



## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064540

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 249/2019, de 26 de febrero de 2019

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

Rec. n.º 6696/2017

### SUMARIO:

**Defensa de la competencia. Procedimiento sancionador. Inspecciones domiciliarias. Reafirmación de la doctrina sobre el «hallazgo casual».** La jurisprudencia sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en la sentencia de 6 de abril de 2016, que establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. En definitiva, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. Esta doctrina debe ser ahora reafirmada, pues no se advierten razones para matizarla y, menos aún, para corregirla. Pues bien, tales exigencias no se cumplen en el caso que ahora nos ocupa, donde, en puridad, ni siquiera cabe afirmar que haya existido un hallazgo casual. La documentación se encontró porque se buscaba, y se buscaba en virtud de una orden de investigación que, además de referirse al objeto del expediente, aludía también a «... de otro tipo», expresión que, por su genericidad y vaguedad, la propia sentencia recurrida consideró no aceptable, y, por tanto, no habilitante para que a su amparo pudiese realizarse inspección o indagación alguna. Esto es, no se trata aquí de un hallazgo casual producido con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio recogido en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la orden de investigación que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual. [Véase: (NCJ064539) Sentencia de 6 de abril de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, rec. núm. 113/2013].

### PRECEPTOS:

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 101.

Constitución Española, art. 18.2.

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), arts. 1, 63 y 64.

Ley 3/2013 (Creación de la CNMC), art. 27.1.

RD 261/2008 (Rgto. de Defensa de la Competencia), art. 13.3.

### PONENTE:

Don José María del Riego Valledor.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR



Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

### TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 249/2019

Fecha de sentencia: 26/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6696/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6696/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

### TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 249/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso



En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 6696/2017, interpuesto por Irmasol S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira, con la asistencia letrada de don Crisanto Pérez-Abad Martín, contra la sentencia de 20 de septiembre de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 12/2015, sobre resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 20 de septiembre de 2017, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"1. ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de IRMASOL S.A., contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, del Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 603.685 euros de multa.

2. Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3. Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas."

#### **Segundo.**

Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Irmasol S.A. ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 24 de noviembre 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 Sala de Admisión acordó, por auto de 16 de julio de 2018, lo siguiente:

"1º) Admitir el recurso de casación núm. 6696/2017, preparado por la representación de la entidad Irmasol, S.A., contra la sentencia de 20 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario núm. 12/2015).

2º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso, que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consisten en: 1º) reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y 2º) la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la



excepción contenida en los citados preceptos, en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.

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 parte recurrente presentó, con fecha 2 de octubre de 2018, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y anule la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2017 mencionada, y resuelva el citado recurso contencioso-administrativo en los términos indicados en el suplico de la demanda en el procedimiento de instancia, anulando la Orden de Investigación, la inspección llevada a cabo en la sede de Isma y la Resolución de la CNMC, por fundarse en pruebas obtenidas en una inspección ilegal.

#### **Quinto.**

Se dio traslado al Abogado del Estado para que manifestara su oposición, lo que verificó por escrito de 26 de octubre de 2018, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia que desestime el recurso de casación con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrida.

#### **Sexto.**

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de septiembre de 2017 (autos 12/2015), que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de IRMASOL S.A., contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0430/12, recogida de papel), que impuso a la recurrente una multa de 603.685 euros.

La resolución administrativa impugnada atribuyó a la recurrente, junto al resto de empresas partícipes de la Unión de Empresas Recogedoras de Residuos (UDER), una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la actuación de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, de cara a repartir de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible.

#### **Segundo.**

La sentencia impugnada anuló la citada resolución de la CNMC en el particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, acordando remitir las actuaciones a la CNMC, a fin de que dicte nueva resolución en la que fije el importe de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con



aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

Sin perjuicio de la estimación parcial en el apartado relativo al importe de la sanción, la sentencia impugnada desestimó el resto de las pretensiones deducidas por la parte recurrente, declarando la realización por la sociedad recurrente de la conducta infractora apreciada por la resolución sancionadora de la CNMC.

