



Roj: **STS 2762/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2762**

Id Cendoj: **28079130032023100104**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/06/2023**

Nº de Recurso: **650/2022**

Nº de Resolución: **812/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 15449/2021,**
ATS 8882/2022,
STS 2762/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 812/2023

Fecha de sentencia: 19/06/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **650/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

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

Transcrito por:

Nota: dvs

R. CASACION núm.: **650/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 812/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas



D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 19 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 650/2023 interpuesto por la entidad COMERCIAL HERNANDO MORENO, S.L., representada por la Procuradora Dª María Aránzazu Hernando Moreno, contra la sentencia nº 1033, de 19 de noviembre de 2021, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación (apelación nº 1031/2021) interpuesto por la citada entidad mercantil contra auto de 4 de junio de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid que acuerda la autorización de entrada en el domicilio de la recurrente (autorización de entrada en domicilio nº 254/2021). Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid dictó auto con fecha 4 de junio de 2021 (autorización de entrada en domicilio nº 254/2021) en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Autorizar la entrada e inspección para el día 9 de junio de 2021, pudiendo continuar ésta hasta el 11 de junio de 2021, en la sede de Comercial Hernando Moreno, S.L.U. (COHEMO), situada en C/Camino de las Pajarillas, 8, Polígono de las Pajarillas, Móstoles 28935 (Madrid) así como la realización por parte de los funcionarios autorizados por la orden de designación de la CNMC, Orden de inspección de 2 de junio de 2021, expediente de referencia S/0008/21, reseñados en el RJ. Tercero de esta resolución, de las facultades de investigación señaladas en la misma; expidiéndose al efecto testimonio de esta resolución, la cual servirá de mandamiento en forma, encomendándoseles la notificación de la presente resolución a Comercial Hernando Moreno, S.L.U. (COHEMO), situada en C/Camino de las Pajarillas, 8, Polígono de las Pajarillas, Móstoles 28935 (Madrid) en el momento de hacer efectiva la entrada haciéndole saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante escrito razonado que se presentará ante este Juzgado en el plazo de quince días y en el que se expondrán las alegaciones en que se funde.

Se indica igualmente que dicha entrada deberá verificarse en horas diurnas y que en la misma deberán evitarse actuaciones ajenas a su objeto, así como salvaguardar el derecho a la confidencialidad de documentos y ficheros que se vean afectados.

Y deberá darse cuenta a este Juzgado en el plazo de dos meses del resultado de la actuación administrativa para cuya entrada se ha autorizado.

Se autoriza asimismo la presencia de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de los que, en su caso, se recabe auxilio a tal objeto, en un número máximo de 10, así como autorización para que entren en el citado domicilio para proceder a la efectividad de la resolución indicada".

El auto del Juzgado especifica (hecho segundo) que

<< (...) el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la empresa Comercial Hernando Moreno, S.L.U. (COHEMO), junto con otras empresas competidoras en el sector del suministro, mantenimiento y modernización de material militar, en especial, de vehículos militares, respecto del reparto de licitaciones convocadas en España por el Ministerio de Defensa, al menos, desde 2012 hasta la actualidad, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), dada su posible afectación del comercio intracomunitario. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos y/o prácticas concertadas se han llevado a la práctica".

En su fundamentación jurídica el auto del Juzgado invoca la STS nº 1658/2017, de 31 de octubre, referida al grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio, así como en relación con el alcance y la extensión del control judicial respecto de tales peticiones de autorización, y la justificación de las autorizaciones concedidas inaudita parte. Y considera que la solicitud resulta adecuada y necesaria dado que no existe otra forma menos gravosa para preservar la intimidad y secretos de la mercantil inspeccionada que la entrada en su domicilio pues de otra forma no es posible acceder a la documentación acreditativa de tales prácticas puesto que, en principio, no puede hallarse en otro lugar



que no sea en su domicilio o dependencias, siendo forzoso entrar en ellos si se quiere tener acceso a tal documentación e investigar las conductas prohibidas. Y, ponderando el interés privado de la recurrente en mantener la intimidad o secreto de su documentación y el interés público de garantizar el desarrollo de la libre competencia, la resolución del Juzgado concluye que ha de prevalecer forzosamente éste último si se quiere hacer efectivo el principio de libre competencia consustancial para la realidad de una economía de mercado y de libertad de empresa.

