

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SÉPTIMA
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 09/07/2012

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 2829/2011
DERECHOS FUNDAMENTALES

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 04/07/2012

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Fernando Canillas Carnicero

Escrito por: MTP

Nota:

Registro del domicilio social de CONSENUR.

Acuerdo para repartirse el mercado de los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios. Sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia.

No hay vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad.

RECURSO CASACION Num.: 2829/2011

Votación: 04/07/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Fernando Canillas Carnicero

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: SÉPTIMA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

**D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. José Díaz Delgado
D. Vicente Conde Martín de Hijas**

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 2829/2011, sobre derechos fundamentales, interpuesto por la mercantil CONSENUR, S.A., representada por el procurador don Arturo Molina Santiago, contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 1/2010, sobre resolución de 18 de enero

de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia, adoptada en el expediente sancionador 14/07.

Se han personado, como recurridos, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado, don JOSÉ LUIS ALARCÓN MORENTE, doña CRISTINA MORCILLO LUNA y la sociedad ANDALUZA DE TRATAMIENTOS DE LA HIGIENE, S.A. (ATHISA), representados por el procurador don Gustavo Gómez Molero, y la mercantil INTERLUN, S.L., representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez.

Ha comparecido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 1/2010, seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el 2 de marzo de 2011 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

*Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Consenur, S.A.** y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Arturo Molina Santiago, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 18 de enero de 2010**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla y la confirmamos**, sin expresa imposición de costas".*

SEGUNDO.- Contra dicha resolución preparó recurso de casación la compañía mercantil Consenur, S.A., que la Sala de la Audiencia Nacional tuvo por preparado por providencia de 12 de abril de 2011, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 30 de mayo de 2011, el procurador Sr. Molina Santiago, en representación de la recurrente, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, pidió a la Sala que

"(...) provea e impulse la tramitación del mismo hasta su terminación por sentencia que, estimando los motivos en los que se ampara, declare la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y resuelva dentro de los términos en los que apareciera planteado el debate; sea conforme a lo previsto en la letra c) del artículo 95.1, si estimare el primero de nuestros motivos de casación; sea conforme a lo previsto directamente en la letra d) del mismo artículo 95.1 si estimare cualquiera de los motivos que fundamentan el presente recurso; con imposición a la recurrida de las costas del proceso".

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas del reparto de asuntos, y, por

providencia de 30 de septiembre de 2011, se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el Fiscal en virtud de las consideraciones expuestas en su escrito de 8 de noviembre de 2011 ha manifestado que

"procede declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación (...), con imposición de costas al recurrente por imperativo de lo dispuesto en el artículo 139.2 LRJCA, y pérdida del depósito constituido".

Por su parte, el Abogado del Estado se ha opuesto al recurso mediante escrito registrado el 23 de noviembre de 2011 en el que ha suplicado a la Sala que

"teniendo por presentado este escrito con la copia se sirva admitirlo, teniendo por formulado escrito de oposición al recurso, debiendo ser rechazado el primer motivo e inadmitidos los motivos segundo a quinto, y subsidiariamente desestimados, confirmando la sentencia recurrida. Con condena en costas".

El procurador don Gustavo Gómez Molero, en representación de don José Luis Alarcón Morente, doña Cristina Morcillo Luna y de la mercantil ATHISA, también se ha opuesto al recurso solicitando a la Sala que

"(...) dicte en su día Sentencia en la que, desestimando el Recurso de Casación interpuesto de contrario, se confirme en todas sus partes la Sentencia recurrida, en especial se confirme la declaración de la sentencia recurrida en cuanto que declara ajustados a Derecho los pronunciamientos TERCERO Y CUARTO del fallo de la Resolución de la CNC de 28 de enero de 2010, todo ello con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente".

Y el procurador don Alberto Hidalgo Martínez, en representación de Interlun, S.L., en su escrito presentado el 7 de diciembre de 2011, ha dicho que

"a la vista del contenido del escrito de interposición de la recurrente, mi representada considera oportuno no realizar en este trámite alegación alguna respecto del mismo".

SEXTO.- Por providencia de 17 de abril de 2012 se señaló para la votación y fallo el día 4 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de 18 de enero de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia sancionó, por considerarles responsables de la

conducta prohibida por el artículo 1 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, a CONSENUR, S.A., CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A., INTERLUN, S.L. y SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS. Esa conducta consistía en establecer "un acuerdo para repartirse los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios". Las sanciones impuestas fueron de cuatro millones de euros a CONSENUR, dos millones de euros a CESPA, cuatrocientos cuarenta y cinco mil euros a INTERLUN y doscientos mil euros a SISTEMAS INTEGRALES. Esa resolución también sancionó a CESPA con seiscientos mil euros por la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 consistente en un pacto de no competencia para excluir del mercado a ANDALUZA DE TRATAMIENTOS DE LA HIGIENE, S.A. (ATHISA). La resolución, además, intimó a las empresas sancionadas para que en lo sucesivo se abstuviesen de cometer prácticas como las sancionadas y ordenó su publicación, a costa de ellas, en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general entre los de mayor difusión en el ámbito nacional.

Esa resolución fue dictada en el expediente sancionador 14/2007 en cuyo origen se halla la denuncia presentada el 11 de octubre de 2007 por ATHISA. Y en el curso de ese expediente se acordó, por Orden del Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de enero de 2008, realizar una investigación domiciliaria, conforme al artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en la sede social de CONSENUR, en Arganda del Rey. Para entrar en él se obtuvo autorización judicial, concedida por el auto nº 158/2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de los de Madrid. Esa entrada se llevó a cabo el 7 de febrero de 2007 y en su curso se intervino diversa documentación en papel y en CD y DVD.

