



Roj: **STSJ M 7659/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:7659**

Id Cendoj: **28079330062024100357**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/06/2024**

Nº de Recurso: **303/2024**

Nº de Resolución: **357/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección SextaC/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33010280

NIG:28.079.00.3-2023/0063755

Recurso de Apelación 303/2024

Recurrente:COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Recurrido:COFARES, SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACEUTICA ESPAÑOLA

PROCURADOR D./Dña. MARIA LUISA MONTERO CORREAL

SENTENCIA N° 357

Presidente:

D./Dña. M^a TERESA DELGADO VELASCO

Magistrados:

D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

D./Dña. RAMÓN FERNÁNDEZ FLOREZ

D./Dña. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON

D./Dña. LUIS FERNÁNDEZ ANTELO.

En Madrid a diecisiete de junio de 2024.



Visto el **recurso de apelación 303/24**, interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a. M^a. Luisa Montero Correal en nombre y representación de **COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACEUTICA ESPAÑOLA** contra el auto nº 214/2023, de fecha 20-11-23, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, dictado en autos 642/23, sobre autorización de entrada en domicilio sito en Avda. Europa nº 17, Parque Empresarial "La Moraleja", 28108 Alcobendas (Madrid), correspondiente a la citada mercantil, instada por la Abogacía del Estado, en nombre y representación de la citada COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC, en adelante) , para el día 27 de noviembre de 2023, pudiendo continuar hasta el 1 de diciembre de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dictada la mencionada Resolución autorizatoria sin audiencia del interesado, cual interesó la parte solicitante, la mercantil afectada en la representación que ostenta interpone contra aquélla el presente recurso de apelación, mediante escrito en el que formuló las correspondientes alegaciones impugnatorias, interesando la revocación del auto recurrido al no resultar procedente la autorización instada y ser ilegítima la intromisión en su domicilio para investigar conductas atípicas.

SEGUNDO: La Abogacía del Estado ha formalizado su oposición al presente recurso, interesando su desestimación.

TERCERO: Elevadas a este Tribunal las actuaciones, personada la apelante en legal forma y tras la formación del rollo correspondiente y demás actuaciones procedentes, se señaló para deliberación y fallo del recurso el día 12 de junio de 2024, teniendo lugar.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN GIMÉNEZ CABEZÓN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación el citado auto nº 214/2023, de fecha 20-11-23, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, dictado en autos 642/23, sobre autorización de entrada en domicilio sito en Avda. Europa nº 17, Parque Empresarial "La Moraleja", 28108 Alcobendas (Madrid), correspondiente a la citada mercantil, instada por la Abogacía del Estado, en nombre y representación de la citada COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC, en adelante) , para el día 27 de noviembre de 2023, pudiendo continuar hasta el 1 de diciembre de 2023, solicitud de autorización basada en la orden de inspección de 14.11.23, de carácter confidencial (doc. nº 1), emanada de la Dirección de Competencia de la citada CNMC, a la que acompañan diferentes documentos de carácter confidencial (doc. nº 2 y 3 de la solicitud), en que se explicitan en detalle y con carácter igualmente confidencial los hechos y circunstancias que determinan y justifican la solicitud en cuestión.

Se trata- doc. nº 2 - de los antecedentes del caso, con documentos adjuntos (escrito de denuncia contra varias compañías del ramo farmacéutico y correos y excels aportados con la denuncia) y de informe asimismo confidencial (doc. nº 3) remitido a la Abogacía del Estado en orden a la solicitud a instar por ésta, documentos sobre los que volveremos.

SEGUNDO. -La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), significa al respecto en su artº 27:

"ARTÍCULO 27. FACULTADES DE INSPECCIÓN.

1. El personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta Ley.



2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

- a) *Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo, podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.*
- b) Verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate, cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.
- c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.
- d) Retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos mencionados en la letra b).
- e) *Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.*
- f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

3. Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el órgano competente haya autorizado.

4. *Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas.* Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

5. El personal funcionario de carrera encargado de la inspección levantará acta de sus actuaciones. Las actas extendidas tendrán naturaleza de documentos públicos y harán prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización.

6. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para las finalidades previstas en esta Ley y en la Ley 15/2007, de 3 de julio".

Por su parte el Reglamento al efecto, aprobado por el precedente RD 261/08, de 22-02, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, dispone en su artº 13 cual sigue:

"ARTÍCULO 13. FACULTADES DE INSPECCIÓN.

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

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



3. El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia.

4. De todas las entradas e inspecciones realizadas en locales, terrenos, medios de transporte y domicilios se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por la persona ante la cual se haya realizado la inspección o, caso de que ésta no se encontrará presente en el momento de la firma, por la persona a quien autorice para ello. La negativa de estas personas a firmar el acta no impedirá que ésta, una vez firmada por dos funcionarios autorizados, tenga valor probatorio. Al acta se adjuntará la relación de los documentos de los que se haya obtenido copia, así como un ejemplar de la misma, y, en su caso, la relación de aquellos documentos que hayan sido retenidos y trasladados temporalmente a la Comisión Nacional de la Competencia por el personal inspector, cualquiera que sea su soporte material.

5. El personal inspector expedirá una copia del acta y de los demás documentos anexos a la misma a los afectados".

TERCERO. -En la fundamentación del citado auto recurrido, tras recoger con brevedad y de modo general la normativa procesal y la jurisprudencia sobre estas autorizaciones, objeto de escasa regulación material y en especial procesal, se significa, en su ordinal 3º en que se analiza el presente supuesto, que, a la vista de las actuaciones de la Administración en el seno de dicho procedimiento de inspección, se justifica la autorización que se insta por la concurrencia de hechos que podrían ser constitutivos de prácticas anticompetitivas consistentes en intercambios entre determinada empresa del sector farmacéutico y sus distribuidores mayoristas (COFARES y otra firma) de información comercial sensible, actuaciones que de confirmarse constituirían una infracción de la Ley 15/07, de 3-07, de Defensa de la Competencia (LDC).

A este respecto el auto concluye que resulta ajustada a Derecho y proporcional la autorización solicitada a fin de evitar el incumplimiento de las obligaciones y reglas que impone la normativa de competencia entre entidades mercantiles.

Notificado el citado auto en fecha 27.11.23, al ejecutarse la autorización, la apelante se persona en las actuaciones de instancia mediante escrito fechado a 5.12.23.

En fecha 12.12.23 al Abogacía del Estado informa documentalmente del desarrollo de la inspección realizada a virtud de tal autorización de acceso, acompañando documentación al efecto (doc. 1 a 10 los tres últimos último formalizando actas de precinto de la sala de trabajo facilitada al equipo inspector de la CNMC actuante en fecha 27.11.23, así como acta de 30.11.23 de denegación de la inspección por la empresa tras posterior orden de inspección de 29.11.23- doc. nº 5).

Sigue a lo anterior la interposición del presente recurso mediante escrito de 20.12.23.

CUARTO. -La apelación presentada, tras una síntesis inicial del auto y de la motivación del recurso, sustenta, cual encabeza literalmente su motivo único, que el auto en cuestión *"omite cualquier justificación de la necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada por la CNMC y autoriza la entrada en el domicilio de COFARES para la investigación de hechos que no constituyen ningún ilícito, según resulta de su mera descripción"*.

Describe a continuación la conducta investigada por la CNMC y el marco jurídico aplicable a estas autorizaciones, postulando a continuación, en suma, que el auto concede de manera automática la solicitud, sin llevar a cabo la necesaria verificación de su apariencia de legalidad a fin de evitar entradas arbitrarias, añadiendo que el auto, al igual que la orden de inspección, omite cualquier justificación de la existencia de la presunta infracción que motivaría la entrada en dicho domicilio mercantil.



Sustenta dicha parte que no estamos ante conductas infractoras, sino ante conductas que o bien están justificadas por la lógica inherente de la relación comercial o bien no tienen aptitud para vulnerar la competencia, por lo que la autorización debió denegarse en ejercicio de la función de control de la legalidad que se otorga al órgano jurisdiccional.

La Abogacía del Estado, tras sintetizar la impugnación del auto por la apelante y el marco legal de referencia, sostiene la necesidad y proporcionalidad de la medida en tanto que los hechos investigados constituyen indicios suficientes para autorizar la entrada.