Por otra parte, el auto señala que, no obstante el carácter reservado de la fase en que se encuentra el procedimiento, la CNMC ha aportado, a través de los documentos 2 y 3, indicios suficientes que muestran los "motivos de la sospecha" en la Orden de Investigación presentada, citando datos concretos, elementos e indicios materiales que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida con descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, por lo que considera proporcionada la autorización solicitada.

SEGUNDO.- La representación de Comercial Hernando Moreno, S.L.U. (COHEMO) interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue desestimado la sentencia nº 1033, de 19 de noviembre de 2021, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación (apelación nº 1031/2021), ahora recurrida en casación.

En lo que ahora interesa, la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala en su F.J. 4º lo siguiente:

"(...) En el Auto que se impugna se detalla suficientemente la necesidad de autorización judicial, su fundamento constitucional y la Jurisprudencia de desarrollo. Y se centra en el alcance de la autorización, explicando claramente los presupuestos o requisitos para el otorgamiento de la medida. Y así, se detalla la necesidad de individualizar al sujeto pasivo, la existencia de título ejecutivo dictado en el procedimiento administrativo y la explicación o justificación de la necesidad y proporcionalidad de la petición y de la orden de investigación de 2 de junio de 2021. Asimismo, debe constar la apariencia de legalidad de la actuación administrativa y la competencia del órgano, y la necesidad y proporcionalidad de la medida".

Añade la sentencia (F.J. 4º) que la resolución del Juzgado

"[...] resuelve conforme a Derecho, a la vista de la motivación de la senda solicitud, y de la Orden de Investigación subyacente de 2 de junio de 2021 S/0008/21 de la Directora de Competencia de la CNMC, que, por tener por objeto un quebranto de la inviolabilidad del domicilio social, ha de estar especial, individualizada y debidamente motivada, como se ha hecho, no bastando motivaciones genéricas, así como teniendo en cuenta la demás documental incorporada al proceso de instancia, de documento confidencial de la CNMC pero que sí concurre".

Más adelante, en el F.J. 8º, la sentencia señala:

<< (...) El auto de autorización de entrada no ha incurrido pues en ninguna de las extralimitaciones señaladas por la apelante, pues no ha habilitado a la CMNC para una inspección de la apelante que no sea la acordada por ese organismo mediante la Orden de investigación de 2 de junio de 2021 S/0008/21 de la Directora de Competencia de la CNMC -, en ejercicio de las competencias que le ha atribuido la Ley 3/ 2013 de 4 de junio de creación de la CNMC, sino que ha autorizado la entrada en los locales de la actora a los fines de inspección ("in situ") interesados en la Orden de investigación como Anexo I .

En cuanto a la falta de motivación suficiente que alegaba la recurrente, el F.J. 4º de la sentencia señala que

<< (...) los indicios que motivaron la autorización recurrida fueron obtenidos por información relacionada con estas posibles prácticas en la licitación donde se obtuvo ulterior documentación de entidad cuantitativa y cualitativa suficiente -que el juzgador de instancia menciona- como para sustentar la resolución hoy discutida, dictada ponderando debidamente la apariencia de legitimidad, los derechos en conflicto y la necesidad de omitir audiencia alguna a la empresa investigada, a efectos de asegurar el fin de la inspección evitando destrucciones y ocultaciones. La motivación del Auto se complementa suficientemente con la solicitud del Abogado del Estado y con la documentación adjunta que aportaba suficiente información.

Y también en relación con la motivación del auto del Juzgado, el F.J. 7º de la sentencia añade:

<< (...) Los requisitos de proporcionalidad y necesidad han sido examinados por la Magistrada *a quo* en relación con el tema concreto, y el auto identifica perfectamente la concreta situación, el alcance de la investigación realizada, sus garantías y condiciones, y los argumentos de la Orden de Investigación e Inspección de 2 de junio de 2021 S/0008/21 de la Directora de Competencia de la CNMC -folios 43 a 46- Anexo I. No se trata de una autorización inmotivada, o apartada de los criterios generales para tales autorizaciones pues va fundamentada en el anexo I.

Precisamente la adecuada motivación del auto se observa claramente cuando examina perfectamente los requisitos generales, los datos concretos aportados, y relaciona cada uno de aquellos, para efectuar la conclusión de la autorización, particular y específica para este supuesto. La necesidad de adoptar la medida *inaudita parte debitoris* se ha motivado asimismo dada la importancia de la investigación y para evitar cualquiera ocultación o destrucción de material que obstaculice la labor de la Administración>>.