CONSENUR interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción contra la resolución sancionadora. En particular, sostuvo que la Comisión Nacional de la Competencia le sancionó en virtud de los datos obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. Así, denunciaba que durante el registro del 7 de febrero de 2008 se copiaron en discos desprecintados y de forma indiscriminada, innecesaria y desproporcionada, documentos hallados en los buzones de correo electrónico de empleados de la empresa. De este modo, sostenía la demanda, se infringió el derecho a la intimidad pues se recogieron datos de naturaleza personal y familiar además de los comerciales y, también, la inviolabilidad del domicilio que protege a las personas jurídicas por haberse grabado datos no relacionados con el objeto de la investigación y el derecho al secreto de las comunicaciones, así como el secreto a las comunicaciones entre abogado y cliente. Alegaba, igualmente, la vulneración del derecho a las pruebas pertinentes por habersele denegado en el expediente la práctica de varias, consistentes en declaraciones de funcionarios que participaron en la inspección domiciliaria.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de CONSENUR.

En sus fundamentos recoge las razones dadas por la resolución sancionadora para rechazar las alegaciones de CONSENUR de que se habían infringido sus derechos fundamentales durante la investigación domiciliaria. En particular, sobre la supuesta infracción cometida al grabarse la totalidad de los buzones de correo sin utilizar criterios objetivos y proporcionados para identificar los mensajes relevantes para la investigación, sin solicitar el consentimiento de los empleados afectados ni realizar búsquedas selectivas, recuerda el amplio alcance que da a las inspecciones la Ley 15/2007, ya que, sin él, perderían toda su utilidad. "El objetivo de una inspección de competencia --decía-- es acceder a documentación que difícilmente será facilitada por la empresa de forma voluntaria, dada su condición de evidencia de una presunta infracción y su carácter secreto, que impide obtenerse por una vía distinta al ser documentación propia de la entidad".

Señalaba, después, que la búsqueda de información fue selectiva y se apoya en las declaraciones de CONSENUR admitiendo que se copió la información de los buzones de correo de sólo tres personas. Y que los criterios de búsqueda no podían ser conocidos con anterioridad por las empresas pues, de otro modo, se podría frustrar la inspección. A este respecto, se remite a la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009, dictada en el recurso 3/2008, según la cual esos criterios no pueden ser confidenciales para el interesado, y dice que la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia no es contraria a ello porque, si bien no puede ni debe comunicarlos con antelación para no frustrar los fines esenciales de la inspección, "es manifiesto que dichos criterios son conocidos por la compañía afectada y por sus directivos, empleados y representantes legales cuando la inspección se realiza, ya que en todo momento acompañan a los inspectores en su búsqueda", que es lo que sucedió en este caso. De todos modos, prosigue la resolución, la selección no puede restringirse en exceso ni los criterios ser muy restrictivos, porque privaría de eficacia a la actividad inspectora. Y, desde luego, no son las empresas inspeccionadas las llamadas a decidir cómo se selecciona la información ni, mucho menos, decidir sobre los criterios de búsqueda a utilizar. Por lo demás, observa la Comisión, que CONSENUR no acreditó qué documentos de los obtenidos no estaban relacionados con la inspección y qué perjuicio se le causó por su uso.

Sobre la existencia de medidas menos restrictivas de derechos fundamentales alegada por la recurrente, como la copia en discos precintados de los documentos en los que apareciesen determinadas palabras clave, para su posterior apertura ante los letrados de los titulares de los buzones copiados o ante una autoridad independiente, la Comisión señala que se optó por la solución menos agresiva pues no se precintaron locales, libros o documentos en interés de la empresa y se optó por copiar documentación seleccionada mediante criterios objetivos de búsqueda (artículos 40.2 y 40.2 c) de la Ley 15/2007) y únicamente se recabó documentación de determinados ordenadores seleccionados y no de todos, declarándose la confidencialidad de lo obtenido. Insiste la Comisión en que CONSENUR no identificó ningún documento sobre el que existiera conflicto o estuviera protegido por la

confidencialidad de la relación abogado-cliente o por el derecho a la intimidad ni tampoco indicó en qué vulneración se podía estar incurriendo.

La sentencia ahora recurrida manifiesta expresamente que comparte todas estas consideraciones anteriores.

A continuación, vuelve a referirse a la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso 3/2008) y de ella reproduce, en primer lugar, los razonamientos relativos a la incidencia de las facultades de inspección que la Ley 15/2007 atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. A tal efecto, la Sala de la Audiencia Nacional distinguía entre las facultades de los inspectores en un concreto registro y el ámbito material en el que esas facultades han de ejercerlas. Para ello se fijaba en las que prevé el artículo 40.2 de la Ley 15/2007. Son éstas:

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

a. acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,

b. verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,

c. hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,

d. retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b,

e. precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,

f. solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

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

Señalaba, después, aquella sentencia que el ámbito material en que han de ser ejercidas viene determinado por la conducta objeto de investigación y que, respecto de los hechos en que se concreta, se limita el derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución. Ya sobre si el registro se extendió mas allá de la conducta investigada y, por tanto, más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora, la Audiencia Nacional acudió entonces a la sentencia 41/1998 del Tribunal Constitucional. De ella recoge los fundamentos 33 y 34:

"Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación

por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (artículos 259 y 284 L.E.Crim.). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Sólo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.

