

CAPÍTULO 10

A VUELTAS CON EL “HALLAZGO CASUAL” (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo en 2019 con motivo de la Resolución de la CNMC S/430/12 *Recogida de papel*)¹

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Villanueva*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EXPEDIENTES SANCIONADORES ANTITRUST. 2.1. Los Derechos fundamentales en un procedimiento sancionador antitrust. 2.2. La inviolabilidad del domicilio. 2.3. El principio acusatorio y la cuestión del *due process*. 3. LA DOCTRINA DEL “HALLAZGO CASUAL” EN LAS INSPECCIONES DOMICILIARIAS. 3.1. Potestades de investigación de la CNMC. 3.2. Las “inspecciones exploratorias” (*fishing expeditions*). 3.3. Los antecedentes: la Resolución *MONTESA HONDA*. 3.4. La “saga” de pronunciamientos del Tribunal Supremo en 2019. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

*“Pero ¿cómo puede ser que esté arrestado?
Y, ¿cómo es posible que sea de esta forma?”
“Ya empieza Ud. otra vez”, dijo el policía mientras
untaba una tostada de mantequilla,
“No respondemos a ese tipo de preguntas”
FRANZ KAFKA (El proceso)*

1. INTRODUCCIÓN

El pasado año 2019 fue un año pródigo en pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo en los que aborda una cuestión que ha suscitado, en las últimas décadas, un elevado grado de litigiosidad y actuaciones revisoras en sede contencioso-administrativo: la posible colisión entre las potestades de investigación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y los derechos fundamentales de las empresas investigadas.

En efecto, con independencia del contenido material de la práctica restrictiva que la empresa hubiera llevado a cabo, llevamos una serie de años -demasiados- en los que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han anulado una serie de Resoluciones -demasiadas- de nuestra autoridad de competencia por incurrir en irregularidades procesales o por vulnerar derechos fundamentales de las empresas sancionadas.

No se pretende, en este comentario llevar a cabo un análisis en profundidad de esta problemática, que ya ha sido abordada con acierto en la anterior edición de este Anuario², sino señalar los contornos de una figura que se enmarca en el contexto del ejercicio de estas potestades de investigación, y que es la que contemplan la “saga” de pronunciamientos de TS del pasado año: los “hallazgos causales”.

Como señala el propio Tribunal en su Auto³ de 12 de julio de 2019 (uno cualquiera de los múltiples dictados para admitir el correspondiente recurso de casación), las cuestiones

¹ El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

² PÉREZ-ABAD, C.: “Inspecciones domiciliarias: novedades y decisiones judiciales en 2018”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Civitas, Madrid 2019, págs. 45 y ss.

³ Auto del Tribunal Supremo (Sección 1ª), de 12 de julio de 2019, núm. 7664/2019, Fto. Jco. 3º.

planteadas en la serie de recursos que dieron lugar a estas sentencias presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistentes en “*reafirmar o, en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia relativa a la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y la fundamentación de las órdenes de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores*”.

Recogemos a continuación la decena de pronunciamientos que van a ser objeto de análisis en estas páginas, todos ellos dictados entre los meses de febrero y octubre del pasado año 2019, con motivo de los recursos planteados por las empresas sancionadas en la Resolución⁴ de la CNMC *Recogida de papel*:

| FECHA | Nº SENTENCIA | PONENTE |
|-----------------------|--------------|--------------------------------------|
| 18 de febrero de 2019 | 186/2019 | Sr. D. Eduardo Espín |
| 25 de febrero de 2019 | 233/2019 | Sr. D. José M ^a Bandrés |
| 26 de febrero de 2019 | 241/2019 | Sr. D. Eduardo Calvo |
| 26 de febrero de 2019 | 244/2019 | Sr. D. Ángel Arozamena |
| 26 de febrero de 2019 | 249/2019 | Sr. D. José M ^a del Riego |
| 4 de marzo de 2019 | 276/2019 | Sra. D ^a Isabel Perelló |
| 12 de marzo de 2019 | 327/2019 | Sr. D. Ángel Arozamena |
| 11 de junio de 2019 | 805/2019 | Sr. D. Eduardo Espín |
| 22 de octubre de 2019 | 1410/2019 | Sr. D. José M ^a del Riego |
| 25 de octubre de 2019 | 1449/2019 | Sr. D. Eduardo Espín |

Para el análisis de todas estas cuestiones, seguiremos el siguiente esquema: tras este epígrafe de introducción, se llevará a cabo, en el apartado 2º, un breve repaso a los principios y la doctrina subyacente en todo este debate. Necesariamente empezamos por los derechos fundamentales de las empresas (§2.1), muy especialmente la inviolabilidad del domicilio (§2.2) para seguidamente pasar revista al principio acusatorio y la cuestión del *due process* (§2.3), que está íntimamente ligada a la utilización y valoración de pruebas obtenidas ilícitamente. A continuación, en el apartado 3º se examina la jurisprudencia emanada del nuestro Alto Tribunal a lo largo del pasado año 2019, a raíz de los recursos presentados por las empresas sancionadas por la Resolución *Recogida de papel*. Se analizarán, en primer término, las potestades de investigación de la CNMC (§3.1), seguidamente la válida motivación y concreción de las órdenes de inspección (§3.2), y tras la mención del precedente necesario sobre esta materia, la Resolución *Montesa Honda* y su revisión judicial (§3.3), la “saga” de Sentencias del Tribunal Supremo de 2019 (§3.4). Finalmente, en el apartado 4º de este comentario se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

⁴ RCNMC de 6 de noviembre de 2014, Expte. S/0430/12, *Recogida de papel*.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EXPEDIENTES SANCIONADORES ANTITRUST

2.1. Los Derechos fundamentales en un procedimiento sancionador antitrust.

Como es bien sabido, nuestra Constitución de 1978 no contiene ninguna norma de carácter general que trate la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales⁵. A la vez, y como reconoce nuestro Tribunal Constitucional: “*si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas*”⁶.

Naturalmente, y pese a su indudable interés, no procede en estas páginas un comentario *in extenso* sobre esta cuestión, pero sí es necesario dejar zanjada cualquier duda al respecto, como requisito previo a lo que se va a estudiar en estas páginas. Lo hace en otro pronunciamiento el mismo Tribunal, al afirmar que “*en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas*”⁷.

Vamos a centrar nuestro análisis en la aplicación de estos Derechos Fundamentales y garantías procesales (*due process*) en un ámbito concreto de nuestro ordenamiento: los expedientes sancionadores que lleva a cabo la CNMC en el ejercicio de las potestades que tiene legalmente atribuidas. Ya hemos tenido ocasión anteriormente de desarrollar esta cuestión⁸ con carácter más general, aquí nos limitaremos solamente a dejarla apuntada para situar el contexto de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a este respecto el pasado año 2019.

A consecuencia del abuso que, en algunas ocasiones, las empresas y sus abogados hacen de la protección que gozan cuando son objeto de un expediente sancionador antitrust, en cuanto a los derechos fundamentales, un sector doctrinal⁹ aboga en estos últimos tiempos por una moderación en este reconocimiento a las personas jurídicas del régimen de protección del que gozan las personas físicas.

Para estos autores, la referida extensión a las empresas de la tutela que los derechos humanos otorga a las personas físicas se ha hecho “de forma acrítica y sin una reflexión pausada”, minando la eficacia del *enforcement* en materia antitrust, ya que las autoridades tienen que dedicar sus recursos a la decisión de estas cuestiones en vez de atacar el núcleo de las conductas anticompetitivas.

De ahí que se censure, por ser excesiva y desproporcionada, la protección de las garantías procesales y derechos fundamentales de las empresas que el TEDH hace en el ámbito de los procedimientos de defensa de la competencia, otorgándole a la normativa antitrust –de

⁵ En relación con el silencio del constituyente español vid. GÓMEZ MONTORO, Á. J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español)” en *Cuestiones constitucionales* nº 2, enero-junio 2000, pp. 23-71, p. 26.

⁶ Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 4º.

⁷ Sentencia 23/1989, de 2 de febrero, Fundamento Jurídico 2º.

⁸ DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: “La tutela de los Derechos Fundamentales en los procedimientos administrativo-sancionadores del Derecho de la Competencia”, *Revista CEF Legal*, nº 214 (noviembre 2018), págs. 1-30.

⁹ Vid. en este sentido MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A.: “En contra del reconocimiento de ‘derechos humanos corporativos’ en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia”, *Diario La Ley*, nº 3251/2015, 14 de mayo de 2015.

naturaleza administrativo-sancionadora- una naturaleza “cuasi-penal”, en aplicación de las exigencias del artículo 6.1 de la CEDH.

Sin negar la validez y fundamentación de estas objeciones, el hecho es que sí se reconocen estos derechos plenamente a las empresas, y su vulneración tiene drásticas consecuencias en el expediente sancionador antitrust, ya que ligado a la vulneración de un derecho fundamental está la cuestión procesal de la valoración de la prueba obtenida en las inspecciones, de lo cual los “hallazgos casuales” son un claro exponente.

Así, encontramos pronunciamientos¹⁰ de la jurisdicción contencioso-administrativa en los que se aborda la cuestión de cómo valorar una prueba obtenida vulnerando el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. En este caso se trataba de un expediente¹¹ de la entonces CNC que terminó con la imposición de sanciones a varias compañías eléctricas (Endesa, E.On España, Hidroeléctrica del Cantábrico, Gas Natural e Iberdrola) por obstaculizar el cambio de comercializador a sus clientes. En revisión judicial se señaló que dicha prueba es contraria al principio de un proceso con todas las garantías, y por tanto debe anularse, y todos los resultados de la investigación que directamente se deriven de ella.

