

“COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN TERCERA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017 RECAÍDA EN EL RECURSO 1062/2017 SOBRE ENTRADA EN DOMICILIO PARA INSPECCIÓN. 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”

Belén Lopez Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta
de Comunidades de Castilla-La Mancha

Doctora en Derecho



1. Antecedentes

La Abogacía del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (en adelante, CNMC) solicitó autorización de entrada en domicilio, inaudita parte, con el objeto de investigar, a raíz de la obtención de determinada información, la posible participación de una determinada empresa en acuerdos o prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación y suministros de sistemas electrificación y equipos en líneas ferroviarias, así como de equipos de seguridad y comunicación para AVE y líneas de ferrocarril convencionales. Tales prácticas -contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)- consistirían en la manipulación y reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados. En caso de verificarse una conducta como la descrita supondría la comisión de infracción muy grave que puede conllevar una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 64. 2 d) LDC.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 6 dictó Auto de fecha 14 de octubre de 2016, desestimando la solicitud, argumentando, en resumen, que no se ha determinado en qué consisten las prácticas anticompetitivas, ni cuál es la operativa de actuación y las licitaciones afectadas; que no se ha definido el momento temporal ni el ámbito geográfico al que se refieren; que no se ha indicado qué empresas o

personas pudieran estar implicadas o concertadas, ni se han reflejado datos para valorar la gravedad de las actuaciones anticompetitivas; y que no consta ningún dato sobre la participación de la empresa en dichas prácticas que pudiera justificar la entrada para inspección, pues la Orden de investigación en que se fundamenta la solicitud de entrada en domicilio no contiene indicio alguno particularizado al respecto. En definitiva concluye el Juzgado que no se han aportado datos suficientes para poder apreciar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada, sin que resulten válidas las entradas meramente prospectivas.

El Auto fue recurrido en apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la Abogacía del Estado que fue desestimado en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016.

La Sala de instancia, en resumen y en lo que aquí interesa, considera que los argumentos presentados por el Abogado del Estado si bien son relevantes no resultan suficientes para modificar las conclusiones del Auto impugnado. Reitera la Sala, en la misma línea que el Juzgado, la falta de información suficiente en la solicitud de autorización en relación con el objeto de las prácticas anticompetitivas, la operativa de actuación, las licitaciones afectadas o la participación de la sociedad en tales prácticas.

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 la Sala del Tribunal Supremo.

2. Objeto de debate

La cuestión suscitada en el recurso de casación versa sobre el alcance del control judicial, y la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, en los procedimientos de autorización judicial de entrada en domicilio en un concreto ámbito: entrada en sede social de una empresa para el ejercicio por parte del personal de la CNMC, organismo regulador, de las potestades inspectoras en relación a la posible comisión de prácticas anticompetitivas.

El debate se centra en 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.

La CNMC alega 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).

Por Auto de 29 de marzo de 2017, la sección primera de la sala tercera del Tribunal Supremo acordó 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.»

3. Contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 31 de octubre de 2017 para resolver la cuestión jurídica parte de la jurisprudencia del TJUE que ha precisado los elementos necesarios de la Orden de Investigación, como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, 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), o la Sentencia del TJUE 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA).

La primera de ellas por ejemplo, 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).

Partiendo de las citadas sentencias, el Tribunal Supremo fija jurisprudencia en este sentido:

Del examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC



dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción.

Sobre las limitaciones en el tratamiento y suministro de la información obtenida con arreglo al artículo 65 LDC, se remite a su jurisprudencia (STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012).

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

Aun cuando es cierto que la información obtenida por la CNMC tiene un carácter reservado, ello no obsta, como dijo 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 -reitera 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.

Trasladando estas consideraciones al supuesto enjuiciado, la sentencia termina que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la CNMC.

4. Conclusiones

La sentencia del Tribunal Supremo que hemos analizado, es importante porque fija jurisprudencia sobre un tema, el de las Ordenes de Investigación para entrada en domicilio a raíz de una denuncia presentada en la CNMC, sobre el que ha existido mucha doctrina y sentencias variopintas, tanto de juzgado, Tribunales Superiores de Justicia y que ahora viene a aportar seguridad jurídica sobre los requisitos que tiene que contener, no pudiendo contener fórmulas genéricas o estereotipadas. Además debe considerar el tipo de procedimiento como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva. 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.

Debe recordarse que tal como señala la STC 139/2004, de 13 de septiembre, rec. 3371/2001, en su FJ 2º:



"...el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.a ; 50/1995, de 23 de febrero , FJ 5 ; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3 ; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo. Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7).

Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurran, pues, como se señala en la STC 69/1999, de 29 de abril, FJ 4, los requisitos de

detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes.

En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible".