

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062818

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1658/2017, de 31 de octubre de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 1062/2017

SUMARIO:

Procedimiento administrativo sancionatorio del mercado de la competencia. Prácticas anticompetitivas. Entrada y registro administrativo. Requisitos y motivación. La Abogacía del Estado, representante de la CNMC, solicita la autorización de entrada en el domicilio social de la mercantil, con carácter urgente sin audiencia previa del interesado dado el manifiesto riesgo de oposición a la entrada, para la realización por parte de los funcionarios autorizados de la inspección acordada en la Orden de Investigación en el contexto de la comprobación de los indicios aportados de posibles prácticas anticompetitivas y el riesgo de destrucción u ocultación de pruebas. El examen de la legalidad, necesidad, proporcionalidad, etc., no se realiza por el Juez a posteriori de las actuaciones administrativas sino con carácter previo. Se deniega porque no se señala en qué consisten dichas prácticas anticompetitivas que se imputan ni las empresas o personas que pudieran estar implicadas o concertada, ni se reflejan datos para valorar la gravedad de las actuaciones y lo que es más importante, no se señala ningún dato respecto de la participación de la empresa en cuestión ni la existencia de indicios de que haya podido cometer un ilícito administrativo. No se puede pretender efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias, siendo rechazables las entradas meramente prospectivas. La doctrina más autorizada resume el objeto de análisis por el Juez, partiendo de que no puede hacer un examen completo de legalidad del acto administrativo como haría en un recurso ordinario y de que tampoco puede limitarse a un automatismo formal, en los siguientes puntos que deberá constatar y valorar: a) Que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, b) La necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, c) Que el acto sea dictado por la autoridad competente, d) Que el acto aparezca fundado en Derecho, e) Que el acto sea necesario para alcanzar el fin perseguido, f) Que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto, y g) La eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivadas de la ejecutoriedad del acto administrativo. Los anteriores puntos hay que analizarlos desde un criterio de proporcionalidad que evite entradas que no resulten estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido por la Administración.

PRECEPTOS:

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), arts. 1.1, 49, 64 y 65.

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 10 y 101.

RD 261/2008 (Rgto. de defensa de la competencia), arts. 13 y 51.3.

Ley 1/2000 (LEC), art. 15 bis.

Ley 3/2013 (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), art. 27.

Constitución Española, art. 18.

PONENTE:*Doña María Isabel Perello Domenech.***SENTENCIA**

En Madrid, a 31 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 1062/2017, interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO en representación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, contra la sentencia de 15 de diciembre de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de Apelación número 1065/2016, que desestima el recurso planteado por la misma Comisión contra el Auto de 14 de octubre de 2016 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 en el procedimiento 258/2016, que desestimaba la solicitud realizada por el Abogado del Estado en presentación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de autorización de entrada en el domicilio de Sociedad Española de Montajes Industriales, SEMI. No se ha personado ninguna parte como recurrida.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Maria Isabel Perello Domenech

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 6 dictó Auto de fecha 14 de octubre de 2016, desestimando la solicitud realizada por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de autorización de entrada en el domicilio de Sociedad Española de Montajes Industriales, SEMI, en Madrid.

Recurrido dicho Auto en apelación seguido con el número 1065/2016, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 15 de diciembre de 2016, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«DESESTIMAR la solicitud de autorización de entrada efectuada el 13/10/2016 por el Abogado del Estado en representación de COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA para la entrada en los domicilios de la mercantil SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES SA (SEME), situada en Avenida Manoteras nº6, 1ª y 2ª planta, (Madrid), CP.28050, para que se someta a la inspección que se realizará el día 18 DE OCTUBRE 2016, estando previsto que pueda durar al menos tres días más. A los efectos de la práctica de la inspección acordada en la Orden de Investigación de 10 de octubre de 2016, del Director de Competencia de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, en relación con el expediente Ref: DP/0138/16 y, en concreto, a los fines de practicar las actuaciones inspectoras que se contienen en el cuerpo de dicha resolución de acuerdo con las facultades de inspección del art. 27.2 LCNMC».