2.2. La inviolabilidad del domicilio.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental, reconocido en el art. 18.2 de la Constitución Española, para cuya restricción se exige la reserva de ley¹², que en este caso ampara la normativa de Defensa de la Competencia que examinaremos en un apartado posterior, al hablar de las potestades de investigación de la CNMC. El estudio de este derecho en el contexto de las inspecciones en materia de competencia ha merecido, desde hace tiempo, gran atención por un amplio sector doctrinal, así como el concepto mismo de “domicilio” de la persona jurídica a efectos de las investigaciones y registros administrativos¹³.

En el marco de la evolución que hemos descrito hacia una mayor sensibilización sobre el respeto de los derechos fundamentales en los procedimientos antitrust, hace ya más de tres lustros había señalado el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que “*el respeto de los derechos de defensa constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado por la Comisión dentro de los procedimientos administrativos susceptibles de ocasionar sanciones en aplicación de las normas de competencia del Tratado*”¹⁴.

Un ámbito específico en el que la problemática de la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas no ofrece ninguna duda, y así lo ha interpretado de forma consistente la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria, es en extender el concepto de “domicilio privado”, a los efectos de la protección del derecho fundamental de su inviolabilidad, a la sede de las empresas.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 de marzo de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:1069).

¹¹ Resolución de la CNC de 13 de mayo de 2011, Expte. S/0159/09, *UNESA Y ASOCIADOS*.

¹² *Vid.*, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2002, de 30 de abril.

¹³ BRUFAO CURIEL, P.: “Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la CNMC: análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 447 a 472.

¹⁴ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, As. 322/1981, *Nederlandsche Banden industrie Michelin c. Comisión*, Rec. p. 3461, párrafos 7 y 17.

En este sentido, la sentencia¹⁵ *Deutsche Bahn* del TJUE, del 18 de junio de 2015, constituye junto con la sentencia¹⁶ *Nexans* de 25 de junio de 2014, los pronunciamientos que sientan los precedentes necesarios para el estudio de estas cuestiones. Conforme a ellas, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio prevista en el artículo 8 de la CEDH puede extenderse a los locales comerciales y sedes sociales de empresas, pero en estos casos la injerencia pública puede ir más lejos que en otros supuestos¹⁷.

La doctrina que se extrae de estos pronunciamientos señala con toda nitidez que la protección frente a injerencias arbitrarias de los poderes públicos requiere un marco legal y unos límites estrictos, estimando adecuadas las cinco garantías que estableció el Tribunal General de la UE (TGUE) en la Sentencia de instancia:

- a) motivación de la decisión de inspección;
- b) límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección;
- c) imposibilidad de que la Comisión imponga la inspección por la fuerza;
- d) intervención de las autoridades nacionales; y,
- e) la existencia de vías de recurso a posteriori.

Por su parte, en nuestro país, el “leading case” en esta materia es el conocido *caso Stanpa*. En efecto, ante los indicios relativos a que se estaban cometiendo prácticas anticompetitivas en el seno de la asociación STANPA (*Asociación de Peluquería y Cosmética Profesional*), del ámbito de los productos cosméticos, la antigua CNC decidió incoar un expediente sancionador, y llevar a cabo inspecciones por sorpresa en su sede, así como en el domicilio social de las empresas que la integran. En el marco de dicho expediente, dos de las empresas inspeccionadas interpusieron ante el Consejo de la CNC sendos recursos contra las inspecciones referidas, alegando:

- (i) la infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio –recogido en el artículo 18.2 de la Constitución– al haber accedido los inspectores a documentos ajenos al objeto de la orden de investigación y para el cual tenían legitimación (sector de la peluquería profesional); y,
- (ii) la infracción del derecho de defensa –consagrado en el artículo 24 de la Constitución– por el acceso a documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Ambos recursos fueron desestimados¹⁸ por el Consejo de la CNC, ante lo que las empresas recurrentes acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativa, primero ante la Audiencia Nacional y, posteriormente, ante el Tribunal Supremo. En las dos sentencias de la Audiencia Nacional, ésta estimó parcialmente los recursos planteados, reconociendo la existencia de

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de junio de 2015, Asunto C-583/13 P *Deutsche Bahn AG y otros contra Comisión Europea* (ECLI:EU:C:2015:404), especialmente apartados 18 a 36, y que confirma la dictada por el Tribunal General el 6 de septiembre de 2013 (recurso T- 289/11).

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de junio de 2014, Asunto C-37/13 P *Nexans SA y Nexans France SAS contra Comisión Europea* (ECLI:EU:C:2014:2030).

¹⁷ Así se desprende de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Niemitz* de 16 de diciembre de 1992 y *Bernh Larsen* de 14 de marzo de 2013.

¹⁸ Resoluciones de la CNC de 3 de octubre de 2008, Exp. R/0004/08 *CP España*, y Exp. R/0005/08 *L’Oréal* y de 17 de julio de 2008, Exp. R/0006/08 *STANPA*.

límites¹⁹ a la facultad de inspección de la CNC, y sosteniendo que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio al haberse excedido la inspección del objeto de la orden de investigación, puesto que había recabado información sin discriminar entre aquellos documentos relacionados con el objeto de la investigación, y los ajenos a dicho objeto²⁰.

En un sorprendente giro de acontecimientos, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012 anuló²¹ parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional, resolviendo el recurso de casación planteado por STANPA, declarando que la protección de la libre competencia y la necesidad de evitar obstáculos a las inspecciones de la CNC en la detección y sanción de conductas anticompetitivas, prevalecen frente al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio.

El TS invoca la jurisprudencia sentada en el asunto *Dow Chemical*²², en el que el TJUE estableció que la autoridad de competencia ha de poder buscar –en el curso de la inspección– todos los elementos de información necesarios, pese a que no sean todavía conocidos ni estén plenamente identificados, y no es por tanto exigible que identifique previamente y con toda exactitud los documentos a los que quiere tener acceso.

Como puede apreciarse, hay dos bienes jurídicos en conflicto, y de ahí la delicada tarea jurisprudencial de ir delimitando los supuestos específicos y circunstancias concretas que tienen que acompañar la labor inspectora en los procedimientos sancionadores administrativos para ser eficaces sin conculcar derechos fundamentales.

Es un dato muy positivo el grado de “recepción” en la jurisprudencia española toda esta doctrina, emanada primero del TEDH, y recogida después del TJUE. Un ejemplo preclaro de aplicación de estos principios a una inspección domiciliaria en la que las empresas alegaron vulneración de los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio y defensa es la Sentencia²³ de la Audiencia Nacional en el caso de las *empresas de turrónes*, sobre la Resolución de la CNMC de fecha 31 de enero de 2014, dictada por el Consejo e inadmitiendo el recurso interpuesto por el recurrente contra la Orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC de 25 de octubre de 2013, el acta de la subsiguiente inspección de 5 de noviembre de 2013 y la comunicación de la Subdirectora de cárteles de 13 de diciembre de 2013, aclaratoria del plazo y órgano ante el que interponer recursos administrativos contra las resoluciones precedentes.

Consideramos que este pronunciamiento es toda una lección (no en vano su ponente es el Magistrado Santiago Soldevilla) de cómo evaluar ese delicado equilibrio entre la eficacia de la actividad inspectora, y el respeto a los derechos fundamentales de las empresas. Y una muestra de aplicación de precedentes (*Deutsche Bahn, Nimitz, Nexans*, etc.) al caso concreto planteado, con resultado de avalar la actuación de la CNMC y declararla conforme a derecho.

El excesivo “celo” con el que se desarrollaron –sobre todo en los primeros tiempos de la extinta CNC– algunas inspecciones, llevó a la doctrina²⁴ a estudiar con atención esta cuestión, y alertar

¹⁹ Vid., sobre esta cuestión, el acertado análisis de: CANTOS BAQUEDANO, F. y SANTOS LORENZO, S.: “Los límites a los poderes de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia”, en PETITBÓ JUAN, A. (Dir), *Acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009, págs. 255 a 278.

²⁰ Sentencias de la Audiencia Nacional, de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009\782) y de 26 de septiembre de 2011 (RJ 2011\790).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de abril de 2012 (RJ 2012\6424).

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asuntos acumulados 97/87 a 99/87, apartado nº 24.

²³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 2016, rec. núm. 136/2014, RJ SAN 2986/2016 (*ECLI:ES:AN:216:2986*).

²⁴ Vid., por todos, FELTRER, L.: “La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones en materia de defensa de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, sept-oct 2010, nº 17, pp. 11-31.

de la posible conculcación de derechos fundamentales. Y ha llevado a la jurisprudencia a anular actos administrativos que no han respetado los límites y requerimientos legales de estas inspecciones domiciliarias. Eso sí, como se ha puesto de manifiesto²⁵, y tendremos ocasión de poner de manifiesto en los diversos asuntos que analizaremos a continuación, es muy llamativa –y preocupante– la falta de “sintonía” en esta materia entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, y muy dispares los criterios con que una y otra instancia valoran la posible conculcación de derechos fundamentales de las empresas en el marco de una inspección domiciliaria.

En acertada síntesis de lo dicho en este apartado: “El refuerzo de los poderes de investigación y de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), así como el incremento del número de inspecciones realizadas desde entonces por el órgano instructor de la CNC –la Dirección de Investigación– han puesto de manifiesto la necesidad de conciliar los derechos de las empresas investigadas con la eficacia de la labor inspectora y los poderes de investigación de la CNC y, en último término, con el interés público en la protección de la libre competencia. La tensión entre los referidos bienes jurídicos se ha puesto de manifiesto en las inspecciones realizadas por la Dirección de Investigación en varios expedientes sancionadores”²⁶.