34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio (SSTC 290/1994, fundamento jurídico 3º, y 126/1995, fundamentos jurídicos 3º y 4º).

También se servía aquella sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso 3/2008), a propósito del alcance del registro y de su conexión con la autorización, de la del Tribunal Constitucional 14/2001. Así, recogía de su fundamento jurídico octavo cuanto sigue:

"Hemos de ocuparnos ahora de la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión

judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, FJ 5, y 136/2000, FJ 4).

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4)".

Pues bien, de la primera sentencia la Audiencia Nacional extraía entonces estas conclusiones:

(1ª) Los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados.

(2ª) La incautación no debe hacerse en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita.

(3ª) La finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito o, en nuestro caso, infracción administrativa.

Y de la segunda sentencia del Tribunal Constitucional sacaba estas otras:

(1ª) La autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados.

(2ª) El registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos.

(3ª) La causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito, en nuestro caso, de la infracción administrativa.

A partir de los presupuestos anteriores, la Sala de la Audiencia Nacional establecía que los hechos investigados justificaron la autorización de la entrada y registro en domicilio, pues su gravedad hizo proporcionada esa medida y la incautación de elementos que pudieran servir como prueba. Y, ya viniendo al caso concreto de autos, dice la sentencia cuya casación se nos ha pedido que

"la actuación material administrativa en el registro, se ha ajustado al ámbito delimitado por el auto y orden de investigación, por lo que no puede apreciarse vulneración de tal derecho. Y ello es así, cuando ni en la demanda se concreta extralimitación alguna, pues no existió en el auto límite de documentos que podían ser objeto del registro, ni se nos especifica por la actora los que, siendo objeto del registro, no guardan relación con el objeto de la investigación".

En cuanto a la alegada vulneración del secreto de las comunicaciones la sentencia impugnada afirma que el examen del contenido de los ordenadores encontraba cobertura en el auto que autorizó el registro y que sólo fueron analizados los de tres personas --una de ellas el gestor-- y que el análisis se hizo en relación con el objeto de la investigación. Indica, asimismo que, si bien hubiera sido más adecuado que las copias se hicieran en soporte precintado, no se infringió el derecho fundamental del artículo 18.3 de la Constitución por no hacerlo. Y, sobre la utilización de términos concretos para la búsqueda, negada por CONSENUR, entiende la sentencia que carece de relevancia constitucional pues no se señaló que tal circunstancia llevara a la obtención de documentos ajenos al ámbito de la investigación.

Por último, sobre la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, vuelve la recurrida a la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso 3/2008) para reproducir lo siguiente:

"Aclarado lo anterior, hemos de entrar en el examen de las dos restantes vulneraciones de derechos fundamentales alegadas.

Respecto de la confidencialidad de las relaciones abogado cliente, no es un derecho fundamental sustantivo porque nada consagra la Constitución a este respecto, pero es un elemento integrante del derecho de defensa recogido en el artículo 24 del texto constitucional (...). Es por tanto necesario que se haya producido alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión. La actuación que examinamos no es constitutiva del uso de la información obtenida en el registro irregular, y por tanto, no pudo causar indefensión material en la forma definida por el TC. No apreciamos vulneración del derecho de defensa".

Advierte la Sala de la Audiencia Nacional que, si bien este razonamiento no es trasladable al presente caso, pues las pruebas obtenidas fueron valoradas en la resolución impugnada, sin embargo si lo es la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto AKZO (125/2003). En ella se analizaba una situación en la que el interesado había señalado los documentos concretos afectados por la relación confidencial abogado-cliente y el Tribunal de Luxemburgo, previa

comprobación de su contenido, entendió que debían ser protegidos. Ahora bien, en el caso de autos no existió tal identificación por parte de CONSENUR de manera que no era aplicable el criterio seguido en el asunto AKZO. Por el contrario, explica la sentencia ahora recurrida, de haberse puesto de manifiesto la confidencialidad de determinados documentos, se podría haber examinado si estaban afectados por ella y juzgar sobre la posible infracción por su aprehensión.

Sobre la necesidad de solicitar el previo consentimiento antes de acudir a la autorización judicial, señala que no es un requisito legalmente exigido, por lo que no existe vicio de legalidad en este punto y en cuanto al tiempo en que los documentos estuvieron en poder de la Administración, apunta la sentencia que la vulneración de los plazos previstos al efecto en la Ley 15/2007 no tiene relevancia constitucional, sin perjuicio de que pudiese suponer una infracción de legalidad ordinaria.

TERCERO.- CONSENUR ha interpuesto cuatro motivos de casación contra esta sentencia. El primero lo sustenta en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción. Los otros tres en el apartado d). Cada uno de ellos consiste en lo que, en síntesis, recogemos, a continuación.

(1º) La sentencia habría incumplido los requisitos de exhaustividad y congruencia que deben observar las resoluciones judiciales, así como las exigencias de motivación, infringiendo los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución. Esos defectos los afirma CONSENUR porque la fundamentación real y efectiva de la sentencia sobre la alegada infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se reduce a la manifestación de conformidad con los criterios recogidos en la resolución recurrida y a las consideraciones que reúne en un párrafo y diez líneas con lo que, en realidad, prescinde de la argumentación de la demanda. Por otra parte, destaca que la sentencia de 30 de septiembre de 2009, que reproduce la impugnada, contemplaba un supuesto de extralimitación sobre los términos de la autorización judicial para la entrada que aquí no se plantea, como tampoco viene al caso la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 14/2001 que se refiere a ese problema. En cambio, prosigue el motivo, lo que se denunció en la instancia fue la manera en que la Administración puso en práctica y materializó las operaciones de obtención de información. Sobre esto, subraya, nada dice la sentencia.