Segundo.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por el Abogado del Estado, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, informando de su intención de interponer recurso de casación, y la Sala por Auto de 21 de febrero de 2017, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección Primera de esta Sala acordó, por Auto de 29 de marzo de 2017, lo siguiente:

«1º) Admitir el recurso de casación nº 1062/2017 preparado por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de Mercado y Competencia contra la Sentencia, de 19 de octubre de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta), dictada en el recurso de apelación núm.1065/2016 .

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio o en la sede social de una empresa formuladas por la Comisión nacional de Mercados y Competencia, así como el alcance y la extensión del control judicial respecto de



tales peticiones de autorización, en particular cuando se trata de solicitudes formuladas en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada (artículo 49 LDC) cuya incoación resulta de la información obtenida en aplicación del programa de clemencia (artículo 65 LDC); todo ello en relación con las competencias de inspección que el artículo 27 LCNMC, atribuye a la Comisión.

3º) se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.»

Cuarto.

La indicada recurrente presentó, con fecha 11 de mayo de 2017, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso que consiste en determinar el grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio o en la sede social de una empresa, así como el alcance y la extensión del control judicial respecto de tales peticiones de autorización, en particular cuando se trata de solicitudes formuladas en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada (artículo 49 LDC) cuya incoación resulta de la información obtenida en aplicación del programa de clemencia (artículo 65 LDC); y en relación todo ello, con las competencias de inspección que el artículo 27 LCNMC atribuye a la Comisión.

Tras las anteriores alegaciones, la parte recurrente solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que estimando el recurso, se declare que de acuerdo con los artículos 27 LCNMC, 49.2 y 65 LDC , la Orden de investigación aportada junto con la solicitud de autorización de entrada en domicilio reunía todos los requisitos legales exigidos sin que sea posible exigir otros adicionales, por lo que debió ser autorizada la entrada en el domicilio social a efectos de investigación reservada en curso atendida la confidencialidad de la información y la finalidad perseguida por la investigación; fijando la jurisprudencia correspondiente en los términos solicitados en este escrito de interposición; o, en los que pueda considerar esa Sala y Sección más ajustados a Derecho; y con arreglo a dicha doctrina, case y anule la sentencia recurrida para, en su lugar dictar sentencia por la que se estime íntegramente el recurso de apelación que dio lugar a la sentencia impugnada.

Quinto.

Admitido a trámite el recurso, y no habiéndose personado ninguna parte recurrida, quedaron las actuaciones concluidas. La Sala acordó, conforme a lo previsto en el art. 92-6 LJCA , la celebración de vista pública.

Sexto.

Se señaló para la celebración de la vista el día 3 de octubre de 2017, que se suspendió por necesidades de servicio, señalándose nuevamente el día 17 de octubre de 2017, fecha en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Comisión Nacional de la Competencia interpone el presente recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de diciembre de 2016, que desestima el recurso de apelación 1065/2016 interpuesto por la Sra. Abogada del Estado frente al Auto dictado por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 6 de Madrid de fecha 14 de octubre de 2016 , en el procedimiento de autorización de entrada número 258/2016.

El reseñado Auto del Juzgado de lo contencioso administrativo denegó la solicitud de la Comisión Nacional de la Competencia de autorización de entrada inaudita parte en el domicilio social de la Sociedad Española de Montajes Industriales (SEMI) sita en Madrid, a partir del día 18 de octubre de 2016 con arreglo a la Orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC, por su posible participación en acuerdos y prácticas concertadas contrarias al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 10 del TFUE consistentes en la

manipulación y reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos o privados en el mercado de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias.