Con cita jurisprudencial al respecto sustenta la apelada que el auto dictado cumple sobradamente el marco de control exigible y fijado jurisprudencialmente al respecto, a la vista de la propia fundamentación del auto que reproduce (ordinales 3º y 4º del mismo), remitiendo por lo demás a la documentación confidencial facilitada al Juzgado, resultando que todo ello acreditaría "prima facie la posible comisión de una infracción, lo que habilita la solicitud instada y la autorización a debate.

QUINTO. -Cual venimos señalando en múltiples precedentes, la competencia de esta Sala, en segunda instancia, ha sido definida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, partiendo de la naturaleza y finalidad del recurso de apelación, en su Sentencia, entre otras, de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264) cuando afirma «.. debe recordarse la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ella depende el alcance procesalmente posible del análisis de las cuestiones que se nos propone. Y, en este sentido, como ha reiterado esta Sala, aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal «ad quem» la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero [RJ 1997\560] , 25 de abril [RJ 1997\3273] y 6 de junio [RJ 1997\5183] y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo [RJ 1998\3230] y 15 [RJ 1998\5053] y 19 de junio de 1998 [RJ 1998\6257])».

Tal acontece aquí en que la mercantil interesada combate el otorgamiento de la precitada autorización, que entiende debió denegarse por el Juez a quo, dada la forma en que se pide y la jurisprudencia al efecto a la vista de la escasa regulación positiva de la misma ya reseñada, lo que nos determina a enjuiciar la decisión de la instancia.

SEXTO. -El tema objeto de este recurso de apelación se centra en examinar la conformidad o no a Derecho del auto impugnado, que autoriza la entrada en el domicilio de la citada sociedad mercantil, tal como consta y hemos recogido.

Debe recordarse, cual venimos significando en múltiples precedentes que incluso citan las partes, ya en el *Auto 208/2007* de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se afirmaba con remisión a otras resoluciones del mismo Tribunal:

"4. Respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio del *art. 18.2 CE* , en los términos definidos en la *STC 50/1995 de 23 de febrero* , FJ5, en relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse, sino que simplemente "debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para tal ejecución y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el *art. 18.2 CE* que las estrictamente necesarias...precisados los aspectos temporales de la entrada" (por todas *STC139/2004, de 13 septiembre, FJ2*)

A tenor de la limitada cognición de ponderación de bienes que se atribuye al Juez (interés general de la actividad inspectora, e interés particular de la mercantil titular del domicilio) y a la vista de la justificación ofrecidas en los fundamentos jurídicos segundo a cuarto del Auto de 27 de mayo de 2004 y cuarto de la Sentencia de 10 de marzo de 2005 , nada hay que reprochar, al respecto, a las resoluciones judiciales, en cuanto que ponderaron la necesidad e idoneidad de la medida, limitándola proporcionalmente. Por lo tanto sobre éste extremo la



demanda carece manifiestamente de contenido constitucional que justifique un pronunciamiento del Tribunal (ex art. 50.1.c LOTC)."

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional se ha manifestado respecto del fundamento correcto de sus resoluciones en las autorizaciones de entrada.

Por otra parte, esa misma *STC 139/2004*, citada en posteriores, afirma:

". En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de Instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.5 LJCA), pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Como ha señalado este Tribunal (*SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3*), en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (*SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.a; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4*). Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (*STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7*). Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (*SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4*). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurran, pues, como se señala en la *STC 69/1999, de 29 de abril, FJ 4*, los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes. En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

Particular relevancia posee, en orden a solventar la controversia planteada, la *STS, Sección 3, del 31 de octubre de 2017 (ROJ 4102/2017)*, en cuyo resumen en CENDOJ se expresa lo siguiente: "Afirma 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. Sin embargo, la sola apelación al carácter confidencial de los datos derivados del programa de clemencia no puede ser un óbice para la justificación".

De dicha STS transcribimos lo que sigue:

"QUINTO. -Pues bien, se suscita en el presente recurso de casación una doble cuestión: en primer término, si, ciertamente, el control judicial de la solicitud de entrada en el domicilio social de una empresa ha de tomar en consideración el tipo de procedimiento en el curso del cual se interesa la autorización de entrada y, además, la relevancia de la confidencialidad de la información obtenida a través de un programa de clemencia del *artículo 65 LDC* .

Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de remitirnos a nuestra jurisprudencia que ya hemos relacionado en el precedente fundamento jurídico, expuesta en la *STS de 16 de enero de 2015 (RC 5447/2011)* .En síntesis, en aquella ocasión, que trataba también de una fase preliminar de la investigación (una investigación reservada) desencadenada por informaciones previas de la posibilidad de que se hubieran cometido tales prácticas, consideramos que era relevante el tipo de procedimiento en el seno del cual se insertaba la solicitud de autorización, y la limitación en la información de la que disponía la CNC. Finalmente validamos la orden de investigación en cuanto concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma.

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* .

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del *artículo 49.2 LDC* debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. 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.

No obstante, no cabe acoger la tesis de la Administración recurrente en lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, sobre las limitaciones en el tratamiento y suministro de la información obtenida con arreglo al *artículo 65 LDC* , remitiéndonos nuevamente a nuestra jurisprudencia (*STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012*).

Si bien es cierto que la confidencialidad marca las actuaciones y la información facilitada por las empresas que se acogen al programa de clemencia -dada la dificultad de descubrir e investigar cárteles secretos- y que tanto la legislación comunitaria como la nacional contemplan una limitación al acceso a la información de las empresas confidentes así obtenida, también es cierto que esa limitación en dicho acceso no puede operar en la forma pretendida frente al órgano jurisdiccional encargado del control de las solicitudes de autorización.

Aun cuando es cierto que la información obtenida por la CNMC tiene un carácter reservado, ello no obsta, como dijimos en la *STS de 27 de febrero de 2015* , que se cumplan en estos supuestos las exigencias legales contempladas en los preceptos y de la jurisprudencia antes reseñada, de la que se desprende -reiteramos- que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, entre las que se encuentran los datos concretos que justifican la entrada en el domicilio social, no bastando, como hemos subrayado, la simple remisión genérica a una denuncia o a una información «reservada», por ser imprescindible la aportación de información suficiente al órgano judicial que permita fundar su convicción de la procedencia de la entrada, aun cuando el suministro de los elementos de información se haga en forma que preserve su carácter confidencial.....

SEXTO.- Pues bien, trasladando las consideraciones expuestas al supuesto ahora examinado debemos considerar si el control jurisdiccional de la solicitud de autorización realizada por el Juez de lo contencioso administrativo y por la Sala de este orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó con arreglo a

los parámetros y criterios aplicables a aquellos supuestos en que la autorización de entrada en domicilio social se interesa en el contexto de una fase preliminar de la investigación, iniciada por una información reservada de la que se desprende la posibilidad de la comisión de prácticas anticompetitivas.

Teniendo en cuenta dicho dato procedimental y con arreglo a *nuestra jurisprudencia (sentencia de 16 de enero de 2015, RC 5447/2011)* hemos de considerar si «*la orden de investigación presentaba fundamentación suficiente y si concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma*».

Ya hemos indicado que ambos órganos judiciales concluyeron de forma coincidente que la solicitud de autorización no contenía la información o las especificaciones que suficientes para autorizar la entrada en el domicilio de la mercantil.

En efecto, el Juzgado y el Tribunal de Madrid consideran que la Orden de Investigación de fecha 10 de octubre de 2016, no explicaba de modo suficiente los indicios o las razones por las que la podía entenderse que la sociedad respecto a la que se interesaba la autorización había podido participar en una conducta contraria a la LDC. Resulta relevante la expresión contenida en el Auto del Juzgado -cuyo criterio es corroborado por la sentencia del TSJM- que declara que no se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Concretamente razona que no se exponen las prácticas, la operativa de la actuación, las licitaciones afectadas, tampoco el momento temporal y ámbito geográfico al que se refieren, ni las empresas o personas que pudieran estar implicadas o concertadas, a lo que añade que no se reflejan datos para valorar la gravedad de las actuaciones anticompetitivas a las que se refieren las actuaciones Y concluye indicando, como más importante, que «no se señala ningún dato respecto a la participación de la empresa SEMI en tales prácticas, que pudieran justificar la necesidad de la autorización de entrada solicitada», amén de que la Comisión no ha acreditado no tener a su disposición otros medios para realizar la comprobación y la inspección de forma menos gravosa.