2.3. El principio acusatorio y la cuestión del *due process*

La observancia de las debidas garantías procesales en el marco de un expediente sancionador antitrust adquirió, a principios de la pasada década, una significación especial a partir de la adopción del Tratado de Lisboa, que prevé la adhesión de la propia Unión Europea al sistema de garantías de la CEDH, y la Sentencia *Menarini*²⁷, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que califica el derecho antitrust como de naturaleza cuasi-penal²⁸, debido –entre otros motivos– al sensible aumento del número y cuantía de las multas impuestas por ilícitos anticompetitivos.

No sorprende por ello, en esos años, la abundancia de comentarios doctrinales²⁹ y análisis³⁰ sobre esta cuestión, a raíz de la percepción³¹ por parte de un amplio sector doctrinal de que las actuaciones de la Comisión Europea no estaban respetando las debidas garantías procesales y derechos fundamentales de las empresas investigadas, debate que, como veremos seguidamente, está planteado igualmente para la CNMC en nuestro país.

En relación con el tema que nos ocupa, los hallazgos casuales en el marco de una inspección domiciliaria por parte de la autoridad de competencia, frecuentemente se ha abordado el análisis

²⁵ PÉREZ-ABAD, C.: “Novedades jurisprudenciales en materia de inspecciones domiciliarias durante 2016”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 303 y ss.

²⁶ VERGÉZ MUÑOZ, C.: “Los derechos de las empresas objeto de inspecciones de Competencia: la sentencia del TS en el ‘asunto Stanpa’”, publicaciones del *Consejo General de la Abogacía Española*, 21 de enero de 2013, disponible en: <http://www.abogacia.es/2013/01/21/los-derechos-de-las-empresas-objeto-de-inspecciones-de-competencia-la-sentencia-del-ts-en-el-asunto-stanpa/> (último acceso el 2 de abril de 2020).

²⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*.

²⁸ *Vid.*, un interesante análisis de este importante pronunciamiento en BELLAMY, C.: “Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law” en *e-Competitions*, n° 47946, (5 Julio 2012).

²⁹ WILS, W.: “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees” en *World Competition*, Vol. 34, n° 2, 2011, pp. 1-32.

³⁰ LENAERTS, K.: “Due process in competition cases”, *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.

³¹ MÖLLMANN, M.: “Due Process in Antitrust Proceedings Before the European Commission: Fundamental Rights are not enough”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2014 (1).

desde la perspectiva únicamente de la eventual vulneración de derechos fundamentales, pero no puede ignorarse que ello va indisolublemente unido a la exigencia -también constitucional, en virtud del derecho de defensa consagrado en el art. 24 CE- de un procedimiento con todas las garantías.

Es más, el TEDH menciona como uno de los ejemplos que, aunque encajan en la “materia penal” no se encuentran en su “núcleo duro” precisamente las “sanciones pecuniarias impuestas por vulneración del Derecho de la competencia”³². Como vamos a ver en el epígrafe siguiente, precisamente al hilo de las inspecciones de la CNMC que se han revisado en sede judicial, en unos casos validando los hallazgos casuales, y en otros considerándolos prueba ilícita, con independencia de que esta cuestión sea o no “núcleo duro”, lo cierto es que la labor en nuestro país en vía contencioso-administrativa por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo están permitiendo delimitar con precisión esta cuestión.

Pero, y esto es realmente alarmante³³, es llamativa la absoluta discordancia entre ambas instancias; de alguna forma parece que -en esta materia de las inspecciones domiciliarias y la validez del material probatorio incautado- lo que una admite la otra sistemáticamente lo rechaza, y viceversa:

| Asunto | AN | TS | Motivo |
|--|-----------------------|-----------------------|---|
| <i>UNESA</i> (Exp. R/0030/2009) | Admite (02.06.11) | Rechaza (10.12.14) | Orden de inspección genérica e imprecisa |
| <i>Navieras Baleares</i> (Exp. SNC/0014/11) | Admite (23.12.13) | Rechaza (01.06.15) | Orden de inspección genérica e imprecisa |
| <i>Transmediterránea</i> (Exp. SNC/0014/11) | Admite (07.02.12) | Rechaza (27.02.15) | Orden de inspección genérica e imprecisa |
| <i>REPSOL</i> (Exp. S/474/13) | Admite (21.07.16) | Rechaza (17.09.18) | Vicio en el consentimiento para la inspección por ocultación deliberada por los inspectores de que no se contaba con orden judicial para la entrada |
| <i>Montesa Honda</i> (Exp. S/0154/09) | Rechaza (04.12.12) | Admite (06.04.16) | Hallazgo casual en el contexto de una válida inspección domiciliaria |
| <i>Montibello</i> (Exp. S/0086/08) | Admite (12.03.14) | Rechaza (15.06.15) | Vicio en el consentimiento para la inspección por ocultación deliberada por los inspectores de que no se contaba con orden judicial para la entrada |
| <i>Recogida papel</i> (Exp. S/0430/12) | Admite | Rechaza (2019) | Orden de inspección no cumple los requisitos de concreción y especificidad |
| <i>STANPA</i> (Exp. S/0086/08) | Rechaza (26.09.11) | Admite (27.04.12) | La protección de la libre competencia y la necesidad de evitar obstáculos en las inspecciones prevalecen sobre otros derechos que pudieran verse vulnerados |

³² La doctrina sentada en la Sentencia del TEDH en *Jussila*, en el sentido de que un órgano administrativo pueda fijar este tipo de sanciones siempre que puedan ser posteriormente revisadas por un tribunal independiente y dotado de jurisdicción plena, fue después seguida en *Menarini*.

³³ Lo señala, en un exhaustivo trabajo de análisis de éste y otros aspectos de la revisión judicial en materia de derecho de la competencia, MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Desorden judicial en defensa de la competencia”, *Working Paper IE Law School* AJ8-231, 15 de junio de 2016, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3028712>

Teniendo muy en cuenta esta vertiente procesal, pues, se ha señalado desde la doctrina constitucional de nuestro país: “Conviene precisar, sin embargo, que el problema tiene una doble faz. En primer lugar, la obligación de que la prueba sea obtenida por medios lícitos -esto es, en cuanto ahora importa, sin lesión alguna de derechos fundamentales-. (...) El segundo aspecto o vertiente del problema es el relativo a la relevancia que en el seno del proceso pueda darse a esa prueba ilícitamente obtenida”³⁴. Esto se deriva fundamentalmente del art. 11.1 LOPJ (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”), y si en algún aspecto del expediente sancionador antitrust tiene plena relevancia este precepto es sin duda en el de los hallazgos causales.

De ahí que la cuestión que estamos examinando en estas páginas se haya abordado³⁵ desde la específica perspectiva procesal, y que siendo cierto que ambos aspectos -la vulneración de derechos fundamentales y el *due process*- son distintos, la conexión es patente, y así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, que manifestó hace ya un cuarto de siglo que existía necesariamente una “consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de un derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal”³⁶.

El hecho de que en el curso de una investigación domiciliaria se descubra de forma imprevista material probatorio que no se estaba buscando, puede en consecuencia incidir en el principio acusatorio, entendido como el principio que exige dar a conocer al encausado los hechos que se le imputan y la base fáctica sobre la que se apoya la acusación. Aunque dogmáticamente es un principio que tiene su sede propia en el ámbito penal, está fuera de toda duda su aplicabilidad a los expedientes administrativo-sancionadores, como ha recordado la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional³⁷ como del Tribunal Supremo³⁸.

Esto no puede sorprender, ya hemos llamado la atención al comienzo de este apartado sobre la naturaleza cuasi-penal del Derecho de la Competencia. Por ello, en el contexto del respeto a las garantías procedimentales en el marco del artículo 6 CEDH se plantea si la “falta de separación” entre órgano instructor y órgano decisor en supuestos de vulneraciones de la normativa europea de defensa de la competencia es compatible con dicho precepto. Esta cuestión parecía resultar por la jurisprudencia europea³⁹ pero adquirió un renovado interés tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

³⁴ GONZÁLEZ BARRAL, J. C.: “Los hallazgos casuales en el marco del procedimiento sancionador del derecho de la competencia”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Fundación ICO, Madrid 2018, pág. 302.

³⁵ *Vid.*, entre otros muchos, NADAL GÓMEZ, I.: “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, septiembre de 2016, págs. 13 y ss.

³⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 1º.

³⁷ “La vigencia del principio acusatorio respecto del procedimiento administrativo (sancionador) se predica de este, como manifestación que es del ejercicio del *ius puniendi* del Estado”, STC 160/1994, de 23 de mayo.

³⁸ Afirma esta Sentencia en su Fundamento de Derecho 2º: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante en manifestar que los principios que rigen el derecho penal son extrapolables por regla general al ámbito sancionatorio de la Administración. Entre estos principios se encuentra, como garantía del administrado, el acusatorio, de tal forma que la sanción que haya de imponerse viene delimitada en su aspecto fáctico por lo recogido en el pliego de cargos, que, de esta forma, actúa a modo de calificación definitiva, con la misma instrumentalidad que ésta tiene en el juicio oral”, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de septiembre de 1988 (RJ\1988\6696).

³⁹ GIPPINI FOURNIER, E.: “Derechos humanos y multas impuestas por la Comisión Europea” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 24, 2011, pp. 9-13, p. 10, quien señala que la jurisprudencia desde los años ochenta se ha pronunciado en varias ocasiones en sentido favorable a la compatibilidad con el artículo 6 CEDH del sistema de adopción de sanciones en materia de competencia, en concreto en relación con la acumulación de las funciones de instrucción y decisión en la Comisión. El autor cita en este sentido las Sentencias del Tribunal General de 11 de marzo de 1999, caso T-156/94, asunto *Siderúrgica Aristrain Madrid SL/ Comisión*, apartados 116-118 y de 8 de julio de 2008, caso T-54/03, asunto *Lafarge SA/ Comisión*, apartados 39 a 41.