La Orden de investigación de la CNC se sustentaba en determinada información que fue conocida en el curso de unas inspecciones previas derivadas de la información suministrada a la autoridad regulatoria en virtud del programa de clemencia del artículo 65 LDC, que dio lugar a la incoación de un procedimiento de información reservada (artículo 49 LDC). La solicitud de autorización de entrada en el domicilio social de la aludida empresa se interesó en el contexto de la comprobación de los indicios aportados y el riesgo de destrucción u ocultación de pruebas.

El Auto del Juzgado deniega la solicitud de entrada con arreglo a la siguiente fundamentación jurídica:

«SEXTO.- No procede en este momento y a los solos efectos de conceder o denegar la autorización solicitada, controlar la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa que se pretende llevar a cabo, que en su caso ha de efectuarse a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente, sino simplemente, examinar si se han observado en la vía de ejecución forzosa los requisitos formales que, como garantía de los administrados, exige la ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y la LRJAP y normas complementarias, y en todo caso, si la entrada en el domicilio solicitado es una medida adecuada y proporcionada para la efectividad de la actuación administrativa.

El examen de la legalidad, necesidad, proporcionalidad, etc., no se realiza por el Juez a posteriori de las actuaciones administrativas sino con carácter previo: Se trata de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular (STC 160/1991).

La doctrina más autorizada resume el objeto de análisis por el Juez, partiendo de que no puede hacer un examen completo de legalidad del acto administrativo como haría en un recurso ordinario y de que tampoco puede limitarse a un automatismo formal, en los siguientes puntos que deberá constatar y valorar:

- a) Que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización,
- b) La necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración,
- c) Que el acto sea dictado por la autoridad competente,
- d) Que el acto aparezca fundado en Derecho,
- e) Que el acto sea necesario para alcanzar el fin perseguido,
- f) Que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto, y
- g) La eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivadas de la ejecutoriedad del acto administrativo.

Los anteriores puntos hay que analizarlos desde un criterio de proporcionalidad que evite entradas que no resulten estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido por la Administración.

Séptimo.

En el presente caso, la Abogacía del Estado, representante de la CNMC, solicita la autorización de entrada en el domicilio social de la mercantil SEMI, con carácter urgente sin audiencia previa del interesado dado el manifiesto riesgo de oposición a la entrada, para la realización por parte de los funcionarios autorizados de la inspección acordada en la Orden de Investigación de fecha 10 de octubre de 2016 del Director de competencia de la CNMC.

El escrito de solicitud de la autorización de entrada señala que: "En aplicación del artículo 27 de la LCNMC, el Director de Competencia ordenó la realización de inspecciones que se realizaron con fecha 11, 12 y 13 de julio de 2016 en el sector de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, tras tener conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas en dicho sector, consistentes en acuerdos para la manipulación y el reparto de las licitaciones convocadas por organismos licitadores. Como resultado de dichas inspecciones, esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a información que confirma dichas prácticas anticompetitivas en el citado mercado".

Dicha Orden de investigación dispone que en virtud de las facultades establecidas en el artículo 27 de la Ley 3/2013, se autoriza a los funcionarios que allí se mencionan para realizar, a partir del día 18 de octubre de 2016 en la sede social de la mercantil una investigación-inspección domiciliaria en relación con las actuaciones que se

tramitan en la Dirección de Competencia de la CNMC bajo el número DP/0138/16. Que podrá abarcar las actuaciones de inspección que allí se contemplan.

Se señala que la Dirección de competencia de la CNMC 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. Prácticas contrarias al artículo 1.1 de la LDC y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

De confirmarse estos acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 LDC , se indica que constituirían infracción muy grave del art. 64.2 d) de la LDC , en cuanto supone el desarrollo de conductas tipificadas en el art. 1.1 LDC y art. 101 TFUE , que podría suponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Igualmente se indica que "El objeto de la inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad 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, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones por clientes públicos y privados. Asimismo, la inspección tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica".