Para llegar a tal conclusión, la sentencia recurrida se pronunció sobre las cuestiones planteadas en la demanda, y así: (i) rechazó, en primer lugar, la violación del derecho de defensa por haberse incorporado al expediente sancionador información recabada en una inspección domiciliaria realizada con distinto objeto (residuos sanitarios), con infracción del artículo 13.3 del RD 261/2008 (FD 4º, 5º, 6º y 7º), (ii) no acogió las alegaciones de la parte demandante sobre la inexistencia de acuerdos prohibidos por el artículo 1.1 LDC, sino al contrario, la Sala de instancia entendió acreditados de manera suficiente los acuerdos sobre reparto de mercados y clientes, y tampoco aceptó la aplicación del artículo 1.3 LDC, por considerar que la parte actora no había acreditado "en modo alguno" la eficacia procompetitiva de los acuerdos (FD 8º), (iii) desestimó también la sentencia recurrida los argumentos de la parte actora sobre la aplicación de las Directrices Horizontales (FD 9º) y (iv) estimó los argumentos de la recurrente sobre la incorrección de la fijación de la multa siguiendo el método de cálculo determinado por una Comunicación de la CNMC, que fue declarado disconforme a derecho por una sentencia de esta Sala (FD 10º).

Para una mejor comprensión de las cuestiones que se plantean en este recurso de casación, es de interés recoger aquí parcialmente los argumentos de la sentencia impugnada sobre la primera de las cuestiones alegadas por la parte recurrente, relativa como se ha dicho a la incorporación de documentación recabada en una inspección domiciliaria realizada con distinto objeto en otro expediente (residuos sanitarios).

Razona sobre tal cuestión la sentencia impugnada lo siguiente:

QUINTO. En cuanto a la suficiencia de la motivación y justificación de la orden de investigación y de acuerdo con la jurisprudencia citada, debemos precisar lo siguiente:

La CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

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

Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

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

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento



En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de los contratos licitados por centros sanitarios públicos o privados con la finalidad de repartirse el mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales) y los sujetos investigados; se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección en los días 6 y 7 de junio siguiente, y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos, tanto sanitarios como de otro tipo. También se define el mercado geográfico, señalando a tal efecto las Islas Baleares y su posible proyección nacional. En ambos casos, las definiciones son precisas y suficientes.

Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto, pues según consta se trata de una asociación a la que están afiliadas las empresas que fabrican y comercializan pallets de madera.

Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a tratamientos de residuos de otro tipo, extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las otras conductas, claramente referidas, que integran tipos sancionadores sobre cuya concreción nadie ha planteado cuestión alguna.

Esta circunstancia tiene una particular relevancia en este caso, pues, ciertamente la entrada domiciliaria se acuerda para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, que es distinto del que da lugar a las presentes actuaciones y podría considerarse que la extrema vaguedad de la fórmula empleada por la autoridad de competencia, tratamientos de residuos de otro tipo, no amparaba la utilización del material probatorio con el que se sanciona a la recurrente. Como veremos en el FJ siguiente, esta circunstancia, en realidad, carece de la relevancia que la recurrente le otorga pues, obviando el debate sobre la eventual integración de los residuos de papel cartón en el marco de los residuos sanitarios que propone la resolución impugnada, en este caso resulta de aplicación la doctrina del hallazgo casual.

De forma expresa en la orden de investigación se indica que los indicios probatorios con los que contaba la autoridad de competencia para dictarla provenían de una denuncia formulada por la mercantil Adamo SL contra ISMA, a la que acusa de haber pactado el mercado de recogida de residuos sanitarios. Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada que se incoó como consecuencia de la denuncia, por lo que no puede concluirse que la inspección tuvo un carácter aleatorio y que se practicó sin base alguna.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios y fijación de condiciones comerciales en el mercado definido, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

El TS en la STS de 16 de enero de 2015, recurso de casación nº 5447/11 FJ 2, se pronunció ante una orden de Investigación de características idénticas a las del presente caso, declarándola ajustada a derecho, si bien censurando el carácter un tanto general de su redacción, crítica que igualmente compartimos, pero que no implica su declaración de invalidez.