Critica, por lo demás, CONSENUR que se niegue relevancia constitucional a la aducida falta de criterios selectivos de búsqueda por no haberse puesto de manifiesto que llevaran a obtener documentos ajenos al ámbito de la investigación, pues eso supone aceptar el hecho posible de la transgresión y legitimar *ex post* una medida sólo por la falta de resultados. Prosigue indicando que la sentencia despacha en apenas tres líneas la cuestión relativa al secreto de las comunicaciones y sobre la confidencialidad de la relación abogado-cliente dice que se limita a reproducir un fragmento de la sentencia de 30 de septiembre de 2009 pese a reconocer que el razonamiento no es trasladable a este caso. Y aunque le parece adecuado

seguir la doctrina del caso AZKO niega que se den las condiciones para aplicarla.

De todo ello, concluye CONSENUR que el caso no ha sido realmente revisado por la sentencia.

(2º) Vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por no observarse en el registro las garantías esenciales de proporcionalidad. Dicho exceso lo sitúa el motivo en la omisión absoluta de todo criterio selectivo: ni se estableció ninguno ni se le comunicó a las personas afectadas. Rechaza, por lo demás, que pueda convalidarse esa infracción con el argumento de que no se denunciara la obtención de documentos ajenos a la investigación. Y dice que, dada la amplitud y extensión ilimitadas de la búsqueda, la Administración se hizo con infinidad de comunicaciones cuyo contenido dispar pudo ser descontextualizado para armar artificiosamente la apariencia de pactos colusorios. A diferencia de lo sucedido con otra de las empresas sancionadas, dice CONSENUR que en su caso ni siquiera consta la utilización de un solo término de búsqueda. Así, pues, la copia indiscriminada de documentación hace antijurídica la actuación investigadora.

(3º) Infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución en relación con el artículo 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por no haber sido realizada actividad probatoria suficiente para entenderla legítimamente desvirtuada. En este caso, nos dice el motivo, se ha pretendido suplir la carencia de prueba útil mediante el desplazamiento de su carga a los interesados. Desarrolla el argumento señalando que las únicas pruebas directas son los acuerdos de constitución de uniones temporales de empresas y que de ellos nada permite deducir prácticas restrictivas de la competencia. En realidad, todas las que fundamentan los cargos son indirectas, mejor dicho indicios a partir de los cuales la Comisión Nacional de la Competencia forma su convicción. Esos indicios, no obstante, nos dice CONSENUR, no permiten inferir la realización de la conducta prohibida. Las presunciones de la Administración las considera irracionales y manifiestamente arbitrarias pues la existencia de entendimiento empresarial no equivale a concierto restrictivo de la competencia.

Pone de manifiesto, también, este motivo en relación con la insuficiencia de la actividad probatoria que, investigándose un pacto colusorio global y no siendo indiferente la diferenciación entre la gestión de servicios para clientes privados y para clientes públicos, la resolución recurrida solamente dedicara una página a la dimensión del mercado. Y es que el peso relativo en el conjunto de la facturación de cada empresa de los clientes privados no era en absoluto desdeñable. De ahí deduce CONSENUR que, habiéndose investigado la totalidad de su actividad, como solamente se le ha sancionado por la de gestión de clientes públicos, ha de concluirse que, respecto de los privados, no ha colusionado. Dice CONSENUR que aun pudiendo ser indiferente para la Comisión Nacional de la Competencia dejar

abierta y sin resolver esta cuestión, para ella no lo es que pueda afirmarse, de un lado, que se concertó con terceros para la gestión de los clientes públicos y, de otro, que no lo hizo para la gestión de los clientes privados. Aquí vuelve a la disconformidad de la resolución sancionadora con el ordenamiento jurídico y a las insuficiencias de la sentencia recurrida denunciadas en el primer motivo de casación.

(4º) Infracción de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones reconocidos por el artículo 18.1 y 3 de la Constitución y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Este motivo, numerado como quinto en el escrito de interposición, refiere esas vulneraciones al acceso por los inspectores a los buzones de correo electrónico de los empleados de CONSENUR y destaca que la Comisión Nacional de la Competencia era plenamente consciente de que, al copiarlos en bloque, estaba copiando elementos personales de los empleados e información relacionada con la actividad de la empresa. Esa copia en bloque no fue, afirma, una injerencia idónea, necesaria y proporcional desde el punto de vista constitucional en los derechos fundamentales invocados.

CUARTO.- El Abogado del Estado se ha opuesto a estos motivos.

(1º) La sentencia no la considera incongruente pues en su fundamento tercero trata las cuestiones relativas a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones rechazando que hubieran sido infringidos. Y de los demás derechos se ocupa su fundamento cuarto no advirtiendo vulneración de los mismos.

(2º y 4º) Nos pide el Abogado del Estado que los inadmitamos por su falta de fundamento conforme al artículo 93.2 d) de la Ley de la Jurisdicción ya que en ellos CONSENUR se limita a criticar la resolución administrativa en vez de a la sentencia.

(3º) Lo considera igualmente inadmisibile el Abogado del Estado por versar sobre una cuestión nueva no alegada en la instancia.