OCTAVO:- Llegado este punto hemos de analizar si concurren en la solicitud que nos ocupa los presupuestos o requisitos que con anterioridad hemos visto necesarios para autorizar la entrada: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Debiendo recordar que en el escrito de solicitud y en la orden de investigación es donde debe encontrarse la necesidad y proporcionalidad que justificarían la medida solicitada.

Pues bien, en el escrito de solicitud y en la Orden de investigación, del caso de autos se señala, como hemos referido en el apartado anterior, que la Administración solicitante ha tenido acceso a "determinada" información sobre prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias consistentes en acuerdos para la manipulación y reparto de licitaciones. Que realizó inspecciones los días 11, 12 y 13 de julio de 2016 teniendo acceso a información que confirma dichas prácticas anticompetitivas en el citado mercado. Por lo que solicita en este procedimiento la autorización de entrada en el domicilio de la empresa SEMI y se ha solicitado también en otras cuatro (Otro sí Segundo Digo).

Ahora bien no se señala en qué consisten dichas prácticas, la operativa de actuación, las licitaciones afectadas. Tampoco el momento temporal y ámbito geográfico al que se refieren. No se indica las empresas o personas que pudieran estar implicadas o concertadas. Ni se reflejan datos para valorar la gravedad de las actuaciones anticompetitivas a las que se refieren las actuaciones, etc.

Y, lo que es más importante, no se señala ningún dato respecto de la participación de la empresa SEMI en tales prácticas que pudieran justificar la necesidad de la autorización de entrada solicitada. No se refiere ni en el escrito de solicitud ni en la Orden de Investigación ningún indicio particularizado respecto de la empresa que nos ocupa. Ni la existencia de indicios de que haya podido cometer un ilícito administrativo.

Dada la fase de investigación no es necesario en este momento una relación fáctica precisa y detallada pero sí es necesario que la administración solicitante ponga en conocimiento del juez los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad y proporcionalidad de la medida, pues recordamos están enfrentados derechos fundamentales dignos de protección.

Hemos también de recordar que la jurisprudencia tiene reiterado que no cabe la entrada respecto de sectores económicos determinados por la simple dificultad de comprobación en ellos, no se puede pretender efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias, siendo rechazables las entradas meramente prospectivas, e insuficiente la alegación de una eventual frustración de la actuación de la Inspección, que serviría para justificar la entrada en cualquier domicilio del territorio español.

Por otro lado, lo que se pretende con la entrada es el ejercicio de las amplias facultades de investigación del artículo 27 LCNMC.



En todo caso, la Administración solicitante tampoco acredita no tener a su disposición otros medios para realizar la inspección y comprobación que pretende de forma menos gravosa: requerimiento de datos, informes, etc.

En consecuencia no existe en la solicitud ni en la Orden de Investigación justificación de la necesidad y proporcionalidad de la autorización de entrada en domicilio solicitada, tratándose de una solicitud genérica, lo que debe llevarnos a su denegación, dando prevalencia al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de la interesada.»

Contra esta decisión la Sra. Abogada del Estado interpuso recurso de apelación, que es desestimado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ahora se impugna en casación. La Sala del TSJ confirma el Auto denegatorio de la entrada al considerar que no se han descrito en qué consisten las prácticas anticompetitivas, la operativa de actuación y licitaciones afectadas, ni se ha determinado la participación del SEMI en aquellas. Añade la Sala a su razonamiento que no se ha acreditado la inexistencia de un medio alternativo menos gravoso, que la especial protección de la información aportada en virtud del programa de clemencia no puede conducir a la autorización de entrada y que no procede acceder a la autorización de entrada en domicilio en una fase preliminar en la que no figuran datos concretos.

Las consideraciones jurídicas en cuya virtud la Sala del TSJM desestima el recurso de apelación, son del siguiente tenor literal:

« [...] El escrito de interposición del recurso de apelación se centra en la entrada en vigor del programa de clemencia, que permite que una vez comprobado que existen actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas consistente en un cártel. Que sería infracción muy grave es posible ordenar la inspección de acuerdo con la información aportada, y la inspección se ordena para verificar la existencia y alcance del posible coordinación de conductas contrarias a la competencia, pudiendo la Dirección de Competencia realizar una información reservada, incluso con investigación domicilia, con el fin de comprobar si existen circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador.