Por último, en cuanto al carácter confidencial de la documentación aportada con el escrito de solicitud de autorización de entrada, la sentencia (F.J. 4º) señala:

"También resulta importante destacar el carácter confidencial de la documentación que se acompañó, lo que condiciona en buena medida el contenido de la orden de inspección de 2 de junio de 2021, de la petición de la Abogacía del Estado, y del Auto apelado del Juzgado nº 31. La razón de ser de ello es que la documentación acompañada forma parte, como venimos diciendo, de una información reservada, y ha sido declarada confidencial. Dicha documentación no puede ser revelada, ni en primera instancia ni en este momento procesal a la empresa investigada, porque ello frustraría el buen fin de la investigación, sin perjuicio de que, lógicamente, la misma sea puesta de manifiesto a la referida empresa en el marco del procedimiento sancionador que, en su caso, se incoe y cuándo se incoe.

[...]

Se analiza la solicitud y en concreto la Orden del Director de la CNMC de 2 de junio de 2021, detallando los concretos datos de la investigación, que se aportan, y se detalla la individualización e identificación del sujeto pasivo, limitando la autorización al domicilio que se indica de ambas sociedades, significando en cuanto al objeto de la entrada las facultades expresamente indicadas en el artº 27.2 de la Ley 3/13, de 4-06, de creación de la CNMC, que se recogen en la parte dispositiva del auto recurrido.

Así la citada orden de investigación de la CNMC de 2 de junio de 2021 S/0008/21 de la Directora de Competencia de la CNMC, que recoge la solicitud presentada por el Abogado del Estado, y en consecuencia el Auto recurrido, pormenorizan en detalle el objeto de la misma y sus actuaciones solicitadas y pretendidas, relativas a supuestos acuerdos en el mercado de servicios de consultoría y de reparto de contratos de este tipo, consistentes en PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS MUY GRAVES Y REPARTO DE LAS LICITACIONES CONVOCADAS POR ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES PUBLICAS Y POR EMPRESAS PRIVADAS AL MENOS DESDE 2012 y que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, con intercambios de información sensible de los contratos objeto de licitación, normalmente con carácter previo a su adjudicación, así como de contactos frecuentes tanto por vía telefónica como por correo electrónico(Orden de Investigación). [*lo destacado en mayúsculas figura así en la sentencia recurrida*]

Y todo ello sin necesidad por tanto de hacer entrega a la Recurrente de los documentos existentes en las investigaciones de la CNMC y en las que se fundó el Juzgado para adoptar el Auto".

Y a lo anterior, el F.J. 6º de la sentencia añade:

<< (...) SEXTO.- Se reitera que la información contenida en el escrito de solicitud de autorización de entrada el Abogado del Estado es información confidencial. En efecto, la autorización de entrada en domicilio en su día solicitada, que supuso el inicio del presente procedimiento, se encuadraba en el seno de la información reservada abierta por la CNMC, como consecuencia de información confidencial recibida. Sobre todo cuando la información deriva de otras inspecciones practicadas por la CNMC, o de los documentos que trasladó otra autoridad de competencia pero el expediente no se ha incoado todavía y se encuentra en información reservada, por lo que las partes investigadas no han tenido todavía acceso al mismo ni han podido alegar o pronunciarse sobre los aspectos sensibles o estratégicos de la información que obra en el mismo; por lo que en esta fase, impera un tratamiento confidencial de la información obtenida por la autoridad de competencia.

Y es que además en apoyo de la tesis que defiende esta Sección y Sala, esta posibilidad de aportar información confidencial, solo para conocimiento de la Sala y Juzgado, ya que su conocimiento por parte del interesado podría frustrar la labor inspectora, fue reconocida en Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2017, R. CASACION núm. 1062/2017. Por lo que la razón o riesgo que preocupa de contrario es inexistente, pues la propia Sala dispone de toda la documentación a efectos de valorar si el Auto es o no ajustado a Derecho>>.

Por tales razones, y las demás que se exponen en la sentencia, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación la representación de Comercial Hernando Moreno, S.L.U., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 8 de junio de 2022 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.