Por su parte el TEDH ya se había pronunciado sobre esta cuestión en su Sentencia de 23 de noviembre de 2006, en el asunto *Jussila contra Finlandia*, estableciendo que fuera del “núcleo duro” del derecho penal, lo que en definitiva viene a ser el derecho administrativo sancionador, es ciertamente compatible con el artículo 6.1 del CEDH que se impongan sanciones penales en primera instancia por una autoridad administrativa que no tenga carácter judicial, siempre y cuando en la práctica se prevea asimismo la posibilidad de que dicha sanción sea recurrida ante un tribunal independiente e imparcial⁴⁰.

Las diferentes soluciones que hasta la fecha han ofrecido los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, en cuanto a si el hallazgo casual colisiona con el derecho a un procedimiento con todas las garantías o el derecho a la inviolabilidad del domicilio va a depender, en relación con el principio acusatorio, de que dicho hallazgo opere en el mismo procedimiento en el que se descubre (alterando la calificación jurídica de los hechos o simplemente como material probatorio adicional) o que de lugar a la apertura de un nuevo procedimiento por hechos distintos a los inicialmente imputados.

3. LA DOCTRINA DEL “HALLAZGO CASUAL” EN LAS INSPECCIONES DOMICILIARIAS

Es conocida, en el ámbito de la probática civil y penal, la doctrina de los “frutos del árbol prohibido”, que viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un derecho fundamental⁴¹.

Muy conectado con ella, y como una posible vulneración del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, está el hecho de que se admita –bajo ciertas circunstancias- que se puedan usar como pruebas en un expediente sancionador *hallazgos causales*, que se han descubierto en el curso de una inspección, pero que no guardan relación con el objeto de esta. Este tipo de “descubrimientos casuales”, y el valor probatorio que se les haya de conceder en el marco de unas diligencias de entrada y registro en domicilio ha sido analizado con profusión en el ámbito procesal penal⁴².

Ya en el ámbito específico del Derecho de la Competencia, la doctrina⁴³ que más a fondo ha estudiado esta cuestión, destaca que un “hallazgo casual” reúne tres características:

- (i) se trata de inspecciones domiciliarias que están debidamente autorizadas y motivadas;
- (ii) el documento o medio de prueba que se encuentra en el marco de esa inspección no guarda relación con el objeto de esta; y,
- (iii) constituye un indicio o eventual prueba de una conducta anticompetitiva.

Para el análisis de esta cuestión, y ofrecer una valoración de los criterios sentados por la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre la validez probatoria de los hallazgos

⁴⁰ Vid. en este sentido la Sentencia del TEDH de 23 de noviembre 2006, asunto *Jussila c. Finlandia*, nº 73053/01, apartado 43, RJD 2006-XIV.

⁴¹ Vid. un estudio reciente sobre esta doctrina, cuyo origen se sitúa en EE. UU., y cuestionando su válido acogimiento en España, en ANDINO LÓPEZ, J. A.: “La doctrina de los frutos del árbol prohibido”, *Diario La Ley*, nº 8943, 17 de marzo de 2017.

⁴² Vid., por todos, ÁLVAREZ DE NEYRA, S.: “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2001, págs. 1 a 69.

⁴³ IGARTUA ARREGUI, I.: “El hallazgo casual en las inspecciones de competencia, de ‘Dow Benelux a Montesa-Honda’: seis preguntas clave”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 101-116.

casuales, en el marco de una inspección domiciliaria, se hará referencia, en primer lugar, a las potestades de investigación de la CNMC; en segundo lugar, lo que constituye una extralimitación de estas facultades, las llamadas *fishing expeditions*; y, previo a analizar la “saga” de sentencias dictadas en 2019, al hilo del expediente *Recogida de papel*, una breve referencia al precedente necesario: el caso *Montesa Honda*.

3.1. Potestades de investigación de la CNMC y las inspecciones domiciliarias

Es en el contexto de las inspecciones domiciliarias que las autoridades de competencia -en nuestro caso, la CNMC- llevan a cabo en el curso de un expediente sancionador donde la posible colisión con los derechos fundamentales de las personas jurídicas se ha puesto de manifiesto en fechas recientes.

Es evidente que la finalidad de la función inspectora es la de garantizar el cumplimiento de la legalidad⁴⁴, y la tutela del interés público -el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado- recabando las pruebas necesarias para poder sancionar infracciones de la LDC. No es menos evidente que esta actividad inspectora puede entrar en colisión con los derechos de los inspeccionados⁴⁵, y ya en este campo concreto abundan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que expresan⁴⁶ de forma inequívoca la extensión a las personas jurídicas de los derechos de las personas físicas, que despejan las dudas planteadas anteriormente.

En el plano comunitario, la aprobación⁴⁷ del Reglamento 1/2003, de aplicación de las normas de competencia contenidas en la actualidad en los artículos 101 y 102 TFUE, dotó de mayores poderes en este ámbito a la Comisión Europea, aumentando sus facultades de inspección (art. 20) y posibilitando que las inspecciones también se extiendan a cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas (art. 21).

Paralelamente, en nuestro país, la aprobación de la Ley 15/2007, dotó a la entonces creada CNC una expresa atribución de poderes en esta materia, en su art. 40, lo que supuso un notable avance con respecto a lo que preveía la derogada LDC 16/1989. Esta atribución a nuestra autoridad de competencia se desarrolló posteriormente por el Reglamento⁴⁸ de Defensa de la Competencia (RDC), en su artículo 13 (*Facultades de inspección*). La creación⁴⁹ de la CNMC por la Ley 3/2013 ha supuesto un reforzamiento de los poderes de inspección que hasta entonces disfrutaba la CNC, y en su art. 27 (*Facultades de inspección*), que deroga el art. 40 LDC, detalla con exhaustividad el alcance y ejercicio de estas facultades.

⁴⁴ GUILLÉN CARAMÉS, J.: *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la Competencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona (2010), pág. 39.

⁴⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados”, *Anuario de la Competencia 2009*, Ed. Marcial Pons, págs. 133 y ss.

⁴⁶ Sentencia 137/1985, de 17 de octubre: “*nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la CE*”.

⁴⁷ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25).

⁴⁸ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604).

⁴⁹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, páginas 42191 a 42243).

Naturalmente, la naturaleza, alcance y ejercicio de estas potestades administrativas ha merecido la máxima atención por parte de nuestra doctrina administrativa⁵⁰, y a sus trabajos nos remitimos para un análisis en detalle de esta cuestión. Siguiendo a estos autores podemos señalar que el régimen jurídico de las inspecciones domiciliarias se apoya en una serie de principios que rigen la actuación de la Administración Pública, que está naturalmente sometida al principio de legalidad⁵¹ y vinculación positiva al ordenamiento, y que en su actuación debe velar por la defensa tanto del interés general como de los intereses y derechos de las empresas.

En este aspecto, la labor de los Tribunales Superiores de Justicia es más que destacable, en su labor de revisión judicial sobre si la autorización -o denegación- de la entrada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se ajusta a Derecho. Es el caso de la reciente Sentencia⁵² del TSJ de Madrid, de 18 de noviembre de 2019, que anula el Auto por el que denegaba a la CNMC la autorización para llevar a cabo una inspección en la sede del laboratorio farmacéutico *Merck Sharp Dome*.

En su pronunciamiento, el TSJ de Madrid hace un detallado recorrido de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en materia de inspecciones domiciliarias, en general, pero específicamente en el ámbito que estamos analizando aquí, de los expedientes sancionadores antitrust. El análisis del TSJ señala que las cuestiones que el juez debe valorar para realizar una adecuada ponderación de los intereses en conflicto y adoptar las debidas cautelas para limitar “en la medida estrictamente necesaria” el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, son:

- (i) la titularidad del domicilio para cuya entrada se solicita,
- (ii) que se pretenda la ejecución de un acto administrativo con apariencia de legalidad,
- (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para dicha ejecución, y,
- (iv) que se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto, debiendo precisarse los aspectos temporales de la entrada.

Para concluir este apartado, que necesariamente tenía que enmarcar el análisis que se llevará a cabo seguidamente de los “hallazgos casuales”, señalar una vez más que los principios que rigen esta actuación de la autoridad de competencia son: reserva de ley, sujeción al procedimiento administrativo, necesidad y proporcionalidad en su actuación, igualdad de trato de los administrados, especificidad de la investigación y la información recabada en la inspección, y adecuación formal de las actas y procedimiento seguido en el curso de la inspección.

⁵⁰ LAGUNA DE PAZ, J. C.: “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 5, Madrid 2009.

⁵¹ Como acaba de señalarse, la legitimidad administrativa de esta facultad inspectora está fuera de toda duda; el art. 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, reconoce la condición de agente de la autoridad al «personal funcionario de carrera de la CNMC, debidamente autorizado por el director correspondiente», facultándole para «realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de [dicha] Ley». Por su parte, el art. 13.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero) dispone que «el personal autorizado por el Director de Investigación podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, cuando existan indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave».

⁵² Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 748/2019, de 18 de noviembre (ECLI: ES: TSJM:2019:12656).

3.2. La “inspecciones exploratorias” (*fishing expeditions*)

Si en general toda actuación administrativa ha de estar suficientemente motivada, más aún cuando su objeto puede suponer la restricción de un derecho fundamental, como lo es la inviolabilidad del domicilio.

Se entiende, entonces, que derivado de los principios que se acaban de enunciar, tanto en el ámbito comunitario como en el nacional están prohibidas lo que se conoce en inglés como *fishing expeditions*, inspecciones genéricas sin fundamentos concretos, sin fines específicos y que supongan una especie de incursión “a ver si pesco algo” en la empresa objeto de inspección. Es evidente, igualmente, que la autoridad de competencia cuando acuerda una orden de investigación no puede saber de antemano con toda precisión qué materiales probatorios y documentos va a encontrarse en el desarrollo de la inspección.