Pues bien, con arreglo a nuestra jurisprudencia antes expuesta se desprende que el parámetro de control manejado por los órganos jurisdiccionales resulta excesivamente extenso al exigir en la solicitud de autorización que se inserta en una fase preliminar de la investigación datos de 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 procuran o buscan elementos o datos que no se conocen o no están identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la LDC. La inadecuación -por excesiva- de la medida o criterios utilizados por el Juzgado y por el TSJM se evidencia por la imposibilidad de la CNMC de suministrar tales datos, y tal amplia interpretación frustra sin duda el efecto útil de las inspecciones como instrumento para que la CNMC pueda ejercer sus funciones en materia de competencia.

Hecha la anterior consideración, nos 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».

Tras ello, la Orden 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 y ordena a la empresa SEMI que «se someta a la inspección por su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivos que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, en el mercado de la fabricación y suministro de 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, respecto de licitaciones que abarcan la redacción de proyectos, ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de dichos sistemas y equipos, cuyo objeto sería la manipulación y el reparto de las licitaciones convocadas por clientes públicos y/o privados en dicho mercado». Igualmente se ordena a la empresa SEMI, «que permita al personal autorizado por la Dirección de Competencia de la CNMC realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 27 de la LCNMC».

Se advierte así que salvo la genérica referencia a que la Comisión ha tenido «acceso a determinada información relacionada con prácticas anticompetitivas» en relación con los proyectos y sector que relaciona, a una posible realización de actuaciones contrarias al artículo 1.1 LDC, y la descripción del mercado afectado nada más se especifica en la Orden de Investigación sobre el fundamento de la inspección que allí se acuerda y nada se concreta en la Orden acerca de qué concretas razones determinan la necesidad de la medida interesada de entrada en el domicilio social.

Un dato más específico se incorpora en el apartado primero de la solicitud de autorización de entrada formalizada ante el Juzgado, en la que se indica, de forma muy escueta, que la CNMC había realizado distintas inspecciones a diversas empresas los días 11, 12 y 13 del precedente mes. Pero aparte de esta concisa información de la previa realización de inspecciones, no se aporta en dicha solicitud de entrada ningún otro singular elemento del que pudiera deducirse de forma razonable la relación de la empresa de autos con los hechos investigados.

Así pues, con arreglo a los preceptos y la jurisprudencia que antes hemos expuesto, debemos concluir que no se han observado en este caso las especificaciones suficientes sobre el fundamento de la inspección en lo que se refiere a la empresa afectada. Pues ni la genérica apelación a ciertas inspecciones previas, ni los datos incorporados en la Orden de Investigación permiten considerar adecuada la información proporcionada por la Comisión al órgano jurisdiccional para fundar la convicción de la procedencia de la entrada interesada.

Y es que aun tomando en consideración de que la solicitud de autorización se adopta en una fase preliminar de la investigación y en virtud de una información obtenida a través de un programa de clemencia ex art 65 LDC «es claro que han de observarse las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y jurisprudencia a las que hemos hecho mención» (STS de 27 febrero 2015, RC 1292/2012).

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.

Por otra parte, como hemos declarado en la reseñada STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012, no es suficiente a estos efectos la mera apelación a que la actuación interesada se inicia en virtud de una denuncia o declaración obtenida en virtud del programa de clemencia, que determina el carácter « reservado » de la información, pues nada obsta para que en estos particulares supuestos -y con expresa indicación de su carácter confidencial- la Comisión ponga en conocimiento del órgano judicial los elementos de información relevantes para justificar la procedencia de la autorización de entrada. No consta en autos que la Comisión haya intentado remitir al órgano judicial esta información al órgano judicial con carácter reservado o confidencial y más teniendo en cuenta que el proceso se hacía sin intervención de otra parte interesada. En todo caso, la aportación de dicha información con carácter reservado o confidencial, que implica su tratamiento como tal por el órgano jurisdiccional, al que incumbe no exponer datos que frustren el efecto útil de la investigación, hubiera permitido que el Juzgado contara con información más precisa sobre la viabilidad de la entrada solicitada.