QUINTO.- También se han opuesto don José Luis Alarcón Morente y doña Cristina Morcillo Luna y ATHISA. Nos dicen en su escrito que no van a entrar en el detalle ni argumentar sobre los motivos de casación. Respecto de ellos se adhieren a lo que manifiesta la Administración del Estado. Les interesa, en cambio, para el supuesto de que prosperara el recurso de casación y apreciáramos la vulneración de derechos fundamentales en la tramitación del expediente, advertir que ello no podría llevar consigo la declaración de nulidad de la resolución impugnada. Se refieren a que en ella la Comisión Nacional de la Competencia apreció dos actuaciones anticompetitivas diferentes: la de CONSENUR, CESPA, SIS e INTERLUM, por una parte, y la consistente en el pacto de no competencia impuesto por CESPA a ATHISA.

Pues bien, nos llaman la atención sobre la circunstancia de que CONSENUR en su demanda y en este recurso de casación se limita a

consideraciones sobre la prueba de la primera conducta prohibida, la consistente en el reparto del mercado. Y, en cambio, dicen, para la recurrente la prueba respecto del pacto de no competencia no adolece de ningún defecto. Ningún material obtenido en el registro de la sede de CONSENUR, prosigue el escrito de oposición, se utilizó para la imputación del pacto de no competencia. Al contrario, fueron documentos aportados en su momento por el Sr. Alarcón Morcillo y por ATHISA los que sirvieron para fundamentarla. De ahí que, mantenga que "aún en el supuesto muy poco probable de que la Sala estimara el recurso de casación (...) ello no afectaría en modo alguno a validez de las pruebas de cargo que han sido tenidas en cuenta (...) para adoptar los pronunciamientos (...) sobre el pacto de no competencia".

SEXTO.- El Ministerio Fiscal propugna la desestimación del recurso de casación.

(1º) La lectura de la sentencia, nos dice, permite discernir en su fundamentación el análisis de los argumentos sustanciales que le llevan a rechazar las pretensiones relacionadas con la vulneración de los derechos fundamentales que formula CONSENUR. Y de la lectura del escrito de interposición se desprende que los argumentos a los que, según la recurrente no se dio suficiente respuesta, son alegaciones que tienen por objeto dar mayor consistencia suasoria a las vulneraciones de derechos fundamentales que invoca como pretensiones principales y carecen de autonomía propia. Por tanto, para el Ministerio Fiscal el deber de motivación quedó satisfecho.

(2º, 3º y 4º) La lectura de la sentencia permite destacar que (a) la gravedad de los hechos investigados hizo necesaria la medida de registro domiciliario como medio proporcionado para hallar datos que acreditasen la conducta prohibida; (b) la actuación administrativa se ajustó al ámbito delimitado por el auto que autorizó la entrada y registro en el domicilio social de CONSENUR y al ámbito delimitado por la Orden de Investigación; (c) el examen del contenido de los ordenadores y la obtención de copias tenía la cobertura de ese auto judicial y fueron analizados los ordenadores de un muy escaso número de empleados; (d) los documentos en que pudiera estar afectada la relación abogado-cliente no han sido concretados ni siquiera en este proceso.

SÉPTIMO.- La sentencia no es incongruente ni carece de la imprescindible motivación.

Ciertamente, da respuesta a las pretensiones de las partes y a las razones principales que las apoyan. Así, explica por qué no considera infringidos los derechos fundamentales invocados por la recurrente. Es verdad que, para ello, se sirve de la reproducción de parte de la resolución impugnada y de otra sentencia de la misma Sala de instancia que, si bien no versaba sobre un supuesto idéntico al de autos, sí se ocupaba de las condiciones en que procede la entrada en el domicilio social de una empresa para llevar a cabo una inspección en el seno de un procedimiento sancionador de los previstos en la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia. La sentencia, por lo demás, no se limita a esas reproducciones, también expresa

la conformidad de la Sala de instancia con los argumentos con los que la Comisión Nacional de la Competencia rechaza que supusiera vulneración de derechos fundamentales la manera en que la inspección se llevó a cabo: se siguieron criterios definidos y se recogió --copió-- documentación en cantidad no desproporcionada, respecto de lo cual la resolución administrativa destacaba que solamente fueran los ordenadores de tres empleados los analizados.

La Comisión Nacional de la Competencia invocaba también la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso 3/2008) y, como se ha visto y dicho, a ella se remite, igualmente, la que es objeto de este recurso, para determinar las condiciones y el alcance de la investigación domiciliaria prevista en el artículo 40.2 de la Ley 15/2007 y de todo ello extrae las conclusiones aplicables a este caso en los cuatro últimos párrafos del fundamento tercero. En fin, después, rechaza que se hubiera afectado al secreto de la relación abogado-cliente, sobre el que dice que la sentencia del asunto AZKO suministra las claves para resolver los conflictos que puedan producirse en el marco de actuaciones inspectoras como la llevada a cabo aquí. Descarta, en fin, que se infringieran los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones porque la Administración actuó en virtud de autorización judicial y dentro de los límites definidos por ella y por la Orden del Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia.

No hay duda de que siempre se puede y debe mejorar la motivación de una sentencia y de que la transcripción de parte o de todo el texto de resoluciones administrativas o judiciales, especialmente cuando se hace en bloques sin acompañarla de indicaciones u orientaciones explicativas de por qué o para qué se copian, no siempre es el mejor modo de lograrlo, pues puede inducir a confusión sobre cuál es la posición que realmente se asume y a veces hace difícil distinguir hasta dónde llega la copia y donde empieza el juicio de la Sala, sobre todo cuando las reproducidas, a su vez, reproducen otras precedentes. Eso sin contar con que los textos copiados pueden referirse a hechos diferentes a los que se consideran en los autos.

