



Roj: **SAN 4903/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4903**

Id Cendoj: **28079230062021100504**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/10/2021**

Nº de Recurso: **704/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000704 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 06214/2017

**Demandante:** VALORIZA AGUA SL

**Procurador:** D. GABRIEL MARÍA DE DIEGO QUEVEDO

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

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **704/2017** interpuesto por el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la mercantil **VALORIZA AGUA SL** contra la resolución dictada en fecha 30 de agosto de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente R/AJ/042/17 Corporación Acciona, que confirma la Orden de Investigación dictada en fecha 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia de la CNMC por la cual se acuerda la realización de inspección en el domicilio social de VALORIZA AGUA SL., así como la posterior actuación de inspección domiciliaria realizada bajo su amparo. 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 formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se *"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 la recurrente de todos los documentos recabados en dicha inspección"*.

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.** Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo y se fijó para ello la audiencia del día 29 de septiembre de 2021.

**CUARTO.** En la misma fecha se dictó providencia del siguiente tenor literal:

*"Dada cuenta, expresado por el ponente designado la discrepancia con el sentir mayoritario de la Sala y su intención de formular voto particular, de conformidad con el artículo 206 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, declina la redacción de la sentencia, se turna la ponencia y se designa como nueva magistrada ponente a doña **María Jesús Vegas Torres**".*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La mercantil VALORIZA AGUA SL. ha impugnado la resolución dictada en fecha 30 de agosto de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que confirma la Orden de Investigación adoptada por la Dirección de Competencia de la CNMC en fecha 23 de mayo de 2017 así como la posterior actuación de inspección y registro domiciliario realizada por los inspectores de la CNMC los días 30 y 31 de mayo y 1 y 2 de junio de 2017 en la sede social de VALORIZA AGUA SL.

**SEGUNDO.** Opone la parte recurrente que la resolución impugnada vulnera los artículos 18.2 y 24.2 de la Constitución por los siguientes motivos:

La Orden de Investigación era imprecisa y vaga, adoleciendo de una manifiesta insuficiente concreción en cuanto a su objeto, sino que, lo que es más importante, esto se produjo pese a que la DC ya disponía de ciertos datos concretos que le habrían permitido delimitar con mayor precisión el objeto y finalidad de la investigación y poder así salvaguardar su derecho de defensa. Añade que la Orden de Investigación no especificó que la supuesta conducta investigada de reparto de mercados se refería exclusivamente a licitaciones de las administraciones públicas y, ello, pese a tener constancia que todos los indicios de que decía disponer (los 11 correos electrónicos) sólo se referían a licitaciones públicas, por lo que, La DC disponía en el momento de redactar la Orden de inspección de información previa y muy concreta de que las conductas bajo sospecha afectaban exclusivamente a licitaciones de diversas administraciones públicas que le habría permitido realizar una mayor delimitación del objeto de la inspección para permitir a mi representada ejercer correctamente su derecho de defensa.

La orden de investigación se concedió violentando el principio de proporcionalidad al realizar inspecciones sin realizar otras medidas de instrucción a su disposición menos gravosas, o más bien, inocuas.

La DC ha incurrido en una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente al hacer un uso incorrecto y desproporcionado en fraude de ley del trámite de información reservada en que la Orden de Inspección se enmarcaba, además de haber realizado una aplicación abusiva de la doctrina del hallazgo casual al solo hacer uso tras más de dos años de los 11 correos electrónicos encontrados durante las inspecciones en el marco de otra investigación.

**TERCERO.** El Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda solicita la desestimación del recurso interpuesto. Afirma que la Orden de Inspección de 23 de mayo de 2017 y la posterior actuación inspectora de registro y de entrada domiciliaria no vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puesto que, se ha ejecutado teniendo como amparo una resolución judicial que valoró la concurrencia de los requisitos exigibles, legal y jurisprudencialmente, para otorgar la autorización de registro y, de entrada. Asimismo, destaca que la autorización judicial se ha dictado por el órgano judicial competente al amparo del artículo 8.6 de la Ley 29/1998 y que, precisamente, lo que persigue es tutelar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y asegurarse de que la intromisión que la Administración va a efectuar en la órbita de la persona física o jurídica es proporcionada y está justificada constitucionalmente.

Por otra parte, añade que la Orden de Inspección define de forma suficiente y adecuada cual era el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección y cumple así con los parámetros señalados en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.



**CUARTO.** Ce ntrado el objeto y vistas las posiciones enfrentadas de las partes, corresponde a esta Sala analizar si la Orden de Investigación adoptada por la Dirección de Competencia, así como el posterior registro y entrada domiciliaria vulnera el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 18, párrafo segundo, de la CE.