La STS de 21 de octubre de 2015, recurso de casación nº 1306/13 , FJ 4, analiza el contenido de una orden de Investigación que, a pesar de pronunciarse aún en términos más genéricos, el TS termina validándola.

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y debe desestimarse este motivo de recurso.



SEXTO. La recurrente señala que, en todo caso, la resolución recurrida no aplicó correctamente la doctrina del hallazgo casual que actuaría como paliativo de los defectos que imputa a la orden de investigación.

La STS de 6 de abril de 2016, recurso de casación nº 113/29013 FJ4, señala a estos efectos que [...]

[...]

SÉPTIMO. La aplicación de la anterior doctrina a este caso nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso. En efecto, como hemos visto el registro se desarrolló con plena normalidad y una vez que la CNC advirtió que determinada documentación se refería a conductas distintas, incoó una información reservada que dio lugar a un expediente sancionador diferente, que es el que motiva estas actuaciones y en el que se incorporó la documentación recabada en la inspección. Además, la recurrente pudo hacer alegaciones sobre estos hechos y datos, por lo que se han respetado las exigencias jurisprudenciales y legales. En este sentido cabe citar la STJCEE de 17 de octubre de 1989 asunto 85/87 Dow Benelux, apartado 19, invocada por la recurrente, de la que no se infiere como la misma pretende, que la autoridad de competencia esté obligada a realizar una nueva inspección o a solicitar de nuevo una copia de la documentación que ya obra en su poder, sin perjuicio de actividades de complemento de prueba que estime necesarias. Este criterio está ratificado por la STJUE de 18 de junio de 2015, asunto C- 583/13 , Deutsche Bahn, apartado 58.

La resolución recurrida, en sus apartados 4 y siguientes detalla las actuaciones de investigación adoptadas por la autoridad de competencia, referidas al funcionamiento de Uder en los mercados afectados en esta investigación (tipo de producto objeto de la recogida y suministro, listado de clientes, modo de facturación a sus socios...). De esta manera, su actuación se desarrolla en el marco de la jurisprudencia anotada.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que la STJCEE de 15 de octubre de 2002, asunto C-238/99 y acumulados, Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), apartado 306, señala que la utilización directa a efectos de prueba, en un segundo procedimiento, de un documento obtenido en otro precedente le está prohibida (a la Comisión).

No obstante, esta tajante afirmación debe interpretarse en el contexto de la jurisprudencia antes anotada, incluso posterior a la sentencia de referencia y entender que si hay una actividad complementaria de prueba, como ocurre en este caso, debe entenderse que no se han vulnerado el derecho de defensa de la recurrente, aunque se empleen directamente documentos incautados en la primera inspección.

[...]

Finalmente, según consta en las actuaciones, la autoridad de competencia incorporó la documentación que permitió el inicio de la inspección en la sede de Isma y su resultado, basada en indicios que en lo sustancial derivan de la denuncia presentada por la mercantil Adalmo SL tal y como se indica en la orden de investigación (folio 4029 del expediente), por lo que tampoco por este motivo se ha causado indefensión a la recurrente, dando respuesta a sus alegaciones solicitando la admisión y práctica de prueba en sede administrativa.

El auto de admisión a trámite del recurso de casación apreció, según se ha dicho en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia, que el recurso de casación planteado por Irmasol S.A. contra la sentencia de instancia, planteaba dos cuestiones de interés casacional, consistentes en:

1) Reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y

2) La interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE , a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos, en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.

### Tercero.

La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual" , se recoge en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril (casación 113/2013 ), en la forma siguiente (FD 4º):

### Cuarto. *Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo.*

Hemos de avanzar que en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la



utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto.