Se inste en que se otorga especial protección a la información aportada por un solicitante de clemencia y las graves consecuencias que se pueden derivar del conocimiento de la prestación del omitido.

Todas estas cuestiones son relevantes, pero no permiten modificara las conclusiones adoptadas en el Auto que se impugna, teniendo en cuenta que se pretende obtener autorización para entrada en el domicilio del interesado, que es sin duda la medida más grave que puede acordarse en esta materia, y que requiere especial control, como se destaca por la constante Jurisprudencia al respecto En el Auto se detallan las razones por las que se deniegue la media, y nulidad de ello se aclara en el escrito de recurso, ya que no se señala en qué consistente las practicas, la operativa de actuación y licitaciones afectadas, ni dato sobre la participación de SEMI en las mismas. No solventa el problema el hecho de que posteriormente si se incoa un expediente se le daría información, ya que este no es el tema. La especial protección que se otorga a la información aportada por un solicitante de clemencia no puede conducir a una autorización de entrada en domicilio dada la gravedad de tal medida. SE alega que no hay otro modo menos gravoso para cm probar el posible cártel concertado entre varias empresas para la adjudicación de contratos públicos en el sector dela fabricación y suministros de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, concluyendo que si no se autoriza la entrada deviene imposible ejecutar el acto. Sin embargo, este argumento es impreciso y no modifica los argumentos ya esgrimidos en el Auto impugnado. El hecho de que la investigación se encuentre en fase embrionaria corrobora más si cabe, la decisión adoptada.

Cabe recordar que el art.27.4º 27.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece únicamente:

" 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"

Nada consta en este caso sobre una posible oposición a la inspección. En fin, no procede la autorización en una investigación embrionaria, sobre la que no constan datos concretos, pese a los argumentos de la Administración apelante.

Por otro lado, el ámbito temporal para el que en su momento fue solicitada la inspección no puede mantenerse en la actualidad, por lo que todo ello conduce a la desestimación del recurso de apelación.»



Segundo.

La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación y que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, según se expone en el Auto de admisión, consiste en determinar el grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio o en la sede social de una empresa formuladas por la Comisión nacional de Mercados y Competencia, así como el alcance y la extensión del control judicial respecto de tales peticiones de autorización, en particular cuando se trata de solicitudes formuladas en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada (artículo 49 LDC) cuya incoación resulta de la información obtenida en aplicación del programa de clemencia (artículo 65 LDC); todo ello en relación con las competencias de inspección que el artículo 27 LCNMC, atribuye a la Comisión.

La Comisión Nacional de la Competencia ahora recurrente sostiene que la sentencia infringe los artículos 27 LCNMC y los artículos 49 y 65 LDC , infracción que se produce, en su opinión, a la hora de determinar el nivel de detalle que debe recogerse en la Orden de investigación y solicitud de autorización judicial de entrada en el domicilio social de una empresa sujeta a una investigación reservada ex artículo 49.2 LDC cuyo origen es la denuncia de otra empresa que supuestamente participa junto a la denunciada en el mismo cártel y que se acoge al programa de clemencia ex art 65 LDC . La CNMC discute cual es la extensión del control judicial respecto a sus facultades inspectoras definidas en el artículo 27 LDC . Destaca la recurrente que el órgano jurisdiccional debe examinar la solicitud de autorización de entrada y ponderar, en el marco de la doctrina constitucional, si constan en la misma los requisitos legalmente exigidos y la proporción de la medida, pero también es evidente que dicho examen debe realizarse considerando que se trata de una información reservada (artículo 49.2 LDC), iniciada a partir de la delación de una empresa participante en el cártel (artículo 65 LDC) cuya finalidad es "...determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador" (artículo 49.2 LDC).