La exigencia de precisión y concreción de la orden de investigación ya fue establecida por el entonces TJCE en una temprana Sentencia⁵³ de 2002 (asunto *Roquette Freres, S.A.*), al concretar (párrafo nº 99) que la información que debe contener la orden es:

- Una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, que incluyera como mínimo la indicación del mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de la competencia objeto del expediente;
- Explicación acerca de la modalidad concreta en la que se presume que la empresa objeto de inspección está implicada en dichas infracciones;
- Indicaciones que manifiesten de forma detallada porqué la autoridad de competencia respectiva (en este caso, la Comisión Europea) dispone de elementos e indicios materiales relevantes que le lleven a sospechar que la empresa inspeccionada ha cometido dicha infracción;
- Una indicación lo más precisa posible de qué es lo que se busca, así como de los elementos materiales (documentos, archivos informáticos, etc) sobre los que va a efectuarse la verificación.

La interdicción de las inspecciones domiciliarias con fines meramente “exploratorios” es ya doctrina jurisprudencial reiterada, como demuestra la Sentencia⁵⁴ del TGUE que se pronunció sobre los requisitos de “necesidad y proporcionalidad” de la información requerida por la Comisión Europea a una empresa cementera española, en el marco de un expediente sobre prácticas restrictivas.

Como ejemplo de lo delicado que es en ocasiones precisar bien el contenido y alcance de la orden de inspección, en nuestro acervo jurisprudencial hemos de destacar la Sentencia⁵⁵ del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, que anula una inspección domiciliaria en la sede de UNESA, y por tanto el expediente sancionador y la cuantiosa multa que se siguió, por considerar que la Orden de Investigación y su ejecución no reunían las exigencias constitucionales de respeto a los derechos fundamentales de la empresa.

El recurso de casación lo interpuso la representación UNESA contra la Sentencia⁵⁶ de la Audiencia Nacional en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la CNC de 14 de diciembre de 2009 (Expediente R/0030/2009) que inadmitió el recurso interpuesto por la referida Asociación contra la Orden de Investigación de

⁵³ STJCE de 22 de octubre de 2002, As. C-94/00 *Roquette Freres, S.A.*

⁵⁴ STGUE de 14 de marzo de 2013, As. T-296/11 *Cementos Portland Valderrivas/Comisión*.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de diciembre de 2014, rec. núm. 4201/2011.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de junio de 2011, rec. núm. 135/2010.

la Dirección de Investigación de 2 de noviembre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA.

Al margen de otras cuestiones procesales del recurso, que no son de interés aquí, se señala en el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia:

“En el motivo de casación segundo se alega la infracción de los artículos 18.2 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio), 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento, así como de la jurisprudencia dictada en interpretación de dichos preceptos en materia de autorización de inspecciones domiciliarias. Aduce en este motivo la recurrente que, en contra de lo declarado por la sentencia, en el proceso de instancia quedó acreditado que la Orden de Investigación incumple con las exigencias normativas contenidas en los artículos 40 de la Ley y 13 del Reglamento, dada la ausencia de acreditación de indicios de una posible infracción, la falta de justificación de la necesidad de investigación, la desproporción de la medida adoptada y la ausencia de concreción de la supuesta infracción”.

La sala acoge el motivo alegado, recordando su propia jurisprudencia⁵⁷, que extiende el derecho constitucional de la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, que por tanto no se circunscribe a las personas físicas, al igual que otros derechos –como el de la tutela judicial efectiva, amparado por el artículo 24 CE- que se extienden tanto a personas físicas como jurídicas, conforme a la ya citada doctrina del Tribunal Constitucional.

Partiendo de esa premisa, sigue diciendo el TS, es indudable que toda actuación administrativa que comporte una invasión o interferencia en el domicilio de una persona física o jurídica debe producirse, para no ser ilegítimos, dentro los cánones legalmente establecidos. En el ámbito específico que nos ocupa, la normativa que resulta de aplicación viene constituida por los artículos 40 LDC, y 13 RDC, preceptos que –se recuerda por la Sala- deben ser interpretados y aplicados en consonancia con lo dispuesto en la normativa comunitaria europea sobre competencia, en particular, el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Sin embargo, en lo que se refiere al Auto de 4 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid, en su parte dispositiva simplemente autoriza a los funcionarios de la CNC para que “... a partir del día 5 de noviembre puedan entrar en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) a fin de verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de esa entidad que puedan constituir prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de aquella LDC”. Y la fundamentación del referido auto no añade ninguna concreción específica acerca del objeto y la finalidad de la inspección que allí se autoriza, pues únicamente alude a “posibles prácticas anticompetitivas en el seno de UNESA”.

Esta insuficiente justificación se entiende contraria al artículo 24 CE, por no ajustarse a las exigencias del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia⁵⁸ comunitaria, que exige que se indique el objeto y la finalidad de una inspección, siendo esta concreción una ineludible garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas.

Así, concluye nuestro alto tribunal (Fundamento Jurídico 5º):

⁵⁷ Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 2010, rec. núm. 4572/04, 5910/06 y 704/04.

⁵⁸ Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta), de 25 de noviembre de 2014, Asunto T-402/13.

“Trasladando las consideraciones que llevamos expuestas al caso que nos ocupa, no resulta exigible que la Orden de Investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de investigación; pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación. Pues bien, fácilmente se constata que la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, que era objeto de impugnación en el proceso de instancia, no contiene las especificaciones mínimamente exigibles”.

Como ya ha señalado la doctrina, las consecuencias son “brutales”⁵⁹: alcanzada esta conclusión, resulta innecesario el examen del resto de motivos de casación, ya que al verse anulada la Orden de Investigación quedan privadas de validez las actuaciones inspectoras que se llevaron a su amparo. Y, sin entrar por tanto al análisis de si la patronal UNESA cometió o no una infracción contraria al artículo 1.1 LDC –que, todo apunta a que materialmente la conducta encausada sí era constitutiva de práctica anticompetitiva-, se anula la multa de 60 millones de euros (que en su día fue la tercera mayor sanción en la historia de nuestra autoridad *antitrust*), impuesta por la CNC a varias empresas eléctricas, por fijar los precios de la luz a los grandes consumidores de electricidad y poner trabas al cambio de suministrador.

Al año siguiente –y esto es algo preocupante, ya que menoscaba la eficacia de la aplicación pública y cuestiona la actuación inspectora de la autoridad de competencia- encontramos dos pronunciamientos del Tribunal Supremo, con idéntico resultado, resolviendo los recursos respectivos en los asuntos *Navieras Baleares*⁶⁰ y *Transmediterránea*⁶¹, anulando sendas resoluciones de la antigua CNC, de noviembre de 2011 y febrero de 2012, que impusieron a la empresa Transmediterránea multas por importe total de 48,2 millones de euros por infracciones muy graves a la competencia⁶² por formar un cártel de precios.

Este fallo de 2015 del TS es consecuencia de la anulación previa⁶³, acordada en febrero de ese mismo año, de la inspección desarrollada por la CNC en mayo de 2010 en las sedes de Transmediterránea Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca, dado que: *“Las Ordenes de investigación que examinamos resultan sumamente genéricas e incurren en un claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación”* (Fundamento Jurídico 9º). Nuestro alto tribunal destaca en sus pronunciamientos que los datos obtenidos en esas inspecciones carecen de valor alguno por haberse obtenido con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo que produce “insuficiencia probatoria” para dictar las resoluciones sancionadoras, que en gran medida se basaron en esos datos.

⁵⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Las órdenes de investigación de las autoridades de competencia y la protección del domicilio empresarial”, Blog *Derecho mercantil*, 8 de enero de 2015, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/las-ordenes-de-investigacion-de-las.html> (última consulta: 21 de marzo de 2020).

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de junio de 2015, rec. núm. 874/2014 (ECLI:ES:TS: 2015:2559).

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 2015, rec. núm. 1994/2014 (ECLI:ES:TS: 2015:941).

⁶² RCNC de 23 de febrero de 2012 (Expte. S/0244/10).

⁶³ La resolución del Consejo de la CNC de 2 de julio de 2.010 había inadmitido el recurso administrativo entablado contra las órdenes de investigación de 3 y 12 de mayo de 2.010; contra los actos materiales de ejecución de dichas ordenes consistentes en las inspecciones de las sedes de dichas empresas de Palma de Mallorca y Madrid desarrolladas los días 11 y 12 de mayo; y contra la resolución de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de mayo. Este pronunciamiento fue recurrido en vía contencioso-administrativo, y la Audiencia Nacional desestimó dicho recurso mediante Sentencia de 7 de febrero de 2.012, que fue impugnada en casación por las referidas compañías.

Con duras palabras sobre la apreciación de la Audiencia Nacional, señala el Tribunal Supremo en la segunda de las Sentencias (Fundamento Jurídico 2º): *“lo cierto que las razones que expresa la Sala de la Audiencia Nacional relativas a las exigencias que han de observar las Ordenes de investigación no resultan válidas ni suficientes al no ajustarse a los parámetros incluidos en la normativa vigente, que antes hemos transcrito, ni a las pautas y directrices jurisprudenciales que antes hemos expuesto”*.

Prosigue afirmando el TS, en el Fundamento de Derecho 3º de la primera de las Sentencias referidas, y es un compendio preciso de todo lo que se ha expresado en este epígrafe, que:

“En efecto, la valoración probatoria efectuada en la instancia por la Sentencia recurrida, que se basa en la efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia, ha de ser necesariamente corregida, puesto que el órgano regulador se apoyó en datos obtenidos ilícitamente, con infracción de derechos fundamentales -en concreto, del derecho a la inviolabilidad domiciliar- que no han de ser tenidos en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia”.