Ahora bien, ese riesgo de confusión no se ha materializado en esta ocasión, entre otras razones porque la transcripción se ha hecho con criterio y orden de manera que los distintos fragmentos recogidos por la Sala de instancia se integran en un relato coherente que aporta las consideraciones necesarias para enlazar las ideas relevantes de tales reproducciones con las que le sirven para decidir el pleito. Por tanto, este motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- No nos parecen inadmisibles los motivos segundo y cuarto. Aunque sea cierto que CONSENUR pone el acento en la, a su parecer, vulneración por la resolución recurrida de los derechos fundamentales invocados, lo es igualmente que tal proceder se enmarca en una crítica de forma y fondo a la sentencia de la Audiencia Nacional que es suficiente para tener por cumplidas las exigencias propias de un recurso de casación.

Tampoco es una cuestión nueva la suscitada por el tercer motivo. Con independencia de que, si se afirma que las pruebas en virtud de las cuales se ha dictado una resolución sancionadora se obtuvieron en vulneración de derechos fundamentales, ya se está planteando la ausencia de elementos que desvirtúen la presunción de inocencia, lo cierto es que la demanda sí adujo expresamente su infracción.

Por tanto, debemos entrar en el examen de los tres motivos de fondo.

NOVENO.- Para CONSENUR la sentencia ha infringido el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque no se observaron en el registro las garantías esenciales de proporcionalidad a causa de la omisión absoluta de todo criterio selectivo. Como quiera que la Sala de instancia no apreciara la existencia de tal exceso, la recurrente sostiene que ha vulnerado el artículo 18.2 de la Constitución.

Según hemos visto, la sentencia descarta que hubiera desproporción en la búsqueda y en la obtención de información durante el registro. Para ello hace suya la argumentación de la resolución recurrida y se apoya, al igual que la Comisión Nacional de la Competencia, en que los ordenadores examinados fueron solamente tres. Parece difícil, en efecto, sostener la tesis del carácter indiscriminado de la búsqueda y de la ausencia de criterios de selección si, al final, la cuestión se reduce al rastreo y copia de archivos de únicamente tres ordenadores. Si, además, no se ha puesto de manifiesto que la Administración se apartara de la autorización judicial o de la Orden de Inspección ni se ha indicado qué concreto documento copiado durante el registro fuera ajeno al ámbito de la investigación, habrá que concluir que no hubo exceso.

Es importante señalar que estas últimas consideraciones, ni en la instancia ni ahora deben entenderse en el sentido de que se exige que sea el interesado el que demuestre la legalidad de su conducta. No se trata desde luego de desplazar la carga de la prueba sino de tener presente un elemento adicional que confirma, no sustituye, al principal: no se siguieron criterios indiscriminados tal como se desprende del ámbito limitado en que se concretó el registro. A este respecto, conviene, además, recordar lo que hemos dicho en nuestra sentencia de 27 de abril de 2012 (casación 6552/2009) que anuló, precisamente, la de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 (recurso 3/2008), de reiterada mención.

Así, a propósito de la finalidad y la extensión de las potestades reconocidas a los entes públicos encargados de controlar la observancia de las normas de competencia, destacaba la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989 [DOW CHEMICAL IBÉRICA, asuntos acumulados 97 a 99/87], condensada en los apartados 22 y siguientes de su motivación en los siguientes términos:

"22. Como este Tribunal de Justicia señaló en la citada sentencia de 26 de junio de 1980 (National Panasonic, apartado 20), de los considerandos séptimo y octavo del Reglamento nº 17 se desprende que las facultades otorgadas a la Comisión por el artículo 14 de dicho Reglamento tienen como fin permitir que ésta cumpla la función, que le confía el Tratado CEE, de velar por el respeto de las

normas de competencia en el mercado común. Estas normas tratan de evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas singulares y de los consumidores, según se desprende del párrafo 4 del Preámbulo del Tratado, de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85 y 86. El ejercicio de las facultades conferidas a la Comisión por el Reglamento nº 17 contribuye así al mantenimiento del régimen de competencia querido por el Tratado, cuyo respeto se exige imperativamente de las empresas. El octavo considerando antes citado precisa que, a tales fines, la Comisión debe disponer, en todo el ámbito del mercado común, de la potestad de exigir las informaciones y de proceder a las verificaciones "que sean necesarias" para descubrir las infracciones de los artículos 85 y 86 antes aludidos.

23. Tanto la finalidad del Reglamento nº 17 como la enumeración por su artículo 14 de las facultades de que están investidos los Agentes de la Comisión ponen de manifiesto que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas de competencia en los lugares donde normalmente se hallan; es decir, en los locales empresariales.

24. Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas.

25. Si bien es cierto que el artículo 14 del Reglamento nº 17 confiere de este modo a la Comisión amplias facultades de investigación, el ejercicio de estas facultades está sometido a condiciones apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas afectadas.

26. A este respecto debe señalarse, ante todo, la obligación impuesta a la Comisión de indicar el objeto y la finalidad de la verificación. Esta obligación constituye una exigencia fundamental, no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que pretende realizarse en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa.

27. Hay que observar, a continuación, que las condiciones de ejercicio de las facultades de verificación de la Comisión varían en función del procedimiento elegido por la Comisión, de la actitud de las empresas afectadas, así como de la intervención de las autoridades nacionales.