Subraya la singularidad del procedimiento de información reservada iniciado a partir de las informaciones reservadas obtenidas de una empresa participante en la conducta anticompetitiva que se reconoce en el ordenamiento nacional en los artículos 49,2 y 65 LDC e igualmente en el Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, artículo 20.8 , e invoca las sentencias del TJUE de 25 de enero de 2007, asunto C-407/04 que -afirma- distingue entre las informaciones que se facilitan una vez iniciado el procedimiento sancionador de las que se facilitan en las investigaciones preliminares o previas a dicho procedimiento sancionador y la sentencia del TJUE de 28 de abril de 2010, asunto T-446/05 . Sostiene, en síntesis, que el control judicial debe realizarse considerando el tipo de procedimiento en el que se produce la solicitud de entrada, el origen de la información que determina el procedimiento y el ajuste de la Orden de investigación a la potestad de investigación atribuida a la CNMC por el artículo 27 LCNMC, sin pretender requisitos adicionales de información que no pueden extenderse a la investigación reservada a riesgo de impedir que la CNMC ejerza su función de descubrimiento y persecución de conducta anticompetitiva como es el cártel de empresas competidoras. Es por tanto necesario, a juicio de la Comisión, que la Orden de investigación y la solicitud de autorización, que además presenta dicha Orden al Juzgado, concilien la información precisa para cumplir con los requisitos legales y demostrar la necesidad de la medida restrictiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas investigadas (artículo 18 de la Constitución).

En esa ponderación nunca puede perderse de vista ni la confidencialidad del origen de la información (artículo 65 LDC), ni de que se trata de una investigación preliminar que, además, es reservada puesto que no podrá precaverse de la investigación a las empresas afectadas, a riesgo de vaciar de contenido y hacer inútiles las competencias encomendadas a la CNMC, porque es evidente que ninguna empresa participante en un cártel, secreto por definición, facilitará una información de la que se infiere la comisión de una infracción muy grave con todas sus consecuencias legales.

Tercero.

En las sentencias de esta Sala de fechas 16 de enero y 27 de febrero de 2015 dictadas en los RC 5447/2011 y 1292/12 nos pronunciamos sobre los requisitos y el detalle que ha de contener las Ordenes de investigación de la CNC dictadas precisamente en una fase preliminar o de investigación, desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En la primera de las sentencias reseñadas se resuelve el recurso de casación planteado por Oscar Obras y Servicios SL, que aducía que la orden de investigación que dio origen a las actuaciones no cumplía con la obligada concreción de los requisitos necesarios para proceder a una inspección domiciliaria de manera conforme a derecho, con invocación del artículo 13 del reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia , que desarrolla el artículo

40 de la Ley, según el cual la orden de investigación debe concretar el objeto y finalidad de la inspección, los sujetos investigados y el alcance de la inspección.

Dijimos entonces que «la determinación del objeto de la investigación (la posible realización de las prácticas restrictivas de las competencias que se mencionan en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras) es suficientemente precisa para ordenar una inspección. Especialmente, como pone de relieve la Sala de instancia, en una fase preliminar de la investigación (una investigación reservada) desencadenada por informaciones previas de la posibilidad de que se hubieran cometido tales prácticas. Como indica la sentencia impugnada en el Fundamento Jurídico Tercero, la orden de investigación concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma, por lo que debe rechazarse el motivo.»

En la segunda de las sentencias indicadas de 27 de febrero de 2015, dictada en el RC 1292/2012 , promovido por TRASMEDITERRÁNEA, nos pronunciamos también sobre una orden de investigación adoptada en un procedimiento de investigación originado por una «denuncia». Dijimos entonces:

« Es cierto que las Ordenes de investigación se dictaron en virtud de una información <<reservada>> según, se indica en las mismas, que señalan que la actuación se inicia por razón de una <<una denuncia>> pero sin detallar a que aspecto de la actividad mercantil de las recurrentes se refería. Pero esta materia <<reservada>> no permite obviar el cumplimiento de las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y de la jurisprudencia a la que hemos hecho mención, de los que deriva que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, lo que aquí no sucede.»