Un asunto muy parecido, en relación con estas “inspecciones exploratorias” ha sido resuelto recientemente por el Tribunal Supremo, que en Sentencia⁶⁴ de 17 de septiembre de 2018 ha estimado el recurso de casación planteado por la empresa REPSOL contra la Sentencia⁶⁵ de la AN que confirmaba y daba plena validez a unas inspecciones llevadas a cabo en su sede, los días 27 y 28 de mayo de 2017, en las que la empresa investigada entendía se habían vulnerado sus derechos fundamentales.

De estas inspecciones, y el material probatorio incautado, tras la tramitación del oportuno expediente sancionador, se derivó la Resolución⁶⁶ *Precios Combustibles Automoción* que supuso una sanción de 20 millones de euros para la compañía. Además del tema de las inspecciones, esta sanción fue recurrida por vulnerar otro derecho fundamental, relacionado con el principio acusatorio al que hemos hecho referencia anteriormente: la imputación de la conducta a la matriz cuando la responsable era la filial.

No procede -por razón de espacio- entrar aquí en detalle a esta cuestión, baste decir que una vez más se muestra la total falta de sintonía en la revisión judicial antitrust entre las dos instancias en nuestro país, ya que en Sentencia⁶⁷ de 22 de diciembre de 2017 la Audiencia Nacional estimó el recurso planteado por la empresa, y sin embargo este pronunciamiento ha sido casado⁶⁸ recientemente por el Tribunal Supremo.

Volviendo al tema de las inspecciones, señalaba la AN en el Fundamento Jurídico 9º de su Sentencia de 2016:

“En relación con la alegación de REPSOL que define la inspección como exploratoria, se deduce tanto de la lectura del Acta de la Inspección como del Acta de manifestaciones firmadas por REPSOL, que dada extensión de la inspección, que se prolongó durante dos días, la notable diferencia entre el volumen de información inicialmente recabado, y el finalmente seleccionado y copiado, y el empleo en el filtrado de la información relativa a los nombres de los despachos de abogados con los que REPSOL indicó que tiene relación, la inspección se desarrolló conforme a los estándares de proporcionalidad y corrección exigibles”.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1374/2018, de 17 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2018:3106).

⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 323/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:AN:2016:3205).

⁶⁶ RCNMC de 20 de febrero de 2015, Expte. S/0474/13.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 33642/2018, de 22 de diciembre de 2017.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 674/2019, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1688).

Sin embargo, el TS anula dicha Sentencia, aunque por acoger otro de los muchos motivos de casación (sin llegar a pronunciarse, desafortunadamente, sobre las *fishing expeditions*), en concreto el hecho de que los inspectores ocultaron deliberadamente que no disponían de autorización judicial para la entrada, y mientras que la AN -que no duda en calificar dicho proceder como de “irregular”- no considera este hecho como un vicio invalidante del consentimiento otorgado por la empresa para la inspección, el TS sí, y la anula, consolidando la postura que ya había mantenido en pronunciamientos anteriores, como el caso *Montibello*⁶⁹.

Señala en su pronunciamiento de 2018 el Alto Tribunal que:

“La elusiva respuesta que la jefe de la unidad inspectora dio a esa pregunta [sobre si contaban con autorización judicial], señalando que ‘no está autorizada a revelar la citada información’, se aparta claramente de aquellas pautas a las que acabamos de aludir de lealtad, buena fe y transparencia en la actuación administrativa”

Tanto la jurisprudencia *UNESA* como *Montibello* se han ido recogiendo en sucesivos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, como por ejemplo en su Sentencia⁷⁰ de 31 de octubre de 2017 (asunto *SEMI*), que exige como elemento básico del objeto de la investigación -y que, como tal, debe recogerse en la orden de inspección- la indicación, aunque sea aproximada, de la conexión entre la empresa investigada con los hechos supuestamente ilícitos.

Esta Sentencia, dictada al hilo del recurso contra un pronunciamiento⁷¹ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmaba el Auto de 14 de octubre de 2016 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid, en el procedimiento 258/2016, que desestimaba la solicitud realizada por el Abogado del Estado en presentación de la CNMC, de autorización de entrada en el domicilio de Sociedad Española de Montajes Industriales, SEMI.

El Tribunal Supremo incide (Fundamento Jurídico 1º) sobre los presupuestos o requisitos que los Jueces de instancia consideran necesarios para autorizar la entrada: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Tras un extenso repaso sobre el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, concluye que la orden de la CNMC no era lo suficientemente concreta y específica, y desestima el recurso.

Como conclusión a este apartado hemos de “celebrar” que, tras unas iniciales actuaciones de la autoridad de competencia en España que no terminaban de ser acordes al estándar constitucional de tutela de los derechos fundamentales de las empresas⁷², la revisión judicial ha ido calando en nuestro regulador antitrust, y ya encontramos algunas Resoluciones de la CNMC, como por ejemplo la de 4 de febrero de 2016, en el asunto *Correos Express*⁷³, que tratan minuciosamente y con todo rigor el nivel de concreción y motivación que ha de tener una orden de inspección para no causar indefensión al inspeccionado.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 15 junio 2015, rec. núm. 1407/2014 (ECLI:ES:TS: 2015:2879).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1658/2017, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:4102).

⁷¹ Sentencia del TSJ de Madrid, de 15 de diciembre de 2016 (PROV 2017/17563).

⁷² Como ha señalado acertadamente un Magistrado que en su día fue miembro de nuestra autoridad de competencia: “las inspecciones de la CNC han ido más allá de su habilitación legal infringiendo en varios casos derechos fundamentales de los inspeccionados”; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: “Inspecciones de las autoridades de competencia”, *Anuario de la Competencia 2016*, Ed. Fundación ICO, Madrid 2017, pág. 150.

⁷³ Resolución de la CNMC, de 4 de febrero de 2016, Expte. R/AJ/121/15, *CORREOS EXPRESS*.

3.3. Los antecedentes: la Resolución *MONTESA HONDA*

En nuestro país, el Tribunal Supremo sentó con cierta exhaustividad, en sentencia⁷⁴ de 6 de abril de 2016, la doctrina aplicable al hallazgo casual de pruebas por las autoridades españolas de la competencia en el marco una inspección domiciliaria. Este pronunciamiento tiene su origen una inspección realizada por la CNC en diciembre de 2009 en la sede de la empresa Montesa Honda. Según la orden de inspección, ésta tenía por objeto la investigación de posibles prácticas anticompetitivas entre Montesa Honda y sus distribuidores (un acuerdo colusorio de carácter *vertical*). Sin embargo, en el transcurso de la inspección la CNC halló fortuitamente un correo electrónico relativo a otra posible infracción, un acuerdo de intercambio de información con uno de sus competidores, la empresa Suzuki, práctica anticompetitiva de carácter *horizontal* y completamente ajena a las relaciones de carácter vertical entre la empresa y sus distribuidores. La CNC decidió emplear este correo electrónico para fundamentar la incoación de un nuevo expediente sancionador.

Montesa Honda recurrió primero ante el Consejo de la CNC, que desestimó su pretensión⁷⁵, y acudió en vía contenciosa-administrativa ante la Audiencia Nacional, ya que entendía que el acuerdo por el que la CNC decidió incorporar al nuevo expediente el correo electrónico hallado en su inspección –tanto su incautación como utilización posterior para abrir otro expediente sancionador– suponía una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de Montesa Honda, puesto que éste no estaba relacionado con el objeto de la orden de inspección que la autorizaba. La Audiencia Nacional, mediante sentencia⁷⁶ de diciembre de 2012, estimó parcialmente el recurso, acogiendo la tesis de Montesa Honda en este punto.

Sin embargo, en su pronunciamiento el TS revoca el fallo de la AN, otorgando plena validez a la actuación de la CNC, y precisando⁷⁷ con ello el marco legal de los *hallazgos causales*. Así, señala en su Fundamento de Derecho 4º:

“Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado”.

En esta importante sentencia el Alto Tribunal no hace sino confirmar su anterior pronunciamiento en el asunto *Stanpa*⁷⁸, así como recoger la ya reiterada jurisprudencia del TJUE, que se ha pronunciado sobre asuntos similares, como el pionero *Dow Benelux*⁷⁹ (en el que el Tribunal de Justicia señala que usar una documentación intervenida en el marco de una investigación, para incoar otra distinta, con un objeto diferente de la anterior, no es usar la

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 2016, Rec. nº 113/2013.

⁷⁵ Resolución de la CNC de 7 de octubre de 2010, Expte. R-0053/10, *Montesa Honda*.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 4 de diciembre de 2012, Rec. nº 736/2012 (RJ 2012/5076).

⁷⁷ Recordemos que, en la Sentencia de 16 de junio de 2015 (rec. núm. 5963/2011), en el asunto *Colgate Palmolive*, el pronunciamiento del Tribunal Supremo fue mucho más ambiguo y poco clarificador: afirmó entonces que los documentos recabados –aun excediendo los límites de la autorización conferida para la inspección domiciliaria– no constituyen prueba hasta que se haga un uso efectivo de ellos en un procedimiento. Y, mientras esto no ocurra, *“ningún pronunciamiento podemos realizar sobre la legalidad o ilegalidad de una actuación aun no producida”*.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 2012 (RJ 2012/3887).

⁷⁹ Sentencia del TJCE, de 17 de octubre de 1989, As. 85/87, *Dow Benelux NV c. Comisión*.

documentación para un fin distinto, con lo que es perfectamente válido) o el posterior *PVC*⁸⁰ (en la que igualmente se decide a favor de la incautación y utilización de los documentos obtenidos en un procedimiento –relativo a prácticas anticompetitivas en el sector del polipropileno- en un segundo procedimiento –en el sector del PVC-).

