más allá de una inspección general en torno a sus objetos sociales.

Si le constaba la manipulación de licitaciones de contratos de obra pública realizados con las Administraciones Públicas, no le habría resultado indicar en cuales se sospechó de la ilicitud de sus comportamientos. Habría bastado con facilitar algún dato más concreto o detalle de los momentos, los lugares o y los concretos implicados.

En el presente caso se da la circunstancia de que la DC tuvo a su disposición durante 32 meses previos de once correos electrónicos que bien le podrían haber servido para expresar o explicar en la postrera Orden de Investigación las razones por las que, para iniciar el procedimiento sancionador requería de tan gravosa medida en el domicilio de las empresas afectadas. No explica, razona, o justifica porque no utiliza otros medios, y acude al formulario rituario de siempre.

Estamos ante un caso paradigmático de la mecánica actuación de la CNMC en el dictado de las órdenes de investigación y la justificación, o mejor dicho la ausencia de justificación, con la que se acceden a los domicilios de los particulares. Y buena prueba de ello es que da igual la información previa de la que disponga, la denuncia que justifique el inicio del procedimiento sancionador, o el contenido de los requerimientos que hubiera realizado previamente. Su proceder es siempre el mismo, y no puede ser ni siempre igual ni siempre del mismo modo.

En definitiva, lo que hace la Orden de Investigación no es más que describir el objeto social de las empresas que se dedican a la obra pública, y anudar sin mayores razones la conducta colusoria a esa actividad empresarial a partir de una determinada fecha. Está lejos de dar cumplimiento a todas las previsiones del artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE de 27 de febrero), que exige al personal que lleva a cabo la inspección que presente una autorización escrita del Director de Investigación « [q]ue 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 [...]».

TERCERO.- Para motivar una Orden de Investigación no basta que la Dirección de Competencia haga referencias genéricas y que nada aportan de cara a explicar la necesidad de entrar, inaudita parte, en el domicilio de un particular. Y esta afirmación ni es nueva ni es cosecha propia.

El propio Tribunal Supremo ha sido consciente de los excesos de esta práctica como se refleja en la STS de febrero de 2015, recurso 1292/2012, donde en un supuesto análogo se destacaba que « [s]e 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 (...) 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.[...]».

En esta misma línea, la STS 31 de octubre 2017, recurso 1062/2017, anuló otra Orden de Investigación tras considerar que «[n]o corresponde examinar la solicitud de autorización de entrada y la Orden de Investigación que da origen a las actuaciones enjuiciadas. Y se advierte que la Orden de Investigación se limita a referir «esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en relación con proyectos ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación mantenimiento y mejora de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, consistentes en diversos acuerdos para la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados». (...) reproduce



lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 y señala que para la debida aplicación en el artículo 27 de la ley 3/2013, y de conformidad con dicho precepto y con el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (...) La orden de investigación que nos ocupa no contiene en sí misma las especificaciones básicas sobre el objeto y finalidad de la inspección respecto a la sociedad afectada, expresión que, a los efectos aquí debatidos, incluye la necesaria mención a algún elemento que venga a vincular a la sociedad afectada con los hechos objeto de investigación y que justifique la autorización de entrada. Con arreglo a nuestra jurisprudencia, la entrada domiciliaria ha de estar suficientemente fundada y entre los elementos que han de valorarse para la correspondiente ponderación judicial, se encuentra, aún con un carácter mínimo, la exposición de algún elemento de conexión entre la sociedad titular del derecho fundamental y el objeto en el que se centra la investigación de la Comisión. (...) los términos en los que está redactada la orden de investigación son muy generales y no incorporan la información necesaria con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y la jurisprudencia al no motivar de forma debida el objeto, la finalidad y alcance de la Inspección. [...]».

Estas sentencias revelan que, tanto en aquella ocasión como en esta, las Órdenes de Investigación estaban huérfanas de motivación y por ello fueron anuladas, como lo debió ser esta.

En conclusión, como ya he advertido, quien formula este voto particular pretenden exigir a la Dirección de Competencia que se incorpore una exhaustiva información a la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro en la sede de una empresa, pero (i) sí que facilite la que tiene a su disposición; (ii) que identifique los contratos, los concursos, los acuerdos, los convenios, las reuniones y otras actividades, donde ha detectado la comisión de las posibles infracciones; (iii) que explicita los elementos de juicio y le han llevado a considerar que la entrada sorpresiva en la empresa es la única opción válida para hacerse con elementos esenciales para concluir con éxito la investigación; (iv) o que no existen o le constan otros mecanismos menos lesivos para el derecho fundamental para hacerse con datos relevantes.

Lo que no resulta admisible es que la previsión del artículo 49.2 de la LDC para la información reservada « [c]on investigación domiciliaria de las empresas implicadas [...]», previo y al margen del procedimiento sancionador y por ello sin sus garantías, se convierta en una forma habitual de proceder de la CNMC en la mayoría de sus procedimientos sancionadores, especialmente cuando concurre con la existencia de un cártel, como venimos observando de un tiempo a esta parte en todas las Ordenes de Investigación de los distintos cárteles. De hecho, resulta difícil establecer diferencias reales entre todas ellas a pesar de que se trate de ámbitos, sectores y mercados diferentes.

CUARTO.- A pesar de que la infracción invocada es la del artículo 18.1 y 2 de la Constitución, no es menos cierto que las consecuencias de su vulneración se anudan indisolublemente al derecho a la tutela judicial de artículo 24.1 y 2 de la Constitución, especialmente al derecho a la defensa, en la medida de que las pruebas obtenidas con ocasión del registro ilícito no podrán ser utilizadas como cargo contra las empresas afectadas.

Lo que no cabe, a en estos momentos al inicio del procedimiento es exigir al recurrente, de cara la concreción de la indefensión que puntualice como se concreta y materializa. En primer lugar, porque la entrada ha sido autorizada por un Juzgado, y en ese momento ni puede oponerse ni resistirse. En segundo lugar, porque si bien la vulneración de derecho a la inviolabilidad del domicilio se puede concretar en ese instante, la indefensión solo se materializará más tarde en función de la utilización y utilización que se le dé en el procedimiento sancionador a la documentación e información obtenida. Como nos recuerda la STS 1 de junio de 2015, recuro 874/2014, sobre las consecuencias de la anulación, entrada y registro, por anulación de Orden de Investigación y descubiertas « [a]nte la imposibilidad de discriminar con claridad que documentación había resultado contaminada por la actuación de investigación anulada (entrada en domicilio) y cual no debe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo a quo y anular la referida resolución impugnada en el mismo [...]».

QUINTO.- Por todo lo expuesto, y sintiendo discrepar con el parecer del resto de mis compañeros, el recurso debió estimarse anulando la Orden de Investigación por vulneración de derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.1. Y 2 de la Constitución en conexión con el 24.2 por la indefensión ocasionada.

En Madrid a 11 de **no** viembre de 2021.

Fdo. D. Santos Gandarillas Martos