Cuarto.

La jurisprudencia del TJUE ha venido precisando los elementos necesarios de la Orden de investigación.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04 , precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

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

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

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

En relación al deber de motivar la Orden de investigación, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea de 26 de octubre de 2010 (dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National

de l'Prfre des Pharmaciens), que declara que la obligación de motivar estas ordenes « 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). Y en el siguiente apartado dispone que «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).»

La Sentencia del TJUE 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) distingue 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:

« 58. En cuanto a la cuestión de si la Comisión tenía que haber informado a Dalmine con mayor prontitud, incluso antes de notificarle el pliego de cargos, ya que las actas controvertidas obraban en su poder, procede recordar que, 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 precisamente el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo, derechos que invoca la recurrente en este motivo.

59. 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 (sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C• 238/99 P , C• 244/99 P , C• 245/99 P , C• 247/99 P , C• 250/99 P a C• 252/99 P y C• 254/99 P, Rec. p. I• 8375, apartados 315 y 316, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 66 y 67). Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego (sentencia de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C• 105/04 P, Rec. p. I• 0000, apartados 47 y 50).

60. Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas.»

Por otra parte, la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 25 de noviembre de 2014 (asunto T-402/13), interpreta el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, y declara que la exigencia de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye ante todo una "garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas".

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 se pronuncia en la misma línea sobre el alcance de la exigencia de motivación en las decisiones de inspección.

Quinto.

Expuesta la anterior jurisprudencia nos corresponde resolver la cuestión jurídica planteada en el recurso de casación en los términos en que ha sido concretada en fase de admisión, que versa, como allí se indica, sobre el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, y la extensión del control judicial cuando se trata, como en el supuesto de autos, de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada, cuya incoación resulta de información obtenida en el programa de clemencia ex artículo 65 LDC .

Así pues, nuestro análisis se referirá al supuesto que da origen a las actuaciones judiciales, la orden de investigación dictada por la CNC en virtud de la información obtenida en un programa de clemencia del artículo 65 LDC y de una investigación precedente, la corrección del Auto denegatorio de la solicitud de entrada y la sentencia que en apelación confirma dicho criterio.

Pues bien, como hemos expuesto, el Abogado del Estado enfatiza en su recurso y en el acto de la vista la relevancia de que la orden de investigación y de solicitud de entrada en el domicilio social de la empresa sujeta a una investigación reservada se fundamenta en la información cuyo origen se encuentra en una denuncia de otra



empresa que participa con la denunciada en el mismo cártel y que se acoge al programa de clemencia del artículo 65 LDC , cuya vinculación resulta, además, de inspecciones previamente realizadas.

Sostiene la Abogacía del Estado recurrente la singularidad del procedimiento de información reservada obtenida a través de una de las empresas participantes en la conducta anticompetitiva, que al realizar el correspondiente control judicial de la solicitud de autorización, el órgano jurisdiccional debe considerar que no se ha iniciado todavía el procedimiento sancionador y que esta situación y el o rigen de la información obtenida por la CNC que determinó la investigación sujeta a confidencialidad imponen, a riesgo de vaciar de contenido el artículo 49.2 LDC y frustrar los poderes de inspección del artículo 27 LCNMC que la información que figure en la Orden de investigación y en la solicitud de investigación sea suficiente pero no exhaustiva para permitir el conocimiento de los elementos esenciales que determinan la investigación y la medida acordada.

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 aun 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 CNC. 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 cártels secretos- y que tanto la legislación comunitaria como la nacional contemplan una limitación al acceso a la información de las empresas confidenciales 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.

Aún 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.