Esta Sala anticipa que la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 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 en la sede VALORIZA AGUA SL. 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 analizada la citada Orden de Inspección y tras comprobar que la entrada domiciliaria cumplía con los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que estaban 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 2 de Madrid quien, a solicitud de la CNMC e inaudita parte, dictó auto en fecha 29 de mayo de 2017.

En cuanto al alcance de las potestades del órgano judicial al que se pide la autorización de entrada domiciliaria, éste 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 núm. 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 llevará a cabo de tal modo que las limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución serán 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 reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 13 de octubre de 2020 que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000, 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 dicha sentencia se dice que:

*"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 ya hemos dicho anteriormente, la citada sentencia del Tribunal Supremo se remite en sus fundamentos jurídicos a la doctrina fijada en este sentido por la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 en cuyo fundamento de derecho cuarto dispuso que:

"4. 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, FJ 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)".

Podemos así concluir que el artículo 8.6 de la LJCA otorga efectivamente un mecanismo de control al Juez Contencioso- Administrativo, a los efectos, de preservar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, 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 si 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. Y aunque, es cierto, que el auto judicial acordando la entrada y el registro domiciliario ya ha efectuado un primer control respecto de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, ello no impide, sin embargo, que esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ante la cual se ha impugnado la Orden de Investigación, pueda examinar la validez y corrección jurídica de la citada Orden de Investigación con arreglo a parámetros de legalidad ordinaria recogidos en 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. Precepto que especifica cuales son los requisitos de la Orden de Investigación en cuanto que debe indicarse cuál es el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos inspeccionados, 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. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, en la que precisó 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".

**QUINTO.** Corresponde, por tanto, ahora analizar si la Orden de Investigación respeta en su contenido y forma las exigencias previstas en 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. El debate implica, por tanto, precisar cuál debe ser el alcance de la información que debe recogerse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario y evitar así una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

Pues bien, como hemos manifestado en la Sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario 701/2013," para determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudiremos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04), señala:

"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.*

*59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".*

La defensa de la parte actora sostiene que la Orden de Investigación vulnera el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y que debe anularse dada la indefinición y el carácter genérico de la misma al identificar su objeto y finalidad. Además, según refiere, porque (i) no 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 pretenden obtenerse en ese registro; (ii) no menciona de forma clara, concreta y precisa cuales eran los indicios previos que conocía la DC y que justificaban la entrada domiciliaria cuando, en este caso, tenía a su disposición el contenido de once correos electrónicos que había incautado en una inspección anterior -noviembre de 2014- en la sede de otra empresa -DRACE- lo que debió llevar a la DC a una mayor concreción de los indicios que disponía; (iii) no se especifica cual era la conexión entre las recurrentes y el objeto de la investigación.

Como hemos relatado la parte actora apoya la nulidad de la Orden de Investigación refiriendo su carácter genérico en cuanto a la definición del mercado y a la actuación de la parte actora por cuanto desconoce cuáles han sido los indicios que justifican a juicio de la DC esa inspección en su sede. Sostiene que se le ocasiona indefensión si la DC se limita a justificar la entrada domiciliaria apoyándose en la existencia de información que ha obtenido en la fase de una información previa y reservada pero no especifica ningún indicio de los que se han obtenido en esa fase. Insistiendo la actora en que, en este caso, la citada información previa apoyada en la existencia de los once correos electrónicos ya aludidos exigía una mayor concreción por parte de la DC al tratarse de correos electrónicos que afectaban a la recurrente y que tuvo en su poder más de 32 meses.

Esta Sala siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *"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 igual 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)".*

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"Así pues, 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. (...) 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 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 éstas 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 y, precisamente, se ordena el registro para 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)".

Pues bien, teniendo en cuenta que la Orden de Investigación impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenido por la DC en esa fase previa de investigación, ello nos lleva a concluir que se matiza y se relativiza la exigencia de una mayor concreción de los indicios que se tenían. Y, en el caso analizado, concluimos que si 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 que garantiza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, entendemos que, si se concretan las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren. Concretamente, en la Orden de Investigación se dice que el objeto de la investigación se centraba 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. 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".

Asimismo, la Orden de Investigación concreta desde su primer párrafo las actividades económicas afectadas al decir que "Esta 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)."*

Además, 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. Con ello la DC, limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia (art. 2 y 3) y ni siquiera se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita exclusivamente a *"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"*, de jando al margen de la inspección numerosas conductas también previstas en el art. 1 como la limitación de la producción o la distribución, el control o limitación del desarrollo técnico o las inversiones, el reparto de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación en las condiciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, etc.

En relación con la definición de los sectores de actividad, la Orden de Investigación los desglosaba e identifica distinguiendo *"mercados relacionados con (i) la construcción y rehabilitación de infraestructuras (sin carácter exhaustivo, 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, se habrían visto afectadas, colegios, hospitales, promociones de Viviendas de Protección Oficial y Promoción de Vivienda Protegida Básica, bibliotecas...); y (iii) el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de aguas (sin carácter exhaustivo, se habrían visto afectadas depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable)".* Pues bien, esta delimitación de los mercados efectuada por la Orden permite identificar de manera clara cuales eran los mercados afectados en los que se estaba desarrollando la investigación y evitar el carácter indiscriminado de la recopilación de documentación en las sedes sociales inspeccionadas.