En fin, ni la solicitud de autorización de entrada ni la Orden de investigación incorporaban el indicado elemento básico referente a su objeto que hubiera permitido al Juez excluir su carácter arbitrario. Ciertamente 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".

SÉPTIMO. -Así pues, son cuatro las cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal debe realizar la valoración jurídica para realizar una adecuada ponderación de los intereses en conflicto y adoptar las debidas cautelas para limitar el derecho en la medida estrictamente necesaria, en concreto:

- la titularidad del interesado del domicilio para cuya entrada se solicita,
- que se pretenda la ejecución de un acto administrativo con apariencia de legalidad

- que la entrada en el domicilio es necesaria para dicha ejecución.

-que se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto, debiendo de precisarse los aspectos temporales de la entrada

Todos estos aspectos han sido considerados con suficiencia, si bien escuetamente, entendemos, en el auto que se impugna.

En el mismo, cuyo contenido se extractó anteriormente, se examinan el alcance de la autorización y los requisitos para la entrada, así como el ámbito concreto de Defensa de la Competencia y se cita en concreto el art. 27 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, así como el artº 1 de la citada LDC

En efecto, analizada de nuevo la solicitud y en concreto la orden de inspección de 14.11.23 de la Dirección de Competencia de la CNMC, expresada en 5 folios y del extenso informe confidencial y Anexo documental que se acompaña, obrantes en los autos, se observa que se van detallando los concretos datos de la investigación, que se recogen con suficiencia, y se detalla la individualización e identificación del sujeto pasivo, limitando la autorización al domicilio que se indica de la sociedad, significando en cuanto al objeto de la entrada, cual recoge el propio auto recurrido, que es *"verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de Sandoz y Bexal constitutivas de prácticas contrarias a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, consistentes en intercambios entre Sandoz y su filial Bexal y su distribuidora mayorista COFARES, con la intermediación de la empresa de servicios tecnológicos BLUETAB, de información comercial sensible no directamente relacionada con la aplicación de su acuerdo comercial, ni necesaria para mejorar la distribución de los medicamentos genéricos de las marcas Sandoz y Bexal en España desde al menos 2018 hasta la actualidad"*, lo cual concreta con mayor detalle a continuación en la citada orden de inspección, avalada por el resto documental aportado con la solicitud.

Así la citada orden de inspección de la CNMC, que recoge y aporta la solicitud presentada, pormenoriza con cierto detalle al menos el objeto de la misma, relativo a supuestos acuerdos o prácticas contrarias a la competencia respecto de dicho segmento de mercado, que podrían constituir hasta infracciones muy graves en la materia.

Se añade que, cual señala la Abogacía del Estado en el 2º otrosí de la solicitud, se presentan simultáneamente otras autorizaciones de entrada dentro de la misma investigación respecto de las citadas otra empresa del sector y una más (Alliance Healthcare).

Se valora nuevamente por esta Sala y se valoró en la instancia en fin la apariencia de legalidad de la orden, que justifica, en unión del citado informe y anexo (ambos rotulados como confidenciales), la necesidad de la entrada en las concretas circunstancias, que se consideran necesarias y proporcionales para la consecución del fin pretendido y con el amparo legal transcrito, aun tomando en consideración lo señalado en dicha STS, Sección 3, del 31 de octubre de 2017 (ROJ **4102/2017**), ya resumida y transcrita antes en lo pertinente.

Los requisitos de proporcionalidad y necesidad han sido así tenidos en cuenta por el auto recurrido, en cuanto expuestos y expresados por la solicitud en relación con el tema concreto, y la documentación aportada con la solicitud identifica con suficiencia a estos efectos la concreta situación, el alcance de la investigación realizada y en curso y los argumentos en que se fundamenta.

No se trata apreciamos de una solicitud inmotivada, ni genérica o apartada de los criterios generales para obtener válidamente tales autorizaciones, sin que razonablemente puedan, al momento de la solicitud, anticiparse los posibles datos relevantes que pudieran obtenerse tras la entrada en el domicilio social citado.