El supuesto litigioso se plantea por la posibilidad -que efectivamente se dio en el caso de autos- de que en la práctica del registro se obtengan documentos o material que resulten ajenos al objeto de la investigación que determinó la autorización judicial, pero que sean reveladores de otras posibles actividades ilícitas. Pues bien, con algunas matizaciones, la doctrina sentada por la jurisprudencia penal que invoca el Abogado del Estado es de aplicación también al ámbito administrativo sancionador. En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

Lo anterior debe ser acompañado de alguna precisión. Por un lado, no puede admitirse con carácter general la prevención que formula el Abogado del Estado de que en la práctica resulta inviable circunscribir la recogida de material al objeto de la investigación. Antes al contrario, debe hacerse hincapié, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación.

Dicho lo anterior también es preciso añadir una distinción en relación con el ámbito penal. En dicho ámbito el hallazgo casual de elementos que puedan posteriormente constituir cuerpo delictivo está afectado por lo general del carácter de flagrancia, lo que evita problemas en cuanto a la legitimidad de su requisa. Tal carácter resulta más improbable, aunque no imposible, en el caso de una investigación en materia del derecho de la competencia. Pero partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro - desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas.

Sentados los anteriores criterios interpretativos, el supuesto de autos no ofrece dudas de que la Administración actuó de manera adecuada en el registro producido en la sede de Montesa Honda, así como que la utilización del correo electrónico del que trae causa el litigio fue conforme a derecho. Es claro que el objeto de la investigación se circunscribía a las posibles actuaciones colusorias verticales entre Montesa Honda y sus distribuidores y que, por tanto, el material de todo tipo que los inspectores debían reclamar y buscar para requisar se limitaba a dichas relaciones verticales y no, por tanto, a las relaciones con los competidores de la mercantil investigada. De acuerdo con las actas de inspección, los inspectores se circunscribieron a dicho objetivo y debido a dificultades técnicas de carácter informático y a la imposibilidad de filtrar en el acto una documentación muy amplia, se recabó gran parte de la misma para su posterior análisis. No consta que la empresa considerase abusiva dicha actuación como lo prueba el párrafo del anexo del acta de la inspección [...]



[...]

Desarrollado por tanto el registro de forma conforme a derecho, por cuanto contaba con la preceptiva autorización judicial idónea y su práctica fue idónea y proporcionada a su objetivo, el hecho es que un inspector de la Dirección de Investigación comprobó, al examinar el material incautado, la existencia de un mensaje a otra sociedad competidora (Suzuki) que incluía un listado de precios, con base en el cual se inició una investigación reservada por presunta colusión horizontal entre empresas competidoras que dio lugar a otro expediente (S/0280/10). El presente litigio tiene su origen precisamente en la impugnación de que dicho mensaje fuese incorporado a las actuaciones del referido expediente. Pues bien, habida cuenta de que el hallazgo casual del citado documento se produjo en el marco de un registro practicado de forma regular y conforme a derecho, nada hay que objetar a que la Comisión Nacional de la Competencia procediese a iniciar dicha investigación y abriese un expediente sancionador distinto encaminado a depurar otras conductas ilegales, así como que dicho documento fuese incorporado a tales actuaciones.

Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo.

Esta doctrina, expuesta en la sentencia de esta Sala nº 790/2016, de 6 de abril, debe ser ahora reafirmada, ya que no advertimos razones para matizarla y, menos aún para corregirla.

La cuestión a resolver por la Sala, en primer término, es si la expuesta doctrina sobre los hallazgos casuales es aplicable en este caso, de lo que nos ocuparemos a continuación.

CUARTO. El presente recurso de casación se deliberó por la Sala conjuntamente con otros recursos interpuestos por otras empresas recuperadoras de papel, también sancionadas en la misma resolución de la CNMC que se encuentra en el origen de las actuaciones, frente a sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que mantenían similares razonamientos sobre diversos extremos comunes a todos los recursos, entre ellos, el relativo a la aplicación en este caso de la doctrina de esta Sala sobre los hallazgos casuales que acabamos de exponer.