Por último, la recurrente insiste en la idea de indefinición de la Orden de Investigación causante de indefensión porque, según refiere, la Dirección de Competencia disponía en este caso de información suficiente para, a su parecer, delimitar de forma más precisa cual era el objeto de la inspección porque se apoyaba en 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 de la DC le permitía efectuar una mayor concreción en la Orden de Investigación en cuanto a la definición y delimitación del objeto y de la finalidad de la actuación inspectora ahora impugnada.

Esta Sala no comparte las anteriores afirmaciones de la recurrente. En primer lugar, entendemos oportuno señalar que no es posible en este concreto proceso, en el que se analiza la validez de la Orden de Investigación, examinar otras cuestiones que se deducen de las afirmaciones de la recurrente como es si la DC abusó o no de la figura de la información reservada al haber tenido en su poder esos once correos electrónicos durante más de 32 meses hasta que ordena la inspección ahora examinada, así como el valor de prueba de los mismos dado su hallazgo casual en una inspección anterior. Son cuestiones que podrán, en su caso, analizarse si la DC ordena incoar expediente sancionador y este finaliza con resolución sancionadora.

Lo que si podemos analizar es 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-. Pues bien, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que pueda ser su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora 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, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, afirmamos que resulta excesivamente desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias 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 perfilar 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, al contrario, especifica que tiene conocimiento a través de información reservada en relación con la actuación de las recurrentes en un mercado de producto concreto en el que actúan, especificando, además, unas actuaciones concretas contrarias al artículo 1 de la LDC como son el posible 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.

Por lo expuesto, en este caso, la Orden de Investigación realizada dentro de la información reservada S/DC/0611/17, permitía identificar a los recurrentes los elementos esenciales de la investigación que exigía la entrada y registro en su sede pues su contenido les permitía conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar cuál era el mercado afectado en el que actuaban las recurrentes - *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 el ámbito material de actuación de las recurrentes - *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* -. Por tanto, no estamos ante una inspección genérica dirigida a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias ya que se precisaba y se detallaba la operativa concreta de actuación de las recurrentes al especificar que diversas empresas competidoras 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 podrían estar realizando actuaciones concertadas para un reparto de mercado, sin que sea exigible en ese momento una relación fáctica más extensa y concreta como sostiene la parte actora. Por ello entendemos que si constan indicios particularizados respecto de las empresas recurrentes de tal manera que, al menos, en esa fase preliminar de la investigación son suficientes desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio puesto que se ha concretado el objeto, la finalidad y el alcance de la misma y no existe un medio menos agresivo para continuar con la investigación, pues como dice 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)."*

Por ello concluimos que la Orden de Investigación que exigía la entrada en la sede de las mercantiles recurrentes no vulnera la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria por cuanto apreciamos razonabilidad y proporcionalidad en la decisión de entrada y registro domiciliario acordada por la CNMC que impide apreciar arbitrariedad en su conducta. Y tampoco apreciamos la vulneración del derecho de defensa también invocado por la recurrente en cuanto que la Orden de Investigación cumple en cuanto a su contenido las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

**SEXTO.** Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso y, en consecuencia, procede imponer a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido 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 nº **704/2017** interpuesto por el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la mercantil **VALORIZA AGUA SL** contra la resolución dictada en fecha 30 de agosto de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente R/AJ/042/17 Corporación Acciona, que confirma la Orden de Investigación dictada en fecha 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia de la CNMC por la cual se acuerda la realización de inspección en el domicilio social de VALORIZA AGUA SL., así como la posterior actuación de inspección domiciliaria realizada bajo su amparo. Y, en consecuencia, confirmamos las actuaciones administrativas impugnadas al entender que son conformes con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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<sup>a</sup> BERTA SANTILLAN PEDROSA, D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS, D<sup>a</sup> **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 **704/2017**, interpuesto por VALORIZA AGUA SL.

**PRIMERO.-** Co n el mayor de los respetos, discrepo del criterio de la mayoría de mis compañeros en la desestimación del recurso formulado contra la resolución dictada en fecha 30 de agosto de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente R/AJ/040/17, VALORIZA AGUA, que confirma la Orden de Investigación expedida el 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia (DC) de la CNMC y las actuaciones de inspección desarrolladas los días 30 y 31 de mayo de 2017 en la sede de la empresa.

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 dice aplicar la STS 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]cuertos 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]cuertos 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 es 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]os 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 en 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 domiciliar 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 la 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, recurso 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