Encontramos, sin embargo, un resultado totalmente contrario en posteriores pronunciamientos de la Audiencia Nacional, como por ejemplo el recaído⁸¹ en el asunto REPSOL, con motivo del recurso contencioso-administrativo, tramitado por el cauce especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y que tiene un idéntico planteamiento: si las pruebas obtenidas en un registro autorizado para un expediente sobre prácticas colusorias de carácter horizontal pueden emplearse para otro distinto en el que se investigaban prácticas colusorias de carácter vertical.

Como puede verse, en cuanto al planteamiento del problema el paralelismo es completo, pese a que la solución es la opuesta: en esta ocasión la Audiencia Nacional consideró que la prueba obtenida en la investigación era lícito, al entender que la empresa inspeccionada había dado su consentimiento a la entrada y registro, y que el carácter amplio de la orden permitía deducir que abarcaba tanto las conductas verticales como las horizontales (válidos, por tanto, para la empresa como “operador” y como “distribuidor” de productos petrolíferos), y resume así (Fundamento Jurídico 4º) la doctrina constitucional⁸² sobre el valor probatorio de los hallazgos casuales en el marco de una inspección domiciliaria:

- a) Los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados.
- b) Los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita.
- c) La finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa.
- d) La autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados.
- e) El registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos.
- f) La causa justificativa de la entrada y registro es la investigación de la infracción administrativa, que se fundamenta radicalmente en los hechos investigados, sobre los que gira la orden de entrada y registro.

En opinión de la AN no resulta por tanto de aplicación la doctrina *Nexans*, pese a que es invocada por el recurrente. En efecto, este trascendental –para el tema que nos ocupa– pronunciamiento⁸³ del TGUE subraya la posibilidad, o incluso obligación, de los funcionarios de competencia de comprobar, examinar o acceder a estos documentos ajenos al objeto de la inspección durante el transcurso de esta. Pero aclara a continuación:

“No obstante, a pesar de lo anterior, cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, está obliga a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con

⁸⁰ Sentencia del TJUE, de 15 de octubre de 2002, Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P, *PVC*.

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª), de 23 de enero de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:196).

⁸² Extraída, en la interpretación que hace la Audiencia Nacional, de las SSTC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49), FJ 8º; 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 166), FJ 8º; 171/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 171), FJ 10º, y 8/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 8), FJ 4º.

⁸³ Sentencia del Tribunal General de la UE de 14 de noviembre de 2012, Asunto T-135/09.

los sectores indicados en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación”.

Para concluir este apartado, hay que señalar que los pronunciamientos son todavía algo contradictorios, y no acaban de concretar bien cuándo un hallazgo causal va a ser o no prueba válidamente obtenida. Sobre todo, frente a las exigencias que hemos ido detallando en apartados anteriores (deber de informar si se cuenta o no con autorización judicial, información mínima que debe contener la orden de registro, desarrollo de la inspección limitándose a lo previsto en la orden o el eventual mandamiento judicial, etc), la revisión judicial no termina de delimitar el contorno de la inspección, permitiéndose -como acabamos de ver- que se extienda a conductas que inicialmente no estaban previstas: verticales en vez de horizontales⁸⁴; horizontales en vez de verticales (caso *Montesa Honda*), ambas indistintamente (caso *Repsol*), y compañías filiales⁸⁵ aunque la presunta autora de la conducta anticompetitiva era la matriz.

3.4. La “saga” de pronunciamientos del Tribunal Supremo en 2019

Llegamos finalmente al análisis de la saga de Sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal a lo largo del año 2019, todas ellas derivadas de un único asunto, la ya citada RCNMC *Recogida de papel*, que completa la doctrina sentada en la STS de 6 de abril de 2016 (a la que todas las que vamos a citar en este apartado -sin excepción- se refieren, como *leading case* en esta materia) y en cierto modo la matiza y aclara.

El punto de partida es sencillo: en el curso de una inspección realizada por la CNMC en los locales de las empresas, los días 6 y 7 de junio de 2012, en relación con el expediente S/0415/12 *ABH-ISMA*, cuya orden de investigación estaba dictada para recabar pruebas sobre posibles pactos colusorios en el mercado de “recogida, transporte y tratamientos de residuos en centros sanitarios”, se recaban también diferentes materiales probatorios en relación a posibles pactos colusorios en el mercado de “recuperación de papel y cartón”.

A partir de este hallazgo -aparentemente casual- la CNMC decidió la incoación de un procedimiento sancionador distinto⁸⁶, el expediente S/0430/12, que dio lugar la Resolución de 6 de noviembre de 2014 y la imposición a las empresas responsables de las conductas infractoras las siguientes multas por un importe total de aproximadamente 4 millones de euros:

- UNIÓN DE EMPRESAS DE RECUPERACIÓN, S.L. (UDER): 150.000 euros.
- FELIP VILELLA I FILLS, S.L.: 147.280 euros.
- HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ, S.A.: 465.372 euros.
- IRMASOL, S.A.: 603.685 euros.
- ISMA 2000, S.L.: 190.298 euros.

⁸⁴ SAN núm. 196/2015 de 26 de enero, en el asunto *CEPSA* (ECLI:ES:AN:2015:196).

⁸⁵ STS núm. 1846/2016 de 25 de abril, en el asunto *Lactalis* (ES:TS:2016:1846).

⁸⁶ *Vid.* el acertado análisis que se lleva a cabo sobre este inicio de un segundo expediente, y las dudas de legalidad que plantea, escrito por abogados que conocen bien el caso: ABRIL FERNÁNDEZ, E. y RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO, G.: “El cártel de los residuos. Inicio de un segundo expediente y dudas que plantea a la luz del principio *‘Ne bis in Ídem’*”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Civitas, Madrid 201, págs. 108 y ss.

- RECIO Y CABRAL, S.L.: 305.434 euros.
- ALBA SERVICIOS VERDES, S.L.: 577.795 euros.
- RECUPERACIÓN DE PAPELES HNOS FDEZ, S.A.: 254.323 euros.
- RUA PAPEL GESTIÓN, S.L.: 354.888 euros.
- S. SOLIS, S.A.: 432.232 euros.
- UTRAMIC, S.L.: 285.830 euros.
- VANPAC, S.A.; 10.000 euros.
- SAICA NATUR, S.L.: 43.438 euros.
- DESTRUDATOS CONFIDENCIAL, S.L.: 10.000 euros.

Al menos diez de las trece empresas sancionadas plantearon los correspondientes recursos ante la Audiencia Nacional, la que, en todos los casos, rechazó el argumento de los recurrentes de que la prueba de cargo estaba viciada de nulidad, ya que había sido obtenida para el “mercado de recuperación de papel” mientras que la orden de registro sólo habilitaba a la CNMC a buscar pruebas en el “mercado de recogida, transporte y tratamientos de residuos en centros sanitarios”.

Si esto fuera así, se habría incurrido en la vulneración del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, y causado indefensión material al investigado de tenerse en cuenta como prueba de cargo las evidencias recabadas ilícitamente.

Sin embargo, en todos los casos, la Audiencia Nacional rechaza esta argumentación, y aduce la aplicabilidad de la doctrina del hallazgo causal: admite⁸⁷ la extrema vaguedad e imprecisión de la fórmula empleada por la autoridad de competencia en la orden, que se refiere a “tratamientos de residuos de otro tipo”, y llega a afirmar que es *inacceptable*, pero entiende que esta circunstancia carece de relevancia, y en modo alguno invalida el material probatorio recabado, que da origen al segundo expediente sancionador.

Y, pese a que en su Fundamento Jurídico 7º lleva a cabo una precisa delimitación entre los aspectos materiales y formales⁸⁸ que ha de cumplir la orden de inspección, hace seguidamente una aseveración que, a la luz de todo lo que hasta ahora hemos visto en estas páginas, resulta cuando menos sorprendente: “*No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción*”.

El Tribunal Supremo, en sus pronunciamientos en casación de estas Sentencias no admite semejante línea argumental, y entiende, en cambio, que la doctrina del hallazgo casual no es aplicable en este asunto, por los siguientes motivos⁸⁹ (siempre con la referencia obligada a la doctrina sentada en la Sentencia de 6 de abril de 2016):

⁸⁷ *Vid.*, como un ejemplo de entre los muchos que podrían citarse, la literalidad de estas expresiones en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª), núm. 252008/2017, de 28 de septiembre.

⁸⁸ Cuestión que ha sido también analizada, con acierto, en GIMÉNEZ RODRIGO, L. e IGARTUA ARREGUI, I.: “Nuevos requisitos materiales y formales de las inspecciones domiciliarias: la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Civitas, Madrid 2018, págs. 189 y ss.

⁸⁹ Sentencia núm. 233/2019, de 25 de febrero, Fto. Jco. 4º. A estos efectos, valdría cualquiera de las diez sentencias, no sólo replican la argumentación de forma similar en todas, sino que en muchos casos, incluso con ponentes distintos, copian literalmente los párrafos de un pronunciamiento a otro.

1º. El punto de partida, y de esto se hace eco el pronunciamiento, es que *“la doctrina sobre el hallazgo casual alude a un hallazgo de material probatorio que se produce de manera imprevista y fortuita, en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta”*.

2º. A continuación, toda la jurisprudencia comunitaria que acertadamente recoge el TS en su argumentación, *“viene a precisar que para que el material probatorio así obtenido pueda ser utilizado de forma legítima es necesario que el hallazgo se produzca con ocasión de una entrada y registro que cuente con la necesaria habilitación y se desarrolle de forma idónea y proporcionada”*.