En la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de junio de 2013, referida al programa de clemencia, se establece en su apartado 6 el tratamiento de la información confidencial y dispone en los apartados 74 a 76, en relación a la información remitida al órgano jurisdiccional en supuestos de revisión de un procedimiento sancionador:

(74) En caso de revisión jurisdiccional, al remitir a la Audiencia Nacional la solicitud de clemencia presentada en el procedimiento sancionador, la CNC identificará expresamente las declaraciones realizadas por el solicitante de clemencia, de las que no se puede obtener copias, de acuerdo con lo indicado en el artículo 51.3 del RDC.

(75) Si la documentación aportada por un solicitante de clemencia es requerida por un órgano jurisdiccional competente para revisar la actuación de la CNC antes de que se haya dictado la Resolución que ponga fin al procedimiento administrativo en el que se ha presentado una solicitud de clemencia, se le trasladará dicha documentación con carácter confidencial, haciendo referencia expresa a que ésta no puede ser comunicada a posibles interesados o terceros, dada la especial protección que la LDC garantiza a las solicitudes de clemencia y las graves consecuencias que se pueden derivar de la puesta en conocimiento de la presentación de solicitudes de clemencia o de su contenido, no sólo para mantener los incentivos por parte de otros competidores que formen parte del cártel para la presentación de solicitudes de clemencia, sino para preservar la propia investigación que está llevando a cabo la CNC.

(76) Cuando la CNC intervenga aportando información o presentando observaciones en procesos de defensa de la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15. bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se abstendrá de aportar datos o documentos aportados por solicitantes de clemencia.

En la Comunicación de la Comisión 2006/C-298/11, sobre confidencialidad de la información facilitada por las empresas que se acogen al programa de clemencia, se contempla que, el programa de clemencia restringe el acceso al expediente y garantiza el uso de la información para la finalidad del propio procedimiento. Limitaciones que se refieren y tienen su fundamento último en las propias garantías de procedimiento y en la necesidad de que en la primera fase de investigación la empresa investigada no esté en condiciones de identificar la información conocida por la Comisión y que se mantengan ocultas a fin de no comprometer la eficacia de la investigación de la Comisión.

Pero estas limitaciones respecto a la empresa investigada y la finalidad de la investigación, no pueden ser trasladadas de forma automática frente al órgano judicial que ha de pronunciarse sobre la solicitud de entrada en el domicilio social, pues el Juez encargado de esta función ha de contar con los elementos necesarios para adoptar su decisión relativa al carácter justificado o no extraordinario de la medida, de modo que la sola apelación al carácter confidencial de los datos derivados del programa de clemencia no puede ser un óbice para que el Juez pueda disponer de estos elementos mínimos para poder realizar la correspondiente ponderación de las circunstancias concurrentes y comprobar si la solicitud de autorización presenta o no fundamento.

Así pues, la confidencialidad de la información con origen en el artículo 65 LDC no puede interpretarse ni alzarse como un factor para no suministrar al órgano jurisdiccional -con el carácter reservado- los datos esenciales mínimos para la realización de la correspondiente ponderación.

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 par 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 practicas 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 este 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 aún 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.

De acuerdo con esa interpretación, debe declararse no haber lugar al recurso de casación.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. En cuanto a las costas del proceso de instancia y de la apelación instancia, hacemos nuestros los pronunciamientos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 y de la Sección Sexta de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus respectivas resoluciones.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

NO HA LUGAR al recurso de casación número 1062/2017, interpuesto por la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, contra la sentencia 15 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-



Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 6ª), en el recurso de apelación 1065/16 , que desestima el recurso interpuesto por la misma Comisión contra el Auto de 14 de octubre de 2016 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 en el procedimiento 258/2016, que desestimaba la solicitud realizada por el Abogado del Estado en presentación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de autorización de entrada en el domicilio de Sociedad Española de Montajes Industriales, SEMI; sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia y de apelación, los pronunciamientos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 y de la Sala de la Audiencia Nacional en sus respectivas resoluciones.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente Dª. María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.