Se citan además por la apelante sentencias judiciales varias, en las que, como no puede ser de otro modo, se valoran los requisitos necesarios para la autorización. Precisamente la adecuada justificación / fundamentación de la solicitud se observa cuando, en unión de lo aportado, examina adecuadamente los requisitos generales, los datos concretos existentes, y relaciona cada uno de aquéllos, para efectuar la conclusión de la procedencia de la autorización, particular y específica para este supuesto, habida cuenta además del ámbito competencial de la CNMC al respecto, cuya normativa contempla en concreto tales autorizaciones.

La necesidad de adoptar la medida inaudita parte se ha motivado asimismo dada la importancia de la investigación y para evitar cualquiera ocultación de material que obstaculice la labor de la Administración, no siendo ello cuestionado en apelación.

En fin, el recurso de apelación se ciñe a examinar si la resolución impugnada que ha autorizado la entrada resulta procedente, así como, en revisión, si la solicitud no ha cumplido los requisitos generales que se vienen exigiendo para estas autorizaciones y esta Sala ha de entender, dado el ámbito del control judicial al respecto, delimitado en sus contornos por la jurisprudencia, que la solicitud motiva adecuadamente su necesidad y proporcionalidad, dadas las concretas circunstancias del caso, que no es preciso detallar más a estos efectos, a lo que se añade la suficiencia aun con concisión al efecto del auto impugnado.

Cabe reseñar, por último, que en sentencia de esta Sala y Sección de 12.01.17 (apelación 1081/16 -ROJ 198/17 -) se desestimó recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la denegación de una autorización de semejante índole, significándose que:

"En el caso que nos ocupa la Juez de instancia ha entendido que, para realizar el análisis del interés preponderante del interés público sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y de que la entrada sin previo aviso en el domicilio social era el único medio para averiguar los extremos indicados, debiera haberse comunicado al órgano judicial el razonamiento que ha llevado a la Dirección de la Competencia a considerar que la entidad respecto de la que se solicitó la entrada en su domicilio podría estar involucrada en las prácticas que relataba.

Este Tribunal, a la vista de que en la Orden de proceder únicamente se exponen las prácticas sobre la que versa la información sin añadir ninguna apreciación más acerca de la entidad afectada por la solicitud tiene que ratificar el criterio manifestado por el órgano judicial máxime cuando no existe ningún impedimento derivado del carácter confidencial de tales apreciaciones o documentación en que se funden para facilitar dicha información a cualquier órgano judicial si se anuncia dicho carácter a fin de que en la Secretaría se adopten las medidas oportunas para preservar tal confidencial de la información. Por lo demás nada obsta a que, en caso de persistir la investigación, se formule nueva petición con los datos necesarios para que el órgano judicial pueda llegar al convencimiento de la necesidad de la medida solicitada."

En el presente caso, tal autorización a nuestro entender resultaba y resulta pues procedente, cual se acordó en la instancia, atendida la solicitud presentada y el contenido de la orden de investigación y anexo que la precede, suficientemente detallada y justificada al efecto en los términos que avala la jurisprudencia que hemos transcrito.

OCTAVO. -En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte apelante, dado el resultado del debate a tenor de la presente sentencia (artº 139.2 LJCA), si bien su importe se limita, por todos los conceptos, a la suma máxima de 1.000 euros, por honorarios de Letrado, habida cuenta de la actuación llevada a cabo y criterios generales seguidos por la Sala en la materia (artº 139.4 LJCA).

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación **303/2024**, interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a. M^a. Luisa Montero Correal en nombre y representación de COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACEUTICA ESPAÑOLA. contra el auto nº 214/2023, de fecha 20-11-23, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, dictado en autos 642/23, sobre autorización de entrada en domicilio sito en Avda. Europa nº 17, Parque Empresarial "La Moraleja", 28108 Alcobendas (Madrid), correspondiente a la citada mercantil, que en consecuencia se confirma por adecuado a Derecho

2.-Imponer a al apelante las costas del presente recurso en los términos fijados en el Fº Dº 8º de la presente sentencia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución



del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2420-0000-85-0303-24 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2420-0000-85-0303-24 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL ALCEJ