28. El artículo 14 del Reglamento nº 17 contempla, en primer lugar, las verificaciones efectuadas con la colaboración de las empresas afectadas, sea de manera voluntaria, en el supuesto de un mandato escrito de verificación, sea en virtud de una obligación derivada de una decisión de verificación. En este último supuesto, que es el del presente asunto, los agentes de la Comisión tienen, entre otras, la facultad de requerir la presentación de los documentos que ellos indiquen, de entrar en los locales que designen y de requerir la exhibición del contenido de los muebles que señalen. Por el contrario, no pueden forzar el acceso a locales ni a muebles, ni compeler al personal de la empresa a facilitarles dicho acceso, ni tampoco emprender registros sin la autorización de los responsables de la empresa,

autorización que, en su caso, puede ser dada implícitamente, en especial prestando asistencia a los Agentes de la Comisión.

29. *La situación es totalmente distinta cuando la Comisión tropieza con la oposición de las empresas afectadas. En este supuesto, los Agentes de la Comisión pueden, basándose en el apartado 6 del artículo 14, buscar, sin la colaboración de las empresas, todos los elementos de información necesarios para la verificación, con el concurso de las autoridades nacionales, que están obligadas a prestarles la asistencia necesaria para el cumplimiento de su tarea. Si bien esta asistencia sólo es exigible en el supuesto de que la empresa manifieste su oposición, hay que añadir que la asistencia puede ser solicitada igualmente con carácter preventivo, a fin de vencer, en su caso, la oposición de la empresa.*

30. *Del apartado 6 del artículo 14 se desprende que corresponde a cada Estado miembro regular las formas en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los Agentes de la Comisión. A este respecto, los Estados miembros están obligados a asegurar la eficacia de la acción de la Comisión, respetando al mismo tiempo los principios generales antes enunciados. De ello se sigue que, dentro de estos límites, es el Derecho nacional el que determina las modalidades de procedimiento apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas".*

También recogíamos en esta sentencia estos otros criterios de la jurisprudencia europea sobre la materia. Así, en relación con el deber de secreto profesional de los funcionarios y agentes que practican la investigación, como garantía de que la documentación intervenida será debidamente utilizada y no divulgada, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999 [asuntos acumulados asuntos acumulados T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94], en sus apartados 424 a 427, dice:

"Sobre la segunda parte del motivo, relativa a la ejecución de los actos de inspección.

424. *A este respecto, las demandantes alegan un único argumento, basado en la abundancia de los documentos que la Comisión fotocopió y se llevó, violando así el secreto de las empresas.*

425. *Pues bien, el supuesto carácter excesivo del volumen de los documentos cuya copia se llevó la Comisión, que, por otra parte, las demandantes no precisan de ninguna otra manera, no puede constituir, por sí solo, un vicio que afecte al desarrollo de un procedimiento de inspección, cuando, además, la Comisión lleva a cabo una investigación sobre un supuesto cártel entre todos los fabricantes europeos de un sector determinado. Por lo demás, con arreglo al apartado 2 del artículo 20 del Reglamento n. 17, los funcionarios y otros agentes de la Comisión están obligados a no divulgar las informaciones que hayan recogido de conformidad con dicho Reglamento y que, por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional.*

426. *Por consiguiente, no ha quedado probada la irregularidad de las visitas de inspección efectuadas por la Comisión.*

427. *Habida cuenta de estos elementos, el presente motivo debe ser desestimado en su totalidad".*

En cuanto a la forma de hacer valer la protección que el ordenamiento jurídico reconoce a la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y sus clientes frente a las facultades de inspección en materia de competencia, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 [AM& EUROPE LIMITED, asunto 155/79], en los apartados 29 a 31 de sus fundamentos, se expresó así:

"c) Sobre los procedimientos relativos a la aplicación de la protección de la confidencialidad

29. Cuando una empresa sometida a inspección conforme al artículo 14 del Reglamento n° 17 invoca la protección de la confidencialidad para negarse a presentar, entre los documentos profesionales exigidos por la Comisión, la correspondencia mantenida con su Abogado, le corresponde, en todo caso, facilitar a los agentes de la Comisión los elementos de prueba que permitan determinar si dicha correspondencia reúne los requisitos que justifican su protección legal en el sentido antes indicado, sin por ello tener que desvelar el contenido de aquélla.

30. Si la Comisión estima que no se ha aportado tal prueba, la apreciación de estos requisitos no puede atribuirse a un arbitro o a una autoridad nacional. Tratándose de una apreciación y de una decisión que afecta a las condiciones de actuación de la Comisión en un ámbito tan esencial para el funcionamiento del mercado común como el del respeto de las normas sobre competencia, la resolución de las discrepancias relativas a la aplicación de la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre los Abogados y sus clientes sólo puede alcanzarse a nivel comunitario.

31. En tal caso, corresponde a la Comisión ordenar, al amparo del apartado 3 del artículo 14 del Reglamento n° 17, la presentación de la correspondencia discutida y, en su caso, imponer a la empresa una multa, conforme a lo dispuesto en el mismo Reglamento, para sancionar la negativa de la empresa a aportar los elementos de prueba adicionales que la Comisión estime necesarios o a presentar tal correspondencia que, en opinión de la Comisión, no tenga un carácter confidencial legalmente protegido.

32. El hecho de que, en virtud del artículo 185 del Tratado CEE, el recurso interpuesto por la empresa contra este tipo de Decisiones no tenga efecto suspensivo permite responder a la preocupación manifestada por la Comisión por las consecuencias que la duración del procedimiento ante el Tribunal de Justicia puede tener para la eficacia del control que la Comisión debe ejercer sobre el respeto de las normas sobre competencia del Tratado, mientras que, por otra parte, los intereses de dicha empresa quedan salvaguardados por la facultad prevista en los artículos 185 y 186, así como en el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, de ordenar la suspensión de la ejecución de la Decisión adoptada, o cualquier otra medida provisional".