La posición de la Sala sobre la indicada cuestión se recoge en los razonamientos expresados en la primera de las sentencias dictadas en estos recursos, STS nº 233/2019, de 25 de febrero (casación 6461/2017), que seguidamente reproducimos.

Una vez reseñada la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta, queda por dilucidar si esa doctrina ha sido correctamente aplicada por la Sala de instancia al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos que la recurrente aducía en el proceso -y también ahora en casación- sobre la disconformidad a derecho de la Orden de Investigación que sirvió de base para la realización del registro.

Ante todo debemos recordar que, como señalan la resolución sancionadora de la CNMC y la sentencia recurrida, el procedimiento en el que se dictó la resolución sancionadora aquí controvertida (expediente S/430/12), fue incoado a raíz de la documentación obtenida en el curso de una inspección realizada los días 6 y 7 de junio de 2012 en la sede de Isma 2000 S.L. y en el seno de un procedimiento sancionador distinto (expediente S/0415/12, ABH-ISMA), que venía referido a posibles pactos colusorios en el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos en centros sanitarios.

En el proceso de instancia la demandante alegó diversas deficiencias e irregularidades en la que a su entender incurría la Orden de Investigación que permitió la inspección en la sede de Isma 2000, S.L., en la que se halló la documentación que dio origen al expediente sancionador que ahora nos ocupa. Y según hemos visto, el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida da respuesta a esas alegaciones señalando, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

"QUINTO.

[...] en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.



En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de los contratos licitados por centros sanitarios públicos o privados con la finalidad de repartirse el mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales) y los sujetos investigados (Isma 2000 SL); se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección en los días 6 y 7 de junio siguiente, y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos, tanto sanitarios como de otro tipo. También se define el mercado geográfico, señalando a tal efecto las Islas Baleares y su posible proyección nacional. En ambos casos, las definiciones son precisas y suficientes.

Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto. Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a "tratamientos de residuos de otro tipo", extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las otras conductas, claramente referidas, que integran tipos sancionadores sobre cuya concreción nadie ha planteado cuestión alguna.

Esta circunstancia tiene una particular relevancia en este caso, pues, ciertamente la entrada domiciliaria se acuerda para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, que es distinto del que da lugar a las presentes actuaciones y podría considerarse que la extrema vaguedad de la fórmula empleada por la autoridad de competencia, "tratamientos de residuos de otro tipo", no amparaba la utilización del material probatorio con el que se sanciona a la recurrente.

Como veremos, esta circunstancia, en realidad, carece de la relevancia que la recurrente le otorga pues, obviando el debate sobre la eventual integración de los residuos de papel cartón en el marco de los residuos sanitarios que propone la resolución impugnada, en este caso resulta de aplicación la doctrina del hallazgo casual. [...]"

Por tanto, la Sala de la Audiencia Nacional admite que, al delimitar el objeto de la inspección que se iba a llevar a cabo en la sede de la empresa entonces investigada, la Orden incurría en vaguedad e imprecisión cuando, además de señalar el mercado de tratamiento de residuos sanitarios, se refería también a "tratamientos de residuos de otro tipo"; mención ésta que, según la propia sentencia recurrida, no puede aceptarse, por su vaguedad, por lo que la validación de la actuación inspectora se circunscribe al tratamiento de residuos sanitarios.

Aunque la sentencia recurrida no la cita, la jurisprudencia de esta Sala -de la que son exponente, entre otras, nuestras sentencias de 10 de diciembre de 2014 (casación 4201/2011 ), 27 de febrero de 2015 (casación 1292/2012 ) y la sentencia 1658/2017 de 31 de octubre de 2017 ( casación 1062/2017 )- respalda ciertamente esa apreciación de que la Orden de Investigación no resultaba aceptable en cuanto al inciso referido a "tratamientos de residuos de otro tipo", pues esa genérica mención no cumple los requisitos de concreción y especificidad exigibles a las órdenes de investigación; sobre todo teniendo en cuenta que los de recogida y tratamiento de residuos sanitarios son ámbitos de mercado distintos a los de recogida y tratamiento de otras clases de residuos.