3º. En contra del parecer de la Audiencia Nacional, tales exigencias no se cumplen en el caso que ahora nos ocupa, y afirma el Tribunal Supremo que *“en puridad, ni siquiera cabe afirmar que haya existido un hallazgo casual”*. Esto es así porque la documentación relativa a la recogida y tratamiento de otros residuos (distintos a los sanitarios, que eran los que la orden inicial de inspección amparaba) *“se encontró porque se buscaba”*.

4º. La Orden de Investigación en cuestión, además de referirse a los residuos sanitarios, que eran objeto de aquel expediente, aludía también a *“tratamientos de residuos de otro tipo”*; como ha quedado claro de lo ya expuesto, esta expresión en la orden de registro, por su genericidad y vaguedad, no es habilitante para que a su amparo pudiese realizarse inspección o indagación alguna.

5º. En definitiva, y este es el motivo por el que el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, y en consecuencia anula la prueba, y la sanción que se fundamentó en ella, *“estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual”*.

En la línea ya apuntada de la conexión entre los derechos fundamentales y las garantías procesales, una de las últimas Sentencias⁹⁰ de esta saga, la de 22 de octubre de 2019, señala con precisión en su Fundamento Jurídico 4º que *“debe concluirse que la resolución sancionadora se basa en un material probatorio que no ha sido obtenido de forma ajustada a derecho”*.

Tenía que haberse dado, por tanto, una suerte de *“legimitación en cadena”*, que en este caso concreto no concurre, por los motivos que acabamos de señalar: si la orden es correcta, legítima la inspección; si la inspección se desarrolla correctamente, legítima los hallazgos causales.

Lo resume el Magistrado Espín Templado, ponente de la última de las Sentencias que hemos recogido en este trabajo (25 de octubre de 2019) y también de la primera (18 de febrero de 2019), en el Fundamento Jurídico 3º en ambas, y con esta cita concluimos este apartado:

“En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a

⁹⁰ Sentencia núm. 1410/2019, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3256).

la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado”.

4. CONCLUSIONES

De todo lo visto en las páginas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, es evidente que la autoridad de competencia, en cumplimiento de las funciones que la Ley le atribuye, ha de contar con las potestades de investigación necesarias para una eficaz detección de prácticas anticompetitivas. Además de otras muchas, en este aspecto cuenta muy especialmente con la posibilidad de realizar inspecciones domiciliarias en las sedes de las empresas, y otros locales.

En segundo lugar, no es menos incuestionable que en el ejercicio de esas potestades de investigación han de respetarse las garantías procesales debidas, así como ejercitarse con el máximo respeto a los derechos fundamentales de las empresas investigadas, y en lo que aquí nos toca, especialmente la inviolabilidad del domicilio.

En tercer lugar, la falta de previsión legal en esta materia, y el excesivo “celo” con el que a veces se han desarrollado estas inspecciones⁹¹, ha hecho que tanto en el plano comunitario - para la Comisión Europea- como nacional -la actual CNMC, y sus predecesoras- la revisión judicial de estas actuaciones haya ido delimitando el alcance y contornos del ejercicio de estas potestades administrativas.

En consecuencia, contamos con un rico acervo jurisprudencial, que en el plano comunitario está compuesto no sólo por pronunciamientos del TJUE o el TGUE, sino también del TEDH, que ha ido precisando cuándo se entendía vulnerado un derecho fundamental en la UE como consecuencia de las actuaciones de la Comisión Europea. Lo mismo podemos decir en nuestro país, con abundantes Sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, aunque es de lamentar la falta absoluta de sintonía entre ambos.

En cuarto lugar, y en lo que a los hallazgos casuales, podemos decir que se da una “legitimación en cadena”: lo que encuentren por sorpresa -y la casualidad tiene que ser genuina, no se puede ir buscando de una forma u otra- en la inspección, indicativo de posibles prácticas anticompetitivas, es válido como prueba de cargo si la inspección es legítima. Y la inspección es legítima si, entre otras cosas que afectan a su desarrollo y ejecución, la orden de investigación emitida por la autoridad de competencia reúne los presupuestos de especificidad y concreción.

En quinto lugar, y en contraposición a lo señalado en la conclusión anterior, está fuera de toda discusión que la autoridad de competencia no puede llevar a cabo “inspecciones exploratorias” (*fishing expeditions*); cualquier hallazgo de material probatorio que se incaute en una de estas inspecciones puede ser anulado por un tribunal en la posterior revisión judicial.

En sexto lugar, ni la Audiencia Nacional (caso *Fabricantes de turrón*) ni el Tribunal Supremo (caso *Montesa Honda*) han sido reticentes, cuando lo han visto oportuno, a admitir hallazgos casuales, y avalar las inspecciones que la autoridad de competencia hace en una empresa, si reúne los requisitos que hemos ido señalando a lo largo de este comentario.

En séptimo y último lugar, y como hemos señalado al hilo de la saga de pronunciamientos (hasta diez Sentencias en el año 2019) dictados por el Tribunal Supremo con motivo del asunto *Recogida de papel*, cuando no se respetan los derechos fundamentales, ello constituye un vicio

⁹¹ Muy elocuente, en este sentido, ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “¿Inspección o Inquisición?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 6 (2008) págs. 5-8.

procesal invalidante, y lleva a anular la prueba obtenida en la inspección, y en la medida en que sea ésta la única prueba de cargo del expediente sancionador, pues lamentablemente para nuestro sistema de *enforcement* antitrust, también se anula la sanción, aunque no haya ninguna duda que, desde el punto de vista material, había habido una práctica restrictiva de la competencia.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL FERNÁNDEZ, E. y RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO, G.: “El cártel de los residuos. Inicio de un segundo expediente y dudas que plantea a la luz del principio ‘*Ne bis in Ídem*’”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Civitas, Madrid 201, págs. 108 y ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Las órdenes de investigación de las autoridades de competencia y la protección del domicilio empresarial”, Blog *Derecho mercantil*, 8 de enero de 2015: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/01/las-ordenes-de-investigacion-de-las.html> (última consulta: 21 de marzo de 2020).
- ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “¿Inspección o Inquisición?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 6 (2008), págs. 5-8.
- ÁLVAREZ DE NEYRA, S.: “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2001, págs. 1 a 69.
- ANDINO LÓPEZ, J. A.: “La doctrina de los frutos del árbol prohibido”, *Diario La Ley*, nº 8943, 17 de marzo de 2017.
- BELLAMY, C.: “Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law” en *e-Competitions*, nº 47946, (5 Julio 2012).
- BRUFAO CURIEL, P.: “Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la CNMC: análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 447 a 472.
- CANTOS BAQUEDANO, F. y SANTOS LORENZO, S.: “Los límites a los poderes de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia”, en PETITBÓ JUAN, A. (Dir), *Acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009, págs. 255 a 278.
- DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: “La tutela de los Derechos Fundamentales en los procedimientos administrativo-sancionadores del Derecho de la Competencia”, *Revista CEF Legal*, nº 214 (noviembre 2018), págs. 1-30.
- FELTRER RAMBAUD, L.: “La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones administrativas en materia de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, nº 17, Madrid 2010, pp. 11-31.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: “Inspecciones de las autoridades de competencia”, *Anuario de la Competencia 2016*, Ed. Fundación ICO, Madrid 2017, pág. 150.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados”, *Anuario de la Competencia 2009*, Ed. Marcial Pons, págs. 133 y ss.
- GIMÉNEZ RODRIGO, L. e IGARTUA ARREGUI, I.: “Nuevos requisitos materiales y formales de las inspecciones domiciliarias: la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Civitas, Madrid 2018, págs. 189 y ss.
- GIPPINI FOURNIER, E.: “Derechos humanos y multas impuestas por la Comisión Europea” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 24, 2011, pp. 9-13.

- GÓMEZ MONTORO, Á. J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español)” en *Cuestiones constitucionales* nº 2, enero-junio 2000, pp. 23-71, p. 26.
- GONZÁLEZ BARRAL, J. C.: “Los hallazgos casuales en el marco del procedimiento sancionador del derecho de la competencia”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Fundación ICO, Madrid 2018, pág. 302.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la Competencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona (2010), pág. 39.
- IGARTUA ARREGUI, I.: “El hallazgo casual en las inspecciones de competencia, de 'Dow Benelux a Montesa-Honda': seis preguntas clave”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 101-116.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 5, Madrid 2009.
- LENAERTS, K.: “Due process in competition cases”, *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Desorden judicial en defensa de la competencia”, *Working Paper IE Law School* AJ8-231, 15 de junio de 2016, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3028712>
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A.: “En contra del reconocimiento de ‘derechos humanos corporativos’ en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia”, *Diario La Ley*, nº 3251/2015, 14 de mayo de 2015.
- MÖLLMANN, M.: “Due Process in Antitrust Proceedings Before the European Commission: Fundamental Rights are not enough”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2014 (1).
- NADAL GÓMEZ, I.: “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, septiembre de 2016, págs. 13 y ss.
- PÉREZ-ABAD, C.: “Novedades jurisprudenciales en materia de inspecciones domiciliarias durante 2016”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Civitas, Pamplona 2017, págs. 303 y ss.
- PÉREZ-ABAD, C.: “Inspecciones domiciliarias: novedades y decisiones judiciales en 2018”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Civitas, Madrid 2019, págs. 45 y ss.
- VERGÉZ MUÑOZ, C.: “Los derechos de las empresas objeto de inspecciones de Competencia: la sentencia del TS en el ‘asunto Stanpa’”, publicaciones del *Consejo General de la Abogacía Española*, 21 de enero de 2013, disponible en: <http://www.abogacia.es/2013/01/21/los-derechos-de-las-empresas-objeto-de-inspecciones-de-competencia-la-sentencia-del-ts-en-el-asunto-stanpa/> (último acceso el 29 de marzo de 2020).
- WILS, W.: “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees” en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, 2011, pp. 1-32.