Sobre estas premisas, importa señalar que en esa sentencia de 27 de abril de 2012 (casación 6552/2009) hemos dicho a propósito de la relación abogado-cliente en el marco de actuaciones inspectoras como la de autos lo siguiente:

"Lo que acaba de exponerse impide compartir el incumplimiento de la protección de la confidencialidad que corresponde a las comunicaciones abogado-cliente señalada en el segundo motivo de casación y, consiguientemente, la vulneración del derecho de defensa (artículo 24 CE) que sobre dicha base en ese motivo se denuncia.

Así ha de ser porque en el curso de esa actuación inspectora realizada en la sede de Madrid de STANPA, en presencia y con el asentimiento de su Responsable de Asesoría Legal, no se invocó, respecto de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados, no se invocó (se repite) específicamente la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente que ampara el derecho de defensa y no se citó el artículo 24 CE a esos específicos efectos. Y, por último, tampoco se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitían reconocer en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa. Por lo cual, STANPA no cumplió con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando.

Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia.

Como igualmente debe señalarse que el desarrollo argumental del segundo motivo de casación realiza extensas exposiciones sobre las razones por las que la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente forma parte del derecho de defensa y sobre sus apoyos normativos y jurisprudenciales, pero no hace referencia a que esa protección fuera reclamada bien en el acto de la inspección, bien posteriormente, respecto de concretas comunicaciones abogado-cliente".

Pues bien, las pautas observadas por la sentencia de la Audiencia Nacional objeto de este recurso de casación se ajustan a las expresadas por la jurisprudencia europea y a las que hemos seguido en la sentencia citada y confirman la procedencia de desestimar este motivo.

DÉCIMO.- Sostiene CONSENUR que no ha habido prueba idónea que desvirtuara la presunción de inocencia que le garantiza el artículo 24.2 de la Constitución porque, a partir de frases o palabras descontextualizadas, extraídas de una infinidad de correos electrónicos copiados indiscriminadamente que en manera alguna revelan conductas colusorias, la Comisión Nacional de la Competencia ha armado o construido, sin observar las reglas de la lógica, un relato carente de sustento real.

La lectura de los documentos en los que se apoya la resolución recurrida conduce a una conclusión diferente a la que defiende CONSENUR. No sólo permiten acreditar entendimientos y acuerdos empresariales sino también, contrastados con otros hechos que constan en el expediente, corroborar la existencia de estrategias dirigidas al reparto de los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios, mercado en el que

cada una de las empresas imputadas tiene el negocio concentrado en las mismas Comunidades Autónomas sin grandes variaciones de año a año. La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia lo explica con claridad, especialmente en las páginas 76 y siguientes, respondiendo, precisamente a las alegaciones de las interesadas que negaban toda práctica restrictiva.

Por lo que hace a la supuesta contradicción que apunta CONSENUR entre la regularidad de su actuación respecto de los clientes privados y la sanción que se le ha impuesto por la relativa a los clientes públicos, cuando la colusión, de existir sería global, hemos de decir que no se da. Sencillamente, la Comisión Nacional de la Competencia ha sancionado la realización de una conducta prohibida porque en el procedimiento correspondiente se han probado los hechos que la integran. Nada más. Y es perfectamente posible que se lleve a cabo un acuerdo de reparto del mercado público y no del privado. No hay, pues, contradicción ni razón para cuestionar la sentencia --y la actuación administrativa-- por esta causa.

UNDÉCIMO- El derecho a la intimidad personal y familiar no ha sido infringido. El primer aspecto del cuarto motivo ha de ser desestimado en consecuencia.

CONSENUR, como sociedad, no tiene derecho a la intimidad personal y familiar. A este respecto, nos remitimos a nuestra sentencia de 27 de diciembre de 2010 (casación 1783/2009). Sí son titulares de ese derecho fundamental sus empleados pero no consta que hayan reaccionado por considerarlo lesionado. Tampoco se ha puesto de manifiesto que la Comisión Nacional de la Competencia se haya hecho con información personal de ellos.

Si ciertamente, no cabe hablar del derecho a la intimidad personal y familiar de una sociedad anónima eso no quiere decir que no tenga derecho a la reserva sobre determinados ámbitos de su actividad y de sus medios y recursos. Pero esa protección no descansa en el derecho a la intimidad sino en otros títulos jurídicos como los que ofrecen los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, ajenos a este procedimiento especial.

DUODÉCIMO.- Tampoco hay vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones porque la interceptación de las mismas se produjo mediando autorización judicial y, como venimos diciendo, no se ha acreditado ningún exceso sobre la misma ni sobre los márgenes que le imponía la Orden de Inspección. Y, en la medida en que se reclama el derecho a ese secreto por parte de los empleados, sucede que no son ellos quienes recurren. En este punto, también procede traer a colación nuestra sentencia de 27 de diciembre de 2010 (casación 1783/2009) y recordar lo que hemos dicho sobre la proporcionalidad de la búsqueda efectuada. Así, pues, este segundo aspecto del cuarto motivo ha de desestimarse igualmente y con él, el recurso de casación.

DECIMOTERCERO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala,

haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima y única para todas las partes recurridas a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 5.000 €, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes. Para la fijación de la expresada cantidad, que solamente se refiere a las que han presentado escrito de oposición, se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº 2829/2011, interpuesto por CONSENUR, S.A. contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2011, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 1/2010, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.