En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en reforzar, completar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia existente sobre las autorizaciones de entrada en domicilio, a fin de determinar la motivación que deben contener los autos judiciales de autorización de entrada e inspección de domicilios sociales, en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada del artículo 49.2 LDC, y, en concreto, si deben recoger los concretos indicios o elementos fácticos que conectarían la actuación de la sociedad respecto de la supuesta conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia objeto de investigación.

3.º) La normas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 24.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 120.3 y 9.3 CE, y el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación también con el artículo 18.2 CE; sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación>>.

CUARTO.- La representación procesal de Comercial Hernando Moreno, S.L.U., formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado con fecha 7 de julio de 2022 en el que, en síntesis, se reprocha a la sentencia de instancia la infracción de dos derechos fundamentales: una, del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución; y, otra, del derecho a la defensa del artículo 24.1 de la Constitución en su modalidad de derecho a obtener una resolución razonable en derecho. Esto último conlleva el derecho del justiciable a que la resolución judicial esté motivada, lo que con carácter general reconocen el artículo 120.3 de la Constitución y el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigencia de motivación que permite, además, asegurar que no se dicten resoluciones judiciales arbitrarias, lo que proscribire el artículo 9.3 de la Constitución, y hace real la posibilidad de defenderse frente a una autorización de entrada, pues si no se expresan en el propio auto que acuerda la entrada en el domicilio los concretos datos objetivos contrastados que han sido los indicios que se han tomado como punto de partida para poder deducir que una sociedad puede estar cometiendo una infracción administrativa muy grave contraria al derecho de defensa de la competencia no es posible discutir si la conclusión deductiva alcanzada por el Juez es racional, lo que hace que no se pueda tener por razonablemente hecha la inferencia y eso impida a su vez hacer el juicio de proporcionalidad, porque si la propia realidad indiciaria de que se puede estar cometiendo la infracción está mal construida malamente se podrá decir que la misma tiene tal entidad que la entrada en el domicilio sea respetuosa con el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A la vista de todo lo expuesto, la recurrente solicita (apartado 3.7 de su escrito) que, en respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, esta Sala declare que el deber de motivar un auto de entrada en domicilio de una persona jurídica, por mucho que se dicte en el marco de una información preliminar o procedimiento de información reservada del artículo 49.2 de la Ley de defensa de la Competencia, debe recoger en su motivación, directamente, o " *in aliunde*", si se aceptara tal posibilidad, pero siempre en términos tales para que sea accesible a la parte que sufre la entrada, en el momento que la Ley Jurisdiccional le da plazo para poder recurrir en apelación, el completo detalle de los concretos indicios o elementos fácticos que conectarían la actuación de la sociedad respecto a la supuesta conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia objeto de investigación, sin perjuicio de que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, si la notificación del auto se va a llevar a cabo al principio de practicar la entrada, tome las medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad de la documentación que detalle tales indicios en ese momento, pero también tome las medidas conducentes dicho Juzgado posteriormente para asegurar a quien sufre la medida que tiene acceso al completo conocimientos de tales indicios en el plazo que la Ley Jurisdiccional le concede para poder recurrir en apelación el Auto de entrada.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Fije como doctrina para la cuestión jurídica que plantea interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la señalada en el apartado 3.7
- 2.- Estime el recurso de casación.
- 3.- En consecuencia, anule la sentencia recurrida.
- 4.- En su lugar, estime el recurso de apelación interpuesto contra el auto nº 80/2021, de 4 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid (procedimiento de autorización de entrada 254/2021), que ha de quedar revocado y declarando, además, la invalidez de las actuaciones inspectoras realizadas en la sede social de Cohemo en los días 9 y 10 de junio de 2021 al amparo del auto anulado, así como de cualesquiera otras basadas en la documentación o información allí obtenida.
- 5.- Imposición de las costas del recurso de apelación a la Administración recurrida y sin imponer a ninguna de las partes las costas de la casación.



QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 18 de julio de 2022 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para que pudiera formular su oposición.

SEXTO.- La representación procesal de la Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito de fecha 3 de octubre de 2022 en el que hace una reseña de la jurisprudencia de esta Sala que considera aplicable al caso y expone sus razones en contra de los motivos de impugnación esgrimidos por la recurrente.