Por ello, resulta acertada la conclusión a la que parece apuntar la sentencia recurrida cuando señala que, en el caso examinado, la entrada domiciliaria sólo debe considerarse válidamente acordada para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, los sanitarios; y que la Orden de Investigación, por la extrema vaguedad con la que aludía a "tratamientos de residuos de otro tipo", no amparaba la utilización del material probatorio que sirvió de base para sancionar a la recurrente.

Sin embargo, la Sala de instancia elude o sortea la objeción que ella misma ha dejado formulada, y lo hace afirmando que la circunstancia señalada carece en realidad de relevancia invalidante por aplicación de la doctrina del hallazgo casual.



Pues bien, no podemos compartir este giro argumental que introduce la sentencia recurrida.

Como hemos visto en el fundamento jurídico tercero, la doctrina sobre el hallazgo casual alude a un hallazgo de material probatorio que se produce de manera imprevista y fortuita, en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta. Y la jurisprudencia que antes hemos reseñado viene a precisar que para que el material probatorio así obtenido pueda ser utilizado de forma legítima es necesario que el hallazgo se produzca con ocasión de una entrada y registro que cuente con la necesaria habilitación y se desarrolle de forma idónea y proporcionada.

Pues bien, tales exigencias no se cumplen en el caso que ahora nos ocupa, donde, en puridad, ni siquiera cabe afirmar que haya existido un hallazgo casual. La documentación relativa a la recogida y tratamiento de otros residuos (distintos a los sanitarios) se encontró porque se buscaba. Y se buscaba en virtud de una Orden de Investigación que, además de referirse a los residuos sanitarios, que eran objeto de aquel expediente, aludía también a "tratamientos de residuos de otro tipo"; expresión ésta que, por su genericidad y vaguedad, la propia sentencia recurrida consideró no aceptable, y, por tanto, no habilitante para que a su amparo pudiese realizarse inspección o indagación alguna.

En definitiva, no se trata aquí de un hallazgo casual producido con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio recogido en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación ("tratamientos de residuos de otro tipo") que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual.

#### **Quinto.**

La jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013 ).

Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, << (...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas>>.

Esta doctrina que expusimos en sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013 , F.J. 4º) debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla.

#### **Sexto. Sobre la resolución del presente recurso.**

En contra de lo que afirma la sentencia recurrida, entendemos que esa jurisprudencia sobre el hallazgo casual no es aplicable en el caso que ahora nos ocupa, pues no se trata aquí de un hallazgo producido accidentalmente con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio que fue encontrado en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación ("tratamientos de residuos de otro tipo") que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual. Por tanto, debe concluirse que la resolución sancionadora se basa en un material probatorio que no ha sido obtenido de forma ajustada a derecho.

Por todo ello debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por Irmasol, S.A.; y una vez casada la sentencia, procede la estimación del recurso contencioso- administrativo y la anulación de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 que impuso a dicha entidad una sanción de 603.685 euros de multa.



En fin, una vez alcanzada la conclusión de que la resolución sancionadora debe ser anulada, no resulta ya necesario ni procedente que entremos a examinar la segunda de las cuestiones en las que el auto de admisión del recurso apreció interés casacional objetivo, esto es, la interpretación de los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE , a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la exención contenida en los citados preceptos.

**Séptimo. Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 , 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

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 :

1. Ha lugar al recurso de casación nº 6696/2017 interpuesto en representación de la entidad IRMASOL S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2017 (recurso contencioso-administrativo 12/2015 ), que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de IRMASOL S.A. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0430/12, recogida de papel), por la que se impuso a la entidad recurrente una sanción de 603.685 euros de multa, quedando anulada y sin efecto la referida resolución sancionadora.

3. No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas Dª. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de 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.