Termina el escrito de la Abogacía del Estado solicitando que se dicte sentencia que desestime este recurso de casación y confirme la sentencia impugnada.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 2 de noviembre de 2022 se declaró no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento.

OCTAVO.- Mediante providencia de 4 de mayo de 2023 se designó ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas y se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 13 de junio de 2023, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº **650/2022** lo interpone la representación procesal de Comercial Hernando Moreno, S.L. contra la sentencia nº 1033, de 19 de noviembre de 2021, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestima el recurso de apelación (apelación nº 1031/2021) interpuesto por la citada entidad mercantil contra auto de 4 de junio de 2021 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 31 de Madrid que acuerda la autorización de entrada en el domicilio de la recurrente (autorización de entrada en domicilio nº 254/2021).

En el antecedente primero hemos visto lo acordado en la parte dispositiva del auto del Juzgado, destacando algunos aspectos de fundamentación jurídica de dicho auto. Y en el antecedente segundo hemos dejado expuestas de forma resumida las razones que expone la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para fundamentar la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado.

Procede entonces que entremos a examinar la cuestión suscitada en casación, señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 8 de junio de 2022.

SEGUNDO.- Cuestión que reviste interés casacional y normas relevantes para la resolución del presente recurso.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto de admisión del recurso de casación declara que la cuestión que reviste interés casacional objetivo consiste en reforzar, completar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia existente sobre las autorizaciones de entrada en domicilio, a fin de determinar la motivación que deben contener los autos judiciales de autorización de entrada e inspección de domicilios sociales, en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada del artículo 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, y, en concreto, si deben recoger los concretos indicios o elementos fácticos que conectarían la actuación de la sociedad respecto de la supuesta conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia objeto de investigación.

El auto de admisión del recurso identifica las normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: artículo 24.1 de la Constitución en relación con los artículos 120.3 y 9.3 del mismo texto constitucional y el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación también con el artículo 18.2 de la Constitución; ello sin perjuicio -señala el propio auto- de que la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación.

TERCERO.- Jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de esta Sala del Tribunal Supremo relativa las autorizaciones de entrada en domicilio y, en particular, a la motivación que deben contener los autos judiciales de autorización de entrada en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada del artículo 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

A/ Como señalábamos en nuestra sentencia de 10 de diciembre de 2014 (casación 4201/2011, F.J. 5º), son ilustrativas las consideraciones que se exponen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P, sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación en las decisiones de inspección. En lo que ahora interesa, en esa sentencia del Tribunal de Justicia se dice:



<< (...) 32. Igualmente, según reiterada jurisprudencia, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios del acto u otras personas afectadas directa e individualmente por éste puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse a la luz no sólo de su texto, sino también de su contexto y de todas las normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia Solvay/Comisión, EU:C:2013:796, apartado 91 y jurisprudencia citada).

33. Igualmente debe tenerse en cuenta el marco jurídico en el que se desarrollan las inspecciones de la Comisión. Los artículos 4 y 20, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 confieren, en efecto, facultades de inspección a la Comisión con el fin de permitirle cumplir su misión de proteger el mercado común de distorsiones de competencia y de sancionar posibles infracciones a las normas sobre competencia en el referido mercado (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, apartado 42 y jurisprudencia citada).

34. En consecuencia, por lo que respecta más concretamente a las decisiones de inspección de la Comisión, del artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 se deriva que éstas deben indicar, en particular, el objeto y el objetivo de la inspección. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, esta obligación de motivación específica constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar 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 (véase, en este sentido, la sentencia Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337, apartado 29).

[...]

36. Si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 83 y jurisprudencia citada), no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales referidos anteriormente (véanse, en este sentido, las sentencias Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, EU:C:1989:380, apartado 46, y Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 82).

37. En efecto, teniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, como ha señalado la Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 55 y jurisprudencia citada)...>>.

B/ En cuanto a las solicitudes de autorización de entrada en domicilio formuladas por la CNMC en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada, la sentencia de esta Sala nº 1658/2017, de 31 de octubre de 2017 (casación 1062/2017) expone en su F.J. 3º lo siguiente:

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

En la primera de las sentencias reseñadas se resuelve el recurso de casación planteado por Oscar Obras y Servicios SL, que aducía que la orden de investigación que dio origen a las actuaciones no cumplía con la obligada concreción de los requisitos necesarios para proceder a una inspección domiciliaria de manera conforme a derecho, con invocación del artículo 13 del reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, que desarrolla el artículo 40 de la Ley, según el cual la orden de investigación debe concretar el objeto y finalidad de la inspección, los sujetos investigados y el alcance de la inspección.

Dijimos entonces que "la determinación del objeto de la investigación (la posible realización de las prácticas restrictivas de las competencias que se mencionan en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras) es suficientemente precisa para ordenar una inspección. Especialmente, como pone de relieve la Sala de instancia, en una fase preliminar de la investigación (una investigación reservada) desencadenada por informaciones previas de la posibilidad de que se hubieran cometido tales prácticas. Como indica la sentencia



impugnada en el Fundamento Jurídico Tercero, la orden de investigación concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma, por lo que debe rechazarse el motivo".

En la segunda de las sentencias indicadas, de 27 de febrero de 2015, dictada en el RC 1292/2012, promovido por Trasmediterránea, nos pronunciamos también sobre una orden de investigación adoptada en un procedimiento de investigación originado por una "denuncia". Dijimos entonces: "Es cierto que las Ordenes de investigación se dictaron en virtud de una información "reservada" según, se indica en las mismas, que señalan que la actuación se inicia por razón de una "una denuncia" pero sin detallar a que aspecto de la actividad mercantil de las recurrentes se refería. Pero esta materia "reservada" no permite obviar el cumplimiento de las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y de la jurisprudencia a la que hemos hecho mención, de los que deriva que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, lo que aquí no sucede".

C/ En sentencias de esta Sala de 16 de enero de 2015 (casación 5447/2011) y 27 de febrero de 2015 (casación 1292/12) tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre los requisitos y el grado de detalle que han de contener las órdenes de investigación de la CNC (ahora CNMC) dictadas precisamente en una fase preliminar o de investigación, desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por su parte, la ya citada sentencia Sala nº 1658/2017, de 31 de octubre (casación 1062/2017) hace también, en su F.J. 5º, diversas consideraciones sobre la información y el grado de concreción que han de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa y la extensión del control judicial cuando se trata de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada (aquel caso se refería a un procedimiento iniciado a raíz de información obtenida en el programa de clemencia previsto en el artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia). En particular, esta sentencia aborda una doble cuestión:

<< (...) en primer término si, ciertamente, el control judicial de la solicitud de entrada en el domicilio social de una empresa ha de tomar en consideración el tipo de procedimiento en el curso del cual se interesa la autorización de entrada y, además, la relevancia de la confidencialidad de la información obtenida a través de un programa de clemencia del artículo 65 LDC.

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

Así pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.

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

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



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

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

[...]

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

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

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

D/ En fin, esta misma sentencia de 31 de octubre de 2017 a la que nos venimos refiriendo (casación 1062/2017) expone en su F.J. 6º lo siguiente:

<< (...) con arreglo a nuestra jurisprudencia antes expuesta se desprende que el parámetro de control manejado por los órganos jurisdiccionales resulta excesivamente extenso al exigir en la solicitud de autorización que se inserta en una fase preliminar de la investigación datos de participación y otros elementos de información - como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente a través de la entrada en el domicilio social se procuran o buscan elementos o datos que no se conocen o no están identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la LDC. La inadecuación -por excesiva- de la medida o criterios utilizados por el Juzgado y por el TSJM se evidencia por la imposibilidad de la CNMC de suministrar tales datos, y tal amplia interpretación frustra sin duda el efecto útil de las inspecciones como instrumento para que la CNMC pueda ejercer sus funciones en materia de competencia>>.

CUARTO.- Respuesta a la cuestión de interés casacional.

Como respuesta a la cuestión que se suscita en el auto de admisión del recurso de casación debemos declarar, en primer lugar, que no consideramos necesario que la jurisprudencia de esta Sala que hemos reseñado en el apartado anterior sea ahora completada, matizada ni corregida. Por ello, nos limitaremos a trasladar sus postulados al caso que estamos examinando, quedando anticipado desde ahora que la sentencia recurrida se acomoda a lo establecido en dicha jurisprudencia.

A tal fin, de la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aquí recurrida en casación interesa ahora destacar los siguientes aspectos:



1/ La sentencia destaca que en el auto del Juzgado nº 31 de Madrid queda debidamente señalado el objeto de la inspección para la que se solicitó la autorización y, con ello, la finalidad de la entrada domiciliaria.

2/ En relación con lo anterior, la sentencia que resuelve el recurso de apelación explica, en su F.J. 4º, que el auto del Juzgado analiza la solicitud de autorización y la orden de investigación de la CNMC de 2 de junio de 2021, detallando los concretos datos de la investigación que se aportan; y se lleva a cabo la individualización e identificación del sujeto pasivo, pormenorizando en detalle la Orden, y en consecuencia el auto del Juzgado, el objeto de la investigación: se refiere a supuestos acuerdos en el mercado de servicios de consultoría y de reparto de las licitaciones convocadas por administraciones y entidades públicas y por empresas privadas al menos desde 2012, con intercambios de información sensible de los contratos objeto de licitación, normalmente con carácter previo a su adjudicación, así como de contactos frecuentes tanto por vía telefónica como por correo electrónico.

Consideramos por ello que la sentencia recurrida y el auto que en ella se confirma han observado los requerimientos de la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -a la que nos hemos referido en el fundamento jurídico tercero- relativos a la exigencia de motivación en las decisiones de inspección, al grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en el domicilio de una empresa y a la extensión del control judicial cuando se trata de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada.

3/ La sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid pone de manifiesto que la autorización de entrada en domicilio en su día solicitada, que supuso el inicio del procedimiento, se encuadraba en el seno de la información reservada abierta por la CNMC como consecuencia de información confidencial recibida.

Este recordatorio que hace la sentencia acerca del tipo de procedimiento y el momento en el que se solicita la autorización de entrada conecta directamente con lo razonado en la jurisprudencia de esta Sala en la que, como antes hemos visto, se viene a destacar que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen, o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. Véase en este sentido la sentencia nº 1658/2017, de 31 de octubre (casación 1062/2017, F.J. 5º), a la que ya nos hemos referido, en la que se cita una anterior sentencia de 27 de febrero de 2015.

4/ La sentencia recurrida hace asimismo expresa referencia al carácter confidencial de determinados documentos que fueron aportados con la solicitud de autorización de entrada, dejando señalado la sentencia que tanto el Juzgado que dictó el auto de autorización de entrada como la propia Sala que resuelve el recurso de apelación han podido examinar tales documentos, a los que la empresa investigada no ha tenido acceso *"...porque ello frustraría el buen fin de la investigación, sin perjuicio de que, lógicamente, la misma sea puesta de manifiesto a la referida empresa en el marco del procedimiento sancionador que, en su caso, se incoe y cuando se incoe"* (véanse los fragmentos de los FF.JJ. 4º y 6º de la sentencia recurrida que hemos transcrito en el antecedente segundo).

Estas indicaciones que hace la sentencia recurrida entroncan con la jurisprudencia a la que ya nos hemos referido (véase fundamento jurídico tercero, apartado C/), en la que se indica que la confidencialidad de la información no puede 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; esto es, que las limitaciones de acceso a la información a las que queda sujeta la empresa investigada en la primera fase de investigación, a fin de no comprometer la eficacia de la investigación, no pueden ser trasladadas al órgano judicial, de modo que el carácter confidencial de los datos no puede ser óbice para que el Juez pueda disponer de estos elementos mínimos para poder realizar la correspondiente ponderación de las circunstancias concurrentes y comprobar si la solicitud de autorización presenta o no fundamento.

En definitiva, la sentencia recurrida es enteramente respetuosa con la jurisprudencia que antes hemos dejado reseñada.

QUINTO.- Resolución del recurso y costas procesales.

Por las razones expuestas, procede que declaremos no haber lugar al presente recurso de casación, sin que para ello resulte necesario modificar, completar, matizar ni corregir la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico tercero.

En cuanto a 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 del recurso de casación a ninguna de las partes; debiendo mantenerse el pronunciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid referido a las costas del recurso de apelación.



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/ No ha lugar al recurso de casación nº **650/2022** interpuesto en representación de COMERCIAL HERNANDO MORENO, S.L. contra la sentencia nº 1033, de 19 de noviembre de 2021, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación (apelación nº 1031/2021) interpuesto por la citada entidad mercantil contra auto de 4 de junio de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid que acuerda la autorización de entrada en el domicilio de la recurrente (autorización de entrada en domicilio nº 254/2021).

2/ No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes; y se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida relativo a las costas del recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO