

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: TERCERA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 10/12/2014

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 4201/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 25/11/2014

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: Jd

Nota:

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. ORDEN DE INVESTIGACIÓN QUE DISPONE LA INSPECCIÓN DE LAS DEPENDENCIAS DE UNESA. FALTA DE CONCRECIÓN DEL OBJETO Y FINALIDAD DE LA INSPECCIÓN. HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN Y ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. VOTO PARTICULAR.

RECURSO CASACION Num.: 4201/2011

Votación: 25/11/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Calvo Rojas

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 4201/2011 interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), representada por la Procuradora D^a María Concepción Villaescusa Sanz, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2011 dictada en el

recurso contencioso-administrativo nº 135/2010. Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2011 (recurso nº 135/2010) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de diciembre de 2009 (expediente R/0030/2009 UNESA) que inadmitió el recurso interpuesto por el representante de UNESA contra la Orden de Investigación de 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.

En la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009 se acordaba el inicio de una información reservada bajo la referencia DP 40/09 "...para verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación en el seno de UNESA"; y a tal fin se autorizaba a determinados funcionarios para proceder a la realización de una inspección en la sede de UNESA a partir del día 5 de noviembre siguiente.

SEGUNDO.- En el proceso de instancia la Administración demandada plantó la inadmisibilidad del recurso por estar dirigido contra acto no susceptible de impugnación, lo que es rechazado en el fundamento segundo de la sentencia señalando la Sala de instancia que, con independencia de lo que se decida acerca de si era o no recurrible la Orden de Investigación y su

ejecución, no cabe duda de que es susceptible de impugnación en vía jurisdiccional el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia que inadmitió el recurso contra aquélla.

Sobre esa cuestión no se ha suscitado debate en casación, como tampoco en relación con las consideraciones que se exponen en la primera parte del fundamento tercero de la sentencia, donde la Sala de instancia señala que la Orden de Investigación, en cuanto disponía la entrada y registro en la sede de la demandante, era un acto de trámite cualificado, en cuanto afectaba al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, por lo que era impugnable; apreciación ésta que, insistimos, tampoco ha sido cuestionada en casación.

En ese mismo fundamento tercero la Sala de la Audiencia Nacional añade otras consideraciones en las que inicia ya el examen de la controversia de fondo:

<< (...) Debe en todo caso efectuarse una precisión: en el supuesto enjuiciado además de emitirse la orden de investigación, se solicita autorización judicial, que fue concedida mediante auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid, de fecha 4 de noviembre de 2009.

En dicho auto se autoriza *“a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia que se reseñan en la Orden de investigación que sirve de base a esta resolución, y a la que me remito para que, a partir del día 5 de noviembre puedan entrar en la sede de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELECTRICA (UNESA) a fin de verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de esa entidad que puedan constituir prácticas anticompetitivas prohibidas por el art. 1 de aquella LDC”*.

La intervención del Juzgado tiene por objeto garantizar la inviolabilidad del domicilio y esta intervención autoriza a la Administración a que entre en aquel, correspondiendo el control de la legalidad de dicha resolución judicial no a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo en el marco de un recurso contra un acto administrativo, sino a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En todo caso, es preciso recordar las pautas establecidas al efecto por el Tribunal General de la Unión Europea en la reciente sentencia de 26 de octubre de 2010 dictada en el asunto T-23/09...

[...]

Establece el Tribunal que es preciso que los destinatarios puedan identificar el objeto y la finalidad de la inspección, exclusivamente. Y continúa:

“39 Procede recordar, sin embargo, que el deber de motivar una decisión individual tiene la finalidad de permitir al juez comunitario ejercer su control sobre

la legalidad de ésta y de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión está bien fundada o si eventualmente adolece de algún vicio que permita impugnar su validez, precisándose que el alcance de esta obligación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1984, Interfacultair Instituut Electronenmicroscopie der Rijksuniversiteit te Groningen, 185/83, Rec. p. 3623, apartado 38; sentencias del Tribunal General de 15 de junio de 2005, Corsica Ferries France/Comisión, T-349/03, Rec. p. II-2197, apartados 62 y 63, y France Télécom/Comisión, citada en el apartado 33 supra, apartado 48).”

Todas estas consideraciones son íntegramente de aplicación al supuesto enjuiciado, y se reproducen a los solos efectos de indicar cuál sería la conclusión a alcanzar si no hubiese existido el auto judicial. Es decir: es en vía de recurso del auto judicial que deben explicitarse los motivos por los que se entiende que su otorgamiento es contrario a derecho. Y por aplicación de la jurisprudencia comunitaria, debe señalarse que la Orden de Investigación, si pudiera considerarse de forma separada al auto judicial, porque este no se hubiese dictado, reúne los requisitos de motivación que exige el ordenamiento jurídico.

La consecuencia que extrae esta Sala por las razones expuestas es que debe desestimarse el motivo de recurso que se fundamenta en que la orden de investigación vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y en cuanto se alega: falta de motivación, ausencia de indicios de las conductas investigadas, ausencia de justificación de la necesidad de la intervención en el domicilio y de la debida ponderación de los intereses en juego, la proporcionalidad de la medida, la ausencia de concreción de la infracción y del objeto y finalidad de la inspección.

Esta Sala debe por tanto limitarse a comprobar si la actuación administrativa una vez dentro del domicilio de la actora, se llevó a cabo dentro de los parámetros establecidos en el auto, y con el respeto debido a la legalidad, concretamente, si tal irrupción en el ámbito de la intimidad se produjo sin más limitaciones de ésta que aquellas estrictamente indispensables para ejecutar la resolución judicial>>.

Una vez descartado así, en el fundamento tercero, que la Orden de Investigación vulnerase el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la sentencia entra a examinar, en el fundamento cuarto, si una vez dentro del domicilio de la demandante la actuación inspectora comportó alguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente, del derecho a la intimidad y secretos de las comunicaciones de los empleados de UNESA y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.1, 18.3 y 24 de la Constitución, llegando a la Sala de instancia a la conclusión de que ninguno de esos derechos había resultado vulnerado en el curso de la actuación inspectora.

Por todo ello la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) preparó recurso de casación y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2011 en el que formula tres motivos de casación, el primero de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción-Contencioso-Administrativa y los otros dos invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El enunciado y contenido de cada uno de los motivos es, en resumen, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 33 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120 de la Constitución en relación con la debida congruencia y motivación de las sentencias, con cita de jurisprudencia sobre estas exigencias. Sostiene la recurrente que la sentencia no da respuesta a los motivos alegados por la parte y no alude a las cuestiones del fondo del asunto sobre la vulneración de los artículos 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento, ni sobre los documentos recabados por la inspección y completamente ajenos a su objeto, a la falta de comunicación previa de los criterios de búsqueda, y al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En relación con la incongruencia omisiva, cita sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 y 17 de septiembre de 2010; y en cuanto a la falta de motivación cita las sentencias de 5 de abril de 2011 y 24 de febrero de 2011.

2.- Infracción de los artículos 18.2 de la Constitución, 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, porque, en contra de lo declarado

por la sentencia, la demandante acreditó 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.

3.- Infracción de los artículos 18 y 24 de la Constitución en relación el derecho a la inviolabilidad del domicilio y derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente y el derecho a la intimidad, así como de la jurisprudencia comunitaria al respecto (cita SsTJUE de 18 de mayo de 2012 y 17 de septiembre de 2007).

Termina el escrito solicitando que, estimando el recurso, se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte pronunciamiento de fondo estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando las resoluciones impugnadas.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección 1ª de esta Sala del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2012 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 23 de mayo de 2012 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación procesal de la Administración del Estado mediante escrito presentado el 12 de junio de 2012 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados y termina

solicitando que se desestime el recurso con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 25 de noviembre de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO CALVO ROJAS**, al discrepar del parecer de la mayoría de la Sala el Ponente primeramente designado, que formula voto particular.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO CALVO ROJAS**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 4201/2011 lo interpone la representación de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2011 (recurso nº 135/2010) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por UNESA contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia 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 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.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a

examinar los motivos de casación, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el motivo de casación primero, formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la recurrente alega la infracción de los artículos 33 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120 de la Constitución, así como de la jurisprudencia que allí se cita, por incurrir la sentencia recurrida en incongruencia y falta de motivación. La recurrente sostiene que la sentencia no da respuesta a los motivos de impugnación alegados por la parte y no alude a las cuestiones de fondo suscitados en relación con la vulneración de los artículos 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento, los documentos recabados por la inspección y completamente ajenos a su objeto, la falta de comunicación previa de los criterios de búsqueda, y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

El motivo así planteado no puede ser acogido.

En repetidas ocasiones hemos señalado que el deber de motivación de las sentencias cumple un doble propósito, de un lado, pone de manifiesto por qué se ha realizado una determinada interpretación y aplicación de la ley de suerte que se permite a los destinatarios conocer y comprender su contenido para su posible impugnación; y, de otro, hace posible comprobar que el razonamiento -o la decisión sin más- no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, cuando sea revisada en vía de recurso (artículo 120.1 de la Constitución y artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Pues bien, la sentencia aquí impugnada cumple la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, de acuerdo con el criterio establecido al respecto por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias

de las que son buena muestra, respectivamente, la sentencia esta Sala de 24 de septiembre de 2008 (casación 5949/2004) y la STC 301/2000 de 13 de noviembre, así como las que en ellas se citan.

Es cierto que la sentencia recurrida, cuando examina los motivos de impugnación dirigidos contra la Orden de Investigación, no menciona de manera expresa los preceptos que la demandante citaba como vulnerados (artículos 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento). Sin embargo, es indudable que la Sala de instancia aborda el argumento de impugnación esgrimido por la parte actora, pues el fundamento tercero de la sentencia, después referirse a la autorización otorgada por auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y de reseñar algunos pronunciamientos del Tribunal General de la Unión Europea, concluye que "...debe desestimarse el motivo de recurso que se fundamenta en que la orden de investigación vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y en cuanto se alega: falta de motivación, ausencia de indicios de las conductas investigadas, ausencia de justificación de la necesidad de la intervención en el domicilio y de la debida ponderación de los intereses en juego, la proporcionalidad de la medida, la ausencia de concreción de la infracción y del objeto y finalidad de la inspección". Por tanto, la sentencia de instancia, aunque no alude expresamente a los preceptos que citaba la demandante, sí aborda la cuestión suscitada, y la desestima por las razones que se recogen en el citado fundamento tercero.

La recurrente puede legítimamente discrepar de la conclusión a que llega la Sala de instancia y de las razones en que ésta se sustenta; pero no cabe afirmar que la sentencia haya incurrido en incongruencia omisiva ni en falta de motivación, pues con acierto o sin él –de ello nos ocuparemos a continuación- la sentencia aborda la cuestión y expone las razones por las que considera procedente su desestimación.

TERCERO.- Antes de iniciar el examen de los motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, procede que hagamos dos puntualizaciones.

En primer lugar debe notarse que, como la propia sentencia de instancia señala, la Orden de Investigación, en cuanto disponía la entrada y registro en la sede de la demandante, era un acto de trámite cualificado, en cuanto afectaba al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, por lo que era impugnabile (en este sentido se expresa el fundamento tercero de la sentencia en sus cuatro primeros párrafos). Ahora bien, de acuerdo con esa apreciación, que compartimos plenamente, el recurso contencioso-administrativo debió ser estimado al menos en ese punto, con la consiguiente anulación del acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia que había inadmitido el recurso formulado en vía administrativa; y sin embargo no lo hizo así, pues el fallo de la sentencia es íntegramente desestimatorio. Pero no abundaremos en este punto pues no se ha formulado un motivo de casación para denunciar la incongruencia de la sentencia en este aspecto.

Por otra parte, además de la impugnación dirigida contra ese acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de diciembre de 2009 que inadmitió el recurso formulado en vía administrativa, en el proceso de instancia la parte actora impugnaba, de un lado, la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 2 de noviembre de 2009, y, de otra parte, la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 sede de UNESA.

A la impugnación dirigida contra la Orden de Investigación dedica la sentencia la segunda parte de su fundamento tercero, donde, tras unos breves razonamientos, se termina concluyendo que la orden de investigación no vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Con más detenimiento

examina la Sala de instancia, los argumentos de impugnación que dirigía la demandante contra la actuación inspectora desarrollada en la sede de UNESA durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009, que son analizados –y desestimados- en el extenso fundamento cuarto de la sentencia. A uno y otro aspecto de la controversia se refieren, respectivamente, los motivos de casación segundo y tercero, en cuyo análisis ahora nos adentramos.

CUARTO.- 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. Pues bien, desde ahora queda anticipado que el motivo debe ser acogido.

En cuanto a la inviolabilidad del domicilio, es obligado ante todo recordar, como ya hicieron las sentencias del Pleno de esta Sala de 23 de abril de 2010 (recursos de casación 4572/04, 5910/06 y 704/04), que la STC 137/1985, de 17 de octubre, extendió el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, señalando al efecto el Tribunal Constitucional que *<<...ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su*

naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que 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 art. 24 de la misma C. E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas>>.

Partiendo de esa premisa, 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 ilegítima, dentro los cánones legalmente establecidos. En el ámbito específico de actuación de los órganos reguladores en materia de defensa de la competencia la normativa que resulta de aplicación viene constituida por los artículos 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, preceptos que 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, cuando se trate de conductas que en principio pudieran encajar en estos dos últimos preceptos.

El contenido del artículo 40 de la Ley 15/2007 (que luego sería derogado por la disposición derogatoria e/ de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) es el que sigue:

<< Artículo 40. Facultades de inspección.

1. El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado.

4. Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición, éste deberá solicitar la correspondiente autorización judicial cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

5. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley>>.

Por su parte, el artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< Artículo 13. Facultades de inspección.

1. A los efectos del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el personal de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ir acompañado de expertos o peritos en las materias sobre las que verse la inspección, así como de expertos en tecnologías de la información, todos ellos debidamente autorizados por el Director de Investigación.

2. A efectos de lo establecido en el artículo 40.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, 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. El personal autorizado dispondrá de las facultades previstas en el artículo 40.2.b), c) y d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

3. El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia [...]».

La exigencia establecida en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia de que la orden de inspección contenga las especificaciones que allí se indican guarda correspondencia con lo establecido en el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, cuyo artículo 20.4 establece:

<< (...) 4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección».

QUINTO.- Siendo ese el marco normativo, la sentencia aquí recurrida afirma que la Orden de Investigación impugnada no vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, basando esta conclusión en que la actuación inspectora había sido autorizada por auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid Mercantil; y señalando que, según sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 26 de octubre de 2010 (asunto T-23/09), que interpreta y aplica el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, la exigencia de motivación de las decisiones de inspección tiene por objeto asegurar que los destinatarios puedan identificar el objeto y la finalidad de la inspección, exclusivamente; y que, según esa misma sentencia del Tribunal General, *<<...el alcance de esta obligación [de motivación] depende de la*

naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1984, Interfacultair Instituut Electronenmicroscopie der Rijksuniversiteit te Groningen, 185/83, Rec. p. 3623, apartado 38; sentencias del Tribunal General de 15 de junio de 2005, Corsica Ferries France/Comisión, T-349/03, Rec. p. II-2197, apartados 62 y 63, y France Télécom/Comisión, citada en el apartado 33 supra, apartado 48)>>.

Pues bien, como ya hemos anticipado, las razones que ofrece la Sala de la Audiencia Nacional resultan insuficientes.

En lo que se refiere al auto de 4 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid, debe notarse que en su parte dispositiva autoriza a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia 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 ninguna concreción añade 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". Así, la ponderación que realiza el Juzgado se concentra en el fundamento tercero del auto, cuyo contenido es el siguiente:

<< (...) TERCERO.- En el presente supuesto, como la solicitud de entrada sin previa audiencia viene motivada por la existencia de posibles prácticas anticompetitivas en el seno de UNESA en relación con el diseño y la coordinación de estrategias y comportamientos competitivos de las empresas asociadas, y por la necesidad de garantizar la eficacia de la inspección acordada en la Orden de Investigación DP 40-09 dictada en 2 de noviembre del presente año por la Directora de Investigación, queda justificada por parte de la Administración Pública, que tiene encomendada la protección de los intereses generales, la conveniencia de la entrada sin antes dar aviso o noticia alguna previa ante el riesgo evidente de que de no hacerlo así se frustrase el resultado de

la investigación; y en su consecuencia es claro que procede conceder la referida autorización...>>.

En sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2013 (casación 5606/2010) decíamos que corresponde al juez que autoriza la entrada y registro <<... *valorar la existencia de los indicios que la Comisión Nacional de la Competencia le presente para justificar la inspección domiciliaria*>> (F.J. 7º); pero más adelante (F.J. 8º), esa misma sentencia deja señalado que <<...*el juez que autoriza la inspección domiciliaria no es el mismo juez que deberá a posteriori pronunciarse con cognición plena sobre la legalidad de las actuaciones administrativas, incluida la orden de investigación...*>>. Abundando ahora en esta última consideración, debemos señalar que el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación –en este caso, la Orden de Inspección- enjuicie ésta en su integridad, por lo que indudablemente ese tribunal puede y debe pronunciarse acerca de si en la orden de inspección queda debidamente razonado y justificado el objeto y la finalidad de la inspección para la que se autoriza la entrada en el domicilio.

Volviendo entonces a los preceptos que antes hemos reseñado, hemos visto que según el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia el personal que lleva a cabo la inspección debe presentar una autorización escrita del Director de Investigación << ...*que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma*>>. Y, como hemos señalado en el apartado anterior, la exigencia de tales especificaciones guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de

16 de diciembre de 2002, cuyo contenido también hemos dejado antes reseñado.

Pues bien, interpretando precisamente ese artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, la reciente sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 25 de noviembre de 2014 (asunto T-402/13) destaca, citando jurisprudencia del Tribunal Justicia, que la exigencia de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye ante todo una “garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas”. De la fundamentación de esta sentencia interesa reproducir aquí los siguientes apartados:

<< (...) 80 En ese contexto, se ha de recordar que la obligación impuesta por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye, en efecto, una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de tales decisiones todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar con precisión el mercado de referencia, ni a proceder a una calificación jurídica exacta de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el cual se habrían cometido las mismas, debe indicar en cambio, con la mayor precisión posible, las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección (véanse en ese sentido las sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 supra, EU:C:1989:337, apartado 41; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec, EU:C:1989:379, apartado 10, y Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 48).

[...]

83 En efecto, conviene recordar que la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que fueran arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general del Derecho de la Unión (sentencias Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 27; de 14 de noviembre de 2012, Nexans France y Nexans/Comisión, T-135/09, EU:T:2012:596, apartado 40, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, T-140/09, EU:T:2012:597, apartado 35).

84 *Pues bien, para respetar ese principio general una decisión de inspección debe dirigirse a obtener la documentación necesaria para verificar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de Derecho determinada acerca de la cual la Comisión ya dispone de informaciones constitutivas de indicios suficientemente fundados que permiten sospechar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Nexans France y Nexans/Comisión, apartado 83 supra, EU:T:2012:596, apartado 43, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, apartado 83 supra, EU:T:2012:597, apartado 38; véase también en ese sentido y por analogía la sentencia Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartados 54 y 55).*

[...]

89 *Por otra parte, hay que recordar que el control de la motivación de una de decisión también permite al juez velar por el respeto del principio de protección contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas, en cuanto esa motivación lleve a poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas (sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 supra, EU:C:1989:337, apartado 29; Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 47; France Télécom/Comisión, apartado 27 supra, EU:T:2007:80, apartado 57).*

90 *En ese sentido es oportuno recordar que el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 define los datos esenciales que deben exponerse en una decisión que ordena una inspección, al exigir que la Comisión indique el objeto y la finalidad de ésta. En virtud de esa obligación, de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 80 resulta que incumbe a la Comisión indicar con la mayor precisión posible las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección.*

91 *Por tanto, cuando el Tribunal aprecia que las presunciones que la Comisión se propone verificar y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección están definidos con suficiente precisión, puede concluir que la decisión de inspección no tiene carácter arbitrario, sin que sea preciso comprobar materialmente los indicios de los que disponía la Comisión cuando la adoptó...>>.*

Sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación en las decisiones de inspección son ilustrativas las consideraciones que se exponen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de

25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P. En lo que ahora interesa, en esa sentencia se dice:

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

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

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

[...]

36 *Si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 83 y jurisprudencia citada), no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado*

relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales referidos anteriormente (véanse, en este sentido, las sentencias Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, EU:C:1989:380, apartado 46, y Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 82).

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

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.

La Orden de Investigación se limita en realidad a citar la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de la misma fecha -2 de noviembre de 2009- de la que reproduce un párrafo en el que se advierte acerca de "... la necesidad de extremar la vigilancia sobre la posible coordinación de comportamientos competitivos que en el seno de UNESA pudiera darse entre sus asociados por si pudieran ser en su caso constitutivos de infracción de la normativa de competencia"; y se indica que, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de la Asociación UNESA y sus asociadas, así como los hechos referidos en la mencionada Resolución (del Consejo), la Dirección de Investigación "...considera que las

empresas asociadas en UNESA podrían haber coordinado sus estrategias y comportamientos competitivos a través del vínculo que les otorga su pertenencia a dicha asociación, y que dicha coordinación podría abarcar, en general, todos los ámbitos de actividad de estas empresas en el sector eléctrico en España”.

Vemos así que, salvo la genérica referencia a una posible coordinación de estrategias empresariales aptas para producir efectos restrictivos sobre la competencia, nada se especifica en la Orden de Investigación sobre el objeto y la finalidad de la inspección que allí se acuerda, o, por utilizar la expresión de la STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P) antes citada, nada se concreta en la Orden acerca de *qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación*.

Algunos datos más específicos pueden encontrarse en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009, que es citada en la Orden de Investigación, pues en aquella resolución se afirma la existencia de indicios de que en el seno de UNESA <<... se ha producido una estrategia de coordinación en algún momento anterior a la convocatoria del Comité de Dirección el 10 de enero de 2008 para, sirviéndose de la interposición por aquélla de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, impedir de forma individual pero previamente concertada el acceso de CENTRICA y otros comercializadores al Sistema de Información de Puntos de Suministro en un momento crítico del proceso liberalizado>> (página 16 de la resolución); señalando más adelante la propia resolución del Consejo (página 18) que de la documentación que obra en el expediente se desprende que las eléctricas asociadas en el seno de los órganos de UNESA <<...han consensuado posiciones sobre cuestiones de gran trascendencia en el proceso de introducción de competencia en los mercados eléctricos, como lo son el Suministro de Ultimo Recurso y la naturaleza, funciones y composición de la

Oficina de Cambio de Suministrador (OCS)”, especificando luego lo siguiente: “...respecto de esta oficina, consta que UNESA contrastó y consensuó una posición común con SEDIGAS, llegándose a crear un grupo de trabajo entre empresas pertenecientes a ambas asociaciones, en el que estaban las empresas que participarían en el capital de esta oficina. Como también que las eléctricas en el seno del Comité de Directores de 14/09/07 acordaron que “no tiene sentido tratar de acercarse a la postura de Gas Natural” en relación con la creación de la OCS. En este mismo sentido, el Consejo también ha constatado que el Comité de Directores (integrado por altos ejecutivos de las eléctricas) de 23/05/07 acordó, en relación con los expedientes abiertos por la CNC a las eléctricas asociadas, que “UNESA no atienda ningún requerimiento...” de Céntrica>>.

Ahora bien, esos datos contenidos en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009 no aparecen reproducidos en la Orden de Investigación siendo así que es ésta la que, por exigencia de los preceptos y de la jurisprudencia que ya hemos examinado, debe contener las especificaciones que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección. Y no cabe considerar que la fundamentación de la Orden de Investigación pueda integrarse o completarse con los datos que figuran en la resolución del Consejo, pues tal modalidad de motivación *in allunde* no tiene cabida cuando, como sucede con la Orden de Investigación que nos ocupa, se trata de un acto que debe contener en sí mismo las indicaciones necesarias para que pueda cumplir el cometido que se le asigna como garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas. Difícilmente podrá la Orden cumplir ese cometido de garantía si la motivación que se le exige no se encuentra en el propio acto sino en una resolución diferente que no consta que se hubiese comunicado a la interesada al mismo tiempo que la propia Orden de Investigación.

SEXO.- Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que la sentencia recurrida debe ser casada por la estimación del motivo de casación segundo.

Entrando entonces a resolver el debate planteado en el proceso (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción), las mismas razones que han llevado a acoger el motivo de casación segundo determinan que deba ser anulada la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, por haberse dictado con vulneración de los artículos 18.2 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio), 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia, puestos en relación con el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; debiendo anularse asimismo el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de diciembre de 2009 (expediente R/0030/2009 UNESA) que inadmitió el recurso interpuesto contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación, dado que, como vimos en el fundamento jurídico tercero, tal recurso era admisible.

Alcanzada esa conclusión, resulta ya innecesario el examen del motivo de casación tercero, pues una vez anulada la Orden de Investigación quedan privadas de validez las actuaciones inspectoras que a su amparo se llevaron a cabo en la sede de UNESA los días 5 y 6 de noviembre de 2009, sin que proceda entonces que entremos a dilucidar si en el desarrollo de tales actuaciones se incurrió, en alguna otra vulneración.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2011 (recurso contencioso-administrativo nº 135/2010), que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mencionada asociación UNESA y, en consecuencia, anulamos el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de diciembre de 2009 (expediente R/0030/2009 UNESA) que inadmitió el recurso interpuesto por el representante de UNESA contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 2 de noviembre de 2009, anulando asimismo la referida Orden de Investigación y la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede de UNESA.

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Pedro José Yagüe Gil
Templado

Manuel Campos Sánchez-Bordona

Eduardo

Espín

José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat
Doménech

Eduardo Calvo Rojas

Mª

Isabel

Perelló

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, al que se adhiere el EXCMO. SR. D. PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, dictada en el recurso de casación número 4201/2011, interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA) contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2011.

Respetuosamente, debo mostrar mi discrepancia con el pronunciamiento de esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, en la expresión de su voto mayoritario, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2011 (RCA 135/2010), que se revoca, declarando la nulidad de la resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de noviembre de 2009, que inadmitió el recurso formulado contra la Orden de Investigación de la CNC de 2 de noviembre de 2009, así como de la referida Orden de investigación y la actuación inspectora desarrollada durante los días 5 y 6 de noviembre de

2009 en la sede de la mencionada Asociación empresarial, que sustentó en los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero.- Considero, en primer término, que resulta adecuado poner de relieve que, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.1, 9.1, 24, 53, 106 y 117 de la Constitución, la función esencial de los Tribunales de justicia es garantizar los derechos fundamentales, disponiendo la protección debida en consonancia con su reconocimiento constitucional.

En lo que concierne al derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución, la protección constitucional es de carácter instrumental, en cuanto que su finalidad es defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de las personas, que quedan exentos de las invasiones, inmisiones o ingerencias externas proveniente de otras personas o de las autoridades públicas, según sostiene el Tribunal Constitucional en una consolidada doctrina (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre, 14/2001, de 29 de enero y 188/2013, de 4 de noviembre).

Según se refiere en la sentencia constitucional 22/1984, de 17 de febrero, «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónico su otros análogos».

En lo que concierne a la protección constitucional del domicilio social de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 137/1985, de 17 de octubre, afirmó:

«[...] Ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que 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 art. 24 de la misma C.E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas.

Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que -suele ponerse de relieve- también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo.».

La entrada y registro en un domicilio en ejecución de una resolución adoptada por la Administración Pública en el marco de un procedimiento de investigación de la presunta comisión de infracciones administrativas está condicionada, por imperativo constitucional, al consentimiento del titular o a la obtención de autorización judicial, que deberá verificar si está justificada la pesquisa domiciliaria y determinar el alcance de las actuaciones que puedan realizarse en el mismo.

En los específicos supuestos en que los tribunales contencioso-administrativos enjuicamos la licitud de una Orden de investigación adoptada por la autoridad pública, en ejecución de facultades legalmente atribuidas, que comporte la entrada y registro de la sede social de una persona jurídica, con el objeto de determinar si se ha producido una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el mencionado artículo 18.2 de la Constitución, considero que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el control jurisdiccional se extiende a analizar si la decisión de inspección domiciliaria es arbitraria, lo que obliga a comprobar, a la vista de las circunstancias concurrentes, si hay suficientes presunciones o indicios de haberse cometido una infracción, a examinar si la resolución administrativa carece de motivación, por no expresarse con la debida precisión el objeto y la finalidad de la actuación inspectora que se pretende realizar, y a verificar si es proporcionada, en el sentido de ponderar si la intervención inspectora es idónea y se justifica por la gravedad y entidad de los hechos investigados, o por el riesgo de que se produzca una conducta obstruccionista del sujeto sometido a investigación, y, en último término, a valorar la eventual afectación lesiva del derecho de defensa.

Al respecto, procede referir que, según se desprende de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expuesta en la sentencia de 16 de abril de 2002 (Caso Stés Colas Est y otros contra Francia), las autoridades públicas deben respetar las garantías jurídicas que se derivan del derecho a la vida privada, enunciado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de modo que la injerencia en el domicilio social de personas jurídicas está supeditada al efectivo control del juez, que deberá anudar la oportunidad, el número, la dirección y el alcance de las actuaciones de investigación, al objeto de determinar si son proporcionadas.

Debo, asimismo, significar que, debido a la caracterización del derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental, cuya protección constitucional no requiere de un ulterior desarrollo legislativo, procede formular una interpretación unitaria de esta garantía, que incluya, tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionador, que se reconozca el derecho de las personas físicas o jurídicas a conocer, en los mismos términos de suficiencia, las razones que justifican la orden de entrada y registro en un domicilio o sede social, y, por ello, el control judicial de la decisión que adopte el juez penal, en el marco de la instrucción sumarial, o el juez contencioso-administrativo, que autoriza la ejecución de una Orden de inspección domiciliaria decretada por las autoridades públicas en el seno de una investigación de hechos presuntamente constitutivos de ilícito administrativo, no puede ser objeto de un tratamiento diferenciado, que pugne con la finalidad de esta libertad de garantizar la inmunidad de estos ámbitos espaciales en que se desarrolla la vida privada o social.

En la sentencia constitucional 14/2001, de 29 de enero, se determina el contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, en los siguientes términos:

«[...] Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, y 136/2000, de 29 de mayo, F. 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, F. 5; 290/1994, F. 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, F. 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una «notitia criminis» alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho

fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, F. 5, y 136/2000, F. 4).

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

Segundo.- El artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece las facultades del personal de la Comisión Nacional de la Competencia en materia de inspección, y determina el sistema de garantías de las intervenciones domiciliarias, al requerir para su ejecución autorización del juzgado de lo contencioso-administrativo, que ejerce esta función en consonancia con lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia, exige que el acceso a los locales de empresas o a locales o sedes de asociaciones empresariales o a los domicilios particulares de los empresarios, administradores u otros miembros del personal al servicio de la empresa, debe realizarse cuando existan indicios fundados de que puedan encontrarse documentos que puedan servir para probar una infracción muy grave o grave, y estipula que el personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación,

que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

El derecho a ser informado del objeto y la finalidad de la inspección domiciliaria, cuyo enunciado se desprende del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia -derogado por la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, de 4 de junio-, y del artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la mencionada Ley, no puede caracterizarse como un derecho autónomo desligado del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sancionado en el artículo 18.2 de la Constitución, o del derecho de defensa, que garantiza el artículo 24 del Texto fundamental, ni debe ser equiparado con el derecho a ser informado de la acusación ex artículo 24.2 CE, pues constituye una garantía jurídica en favor de la persona investigada que delimita las facultades de las Administraciones públicas en la persecución de conductas presuntamente constitutivas de ilícitos administrativos, en cuanto que inexcusablemente deberán respetar los indicados derechos fundamentales.

La finalidad de esta garantía jurídica, -que constituye una normación mas estricta de la exigencia legal de motivación de los actos administrativos, establecida en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, es impedir que las Administraciones Públicas acuerden pesquisas indiscriminadas, o que puedan calificarse por su generalidad, de indeterminadas, en cuanto se exige que la decisión administrativa contenga, con la mayor precisión posible, que es lo que se busca y los datos acerca de los que debe versar la actuación inspectora.

Las facultades de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para acordar investigar conductas prohibidas por las normas de competencia, y ordenar, en su caso, la práctica de inspecciones domiciliarias en la sede social de las empresas u asociaciones de empresas sometidas a investigación, que reviste un carácter extraordinario, no puede desligarse del deber de colaboración de los empresarios con la Comisión Nacional de la Competencia, establecido en el artículo 39 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que les obliga a proporcionar, a requerimiento de ésta, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y puedan resultar necesarias para la aplicación de la referida Ley.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de noviembre de 2014 (C-402/12), se observa que la obligación de motivar las decisiones de inspección, que comprende la exigencia de indicar el objeto y la finalidad de una actuación inspectora, no puede ser restringida por consideraciones relativas a la eficacia de la investigación, si bien la autoridad pública no está obligada a comunicar al destinatario de aquellas decisiones toda la información de que disponga acerca de las supuestas infracciones, ni a determinar con precisión el mercado de referencia, ni a proceder a una calificación jurídica exacta de dichas infracciones ni a indicar el periodo durante el que se habían cometido.

Al respecto, cabe referir que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012 (RC 2829/2011) se delimita el alcance y contenido de las potestades atribuidas a las autoridades públicas a quienes se encomienda velar por la observancia de las normas de competencia, acogiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, expuesta en la sentencia de 17 de octubre de 1989, que declaró:

«[...] "22. Como este Tribunal de Justicia señaló en la citada sentencia de 26 de junio de 1980 (National Panasonic, apartado 20), de los considerandos séptimo y octavo del Reglamento nº 17 se desprende que las facultades otorgadas a la Comisión por el artículo 14 de dicho Reglamento tienen como fin permitir que ésta cumpla la función, que le confía el Tratado CEE, de velar por el respeto de las normas de competencia en el mercado común. Estas normas tratan de evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas singulares y de los consumidores, según se desprende del párrafo 4 del Preámbulo del Tratado, de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85 y 86. El ejercicio de las facultades conferidas a la Comisión por el Reglamento nº 17 contribuye así al mantenimiento del régimen de competencia querido por el Tratado, cuyo respeto se exige imperativamente de las empresas. El octavo considerando antes citado precisa que, a tales fines, la Comisión debe disponer, en todo el ámbito del mercado común, de la potestad de exigir las informaciones y de proceder a las verificaciones "que sean necesarias" para descubrir las infracciones de los artículos 85 y 86 antes aludidos.

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

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

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

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

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

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

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

30. Del apartado 6 del artículo 14 se desprende que corresponde a cada Estado miembro regular las formas en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los Agentes

de la Comisión. A este respecto, los Estados miembros están obligados a asegurar la eficacia de la acción de la Comisión, respetando al mismo tiempo los principios generales antes enunciados. De ello se sigue que, dentro de estos límites, es el Derecho nacional el que determina las modalidades de procedimiento apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas".».

Tercero.- El segundo motivo de casación articulado por la defensa letrada de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), que acoge la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, se sustentaba en la infracción del, artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia, del artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia y del artículo 18.2 de la Constitución, así como de la jurisprudencia dictada en interpretación de dichos preceptos en materia de autorización de inspecciones domiciliarias, cuestionando la decisión de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en cuanto declara conforme a Derecho la Orden de Investigación de la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009, a pesar de que la referida Orden de Investigación incumplía las exigencias de ser absolutamente necesaria, basarse en indicios fundados y ser proporcionada con el fin perseguido.

Frente al criterio mayoritario de esta Sala jurisdiccional, estimo que no procedía revocar la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2011, ni declarar la nulidad de la Orden de Investigación adoptada por la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009, cuyo fallo se fundamenta, sustancialmente, en la apreciación de que se ha incumplido formalmente el deber de motivación, en lo que concierne a no expresar con la suficiente precisión el objeto y la finalidad de la pesquisa domiciliaria, en los términos exigidos en el artículo

13 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que afectaría lesivamente al derecho de defensa de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), porque considero que, contrariamente a lo que sostiene la defensa letrada de la Asociación recurrente de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo obvió el control de legalidad a la luz del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia y el artículo 18.2 de la Constitución, la sentencia de instancia no desconoce ni elude la aplicación del canon de control jurisdiccional de las actuaciones inspectoras domiciliarias establecido tanto por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de julio de 2012, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 17 de octubre de 1989, pues no prescinde en el análisis y valoración de la juridicidad de la mencionada Orden de Investigación de que dicha Orden se remite expresamente a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009, que, tras una pormenorizada concreción de los hechos que debían investigarse, y razonada exposición de los fundamentos de Derecho que justificaban tal decisión, acordó:

«[...] Interesar de la Direccion de Investigación la valoración de los indicios puestos de manifiesto en la Fundamentación Jurídica de la presente resolución y que, a juicio del Consejo, revelan un entendimiento previo entre las empresas eléctricas integradas en UNESA, es decir, IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO, a efectos de determinar si procede la incoación de un expediente sancionador, por si resultase de los mismos la existencia de una estrategia conjunta de obstaculización o restricción de la competencia en el mercado eléctrico, constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.».

La existencia de indicios de haberse infringido por la Asociación Española de la Industria Eléctrica el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, se justifica en la resolución de la Comisión Nacional de la

Competencia de 2 de noviembre de 2009, en estos precisos términos, que resulta adecuado transcribir:

«[...] A la vista de los hechos reflejados en el expediente sancionador, el Consejo no considera necesario pronunciarse sobre si la conducta de UNESA, consistente en la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, puede ser calificada como constitutiva de una infracción en el sentido del artículo 1 de la LDC. Ello es así ya que, a juicio del Consejo, el examen de la documentación aportada al expediente administrativo revela que son otros hechos distintos, anteriores y posteriores al ejercicio de la acción por UNESA, algunos determinados en el pliego de concreción de hechos y otros resultantes de la prueba practicada en la fase de resolución, los que podrían constituir actuaciones anticompetitivas en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 81 del TCE.

Efectivamente, el Informe-propuesta emitido por la Dirección de Investigación, aunque centrado en justificar que la interposición de recurso contencioso-administrativo constituye una infracción de la normativa de defensa de la competencia, evidencia que dicha actuación procesal llevada a cabo por UNESA es la materialización de un entendimiento previo entre las empresas eléctricas a ella asociadas, anterior a la convocatoria de su Comité de Dirección para el día 14 de enero. En dicho Comité de Dirección se adoptó el acuerdo de interponer el referido recurso contencioso-administrativo (con petición de suspensión cautelarísima de la Orden recurrida) por unanimidad, esto es, con el voto favorable de las empresas asociadas (3 de Endesa, 3 de Iberdrola, 2 de Unión Fenosa, 3 de Hidroeléctrica del Cantábrico y 1 de Enel Viesgo)

Es cierto que de la documentación obtenida durante la tramitación del presente procedimiento no resulta prueba directa de ese entendimiento previo, pero un análisis de conjunto de la actuación de las distribuidoras anterior y posterior al citado acuerdo de UNESA, así como de las circunstancias concurrentes, revela de forma indiciaria la existencia de una coordinación de comportamientos destinada a obstaculizar el proceso de liberalización del mercado, con los consiguientes efectos sobre la competencia en el mercado eléctrico que dicha decisión produce.

Resulta relevante tener en cuenta el contexto en el que se producen los hechos indiciarios. El legislador ha procurado un marco normativo claramente decidido en favor de la liberalización del sector en general y de la comercialización de energía eléctrica en particular. Para ello, ha considerado que el acceso de terceros

comercializadores a las redes de los distribuidores integrados verticalmente es vital y para ello, a su vez, el acceso a la información referente a los clientes y a los puntos de suministro a través de los cuáles estos clientes se abastecen. Recordemos que, como se muestra en el Hecho Probado 5, ya en el Real Decreto-Ley 6/2000 se subrayaba esta necesidad de transparencia sobre la información relativa a los clientes para que todos los agentes puedan disponer de la misma. El legislador tampoco ignoraba entonces, como no puede ser de otra manera, el debido respeto a la legislación sobre protección de datos y recordaba que dicha transparencia debía instrumentarse “salvaguardando, en todo caso, el derecho a mantener la confidencialidad de sus datos”.

El RD 1435/2002 trata de articular este régimen de transparencia y acceso no discriminatorio a la información sobre clientes al crear el SIPS y regular su acceso. Tanto el artículo 7 que establece el SIPS como el 3.2. que se refiere a los contratos de suministro disponen la observancia en todo momento de las previsiones establecidas en la normativa sobre protección de datos de carácter personal que resulte de aplicación, tal y como se constata en el Hecho Probado 6.

El legislador vuelve a dejar patente su voluntad de que los comercializadores puedan acceder sin trabas a la información sobre puntos de suministro y clientes con la reforma que introduce el RD 1454/2005. Una vez más muestra pleno respeto a la normativa sobre protección de datos al contemplar el derecho de oposición de los consumidores a la cesión de sus datos confidenciales a los comercializadores (art. 7.2. del RD 1454/2005).

Datos confidenciales que, por otro lado, no son ni muchos menos todos los que figuran en el SIPS.

Pese a todos estos esfuerzos del legislador, todavía en 2007 ninguna de las distribuidoras miembros de UNESA permitía el acceso incondicionado al SIPS a comercializadores independientes y ello no necesariamente por razones amparadas en la normativa de protección de datos que, por otro lado, el marco normativo, como hemos visto, dejaba a salvo. Este comportamiento uniforme se reafirma cuando, mediante la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, el legislador completa lo previsto en el artículo 7 del precitado Real Decreto 1435/2002, ratificando la necesidad de acceso incondicionado. En este sentido, el examen de la actuación desarrollada por las distribuidoras con posterioridad a la solicitud por Céntrica de la remisión de los datos sobre los puntos de suministro, el 2 de enero de 2008 (y en los días inmediatamente posteriores por otras comercializadoras), evidencia que se ha debido llegar a algún

tipo de coordinación entre éstas para restringir la competencia en el mercado eléctrico. Así:

- La convocatoria del Comité de Directores del 10 de enero de 2008, tiene como punto del orden del día la interposición del recurso, con lo cual previamente ha tenido que decidirse por las empresas que integran UNESA estudiar e incluir dicha propuesta en el orden del día. En algún momento anterior se ha tenido que diseñar la estrategia a ejecutar por las distribuidoras.

- Hasta que no se adopta el acuerdo -el 14 de enero de 2008- y se interpone recurso contencioso-administrativo -el 15 de enero de 2008-, ninguna distribuidora contesta a las solicitudes de CENTRICA, con la excepción de Endesa (que lo hace el día 11 de enero de 2008, una vez convocado el Comité de Directores de UNESA).

- Una vez interpuesto el recurso, las asociadas comienzan a contestar a CENTRICA (y a las demás comercializadoras), negándose a dar acceso a los datos solicitados fundándose en la interposición del recurso contra la Orden Ministerial en cuestión. Estas actuaciones tienen lugar a pesar de que la Audiencia Nacional había rechazado -el 16 de enero de 2008- la solicitud de medida cautelarísima de UNESA y que la Agencia Española de Protección de Datos ya había respondido (los informes tienen fecha de 18 enero de 2008) a las solicitudes de informe de ENDESA e IBERDROLA, indicando lo erróneo de su negativa con base en la normativa sobre protección de datos.

Esta actitud uniforme de rechazo a dar acceso a terceros competidores a la información sobre clientes amparándose en la interposición del recurso, incluso una vez conocidos los informes de la AEPD, resulta especialmente llamativa. Las cinco distribuidoras miembros de UNESA optan por obstaculizar el acceso de terceros al SIPS amparándose en la necesidad –por razones de propia seguridad jurídica- de que se resuelva un recurso interpuesto por UNESA por temor, supuestamente, a incumplir la normativa de protección de datos. Este temor mancomunado justifica, en opinión de todas las distribuidoras, la negativa de acceso al SIPS, pese a que el RD 1435/2002, que la recurrida Orden ITC/3860/2007 viene a desarrollar, contempla el derecho de oposición de los clientes y no consta que fuera objetado por las distribuidoras. Ni siquiera lleva a modificar la postura de ninguna de las cinco distribuidoras el hecho de que la

AEPD argumente que la Orden ITC/3860/2007 no incumple la normativa de protección de datos.

Recordemos que el incumplimiento de la obligación de permitir el acceso al SIPS constituye una infracción muy grave de la LSE de acuerdo con el artículo 61.1 de la LSE. Cuando se tiene este hecho en cuenta, surgen dudas más que razonables sobre si la estrategia uniforme de las distribuidoras de rechazo a dar acceso a terceros competidores a la información sobre clientes amparándose en la interposición del recurso y en el riesgo de incumplimiento de la normativa de protección de datos no será un artificio para evitar que se les pueda imputar este supuesto de infracción muy grave del artículo 61.1 de la LSE. En definitiva, si la estrategia de interposición del recurso articulada a través de UNESA no es más que una forma de justificar la negativa de acceso al SIPS por parte de terceros en un momento crítico del proceso de liberalización del mercado, lo que pondría en cuestión su fundamento objetivo. No hay que olvidar que la norma preveía que a más tardar el 1 de enero de 2009 todos los clientes pasaran a mercado libre (Hecho Probado 3).

Es decir, la secuencia de hechos expuesta y el contexto en el que se han desarrollado revela de modo indiciario que, por parte de las empresas integrantes de UNESA, se ha producido una estrategia de coordinación en algún momento anterior a la convocatoria del Comité de Dirección el 10 de enero de 2008 para, sirviéndose de la interposición por aquélla de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, impedir de forma individual pero previamente concertada el acceso de CENTRICA y otros comercializadores al Sistema de Información de Puntos de Suministro en un momento crítico del proceso liberalizador. Esta estrategia se llevaría a cabo a través de diversas actuaciones –las previamente expuestas– que constituirían una manifiesta infracción de la normativa sectorial y restringirían la competencia en los términos que prohíbe el artículo 1 de la LDC.

En consecuencia, dada la existencia de una serie de indicios que revelan un entendimiento previo entre las empresas eléctricas integradas en UNESA (IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO), que habría tenido por objeto establecer una estrategia conjunta de obstaculización o restricción de la competencia en el mercado eléctrico que podría constituir una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, este Consejo considera necesario que por la Dirección de Investigación se proceda a su examen y valoración a efectos de una posible incoación de expediente sancionador.».

A mi juicio, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014, que se cita en la fundamentación jurídica de la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 10 de diciembre de 2014, no da cobertura a la decisión de revocar in integrum la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurrida, ya que en su fundamentación jurídica se sostiene explícitamente que «la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las "circunstancias del caso", y en particular, del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios del acto puedan tener en recibir explicaciones», no siendo necesario que «la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes», por lo que la apreciación de si se cumplen las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse a la luz **«no sólo de su texto sino también de su contexto»** y de todas las normas jurídicas que regulan la materia de que se trata. Por ello, la desvinculación que se realiza en la sentencia de la que discrepo entre la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009 y la Orden de Investigación de esa misma fecha, 2 de noviembre de 2009, dictada en ejecución de la anterior, determinante de la declaración de nulidad, supone una quiebra del necesario equilibrio que, según la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia, debe existir entre las garantías jurídicas reconocidas a las empresas para defender sus derechos e intereses y la exigencia de eficacia de las investigaciones acordadas por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia.

En este sentido, estimo que la Orden de Investigación, acordada por la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el 2 de noviembre de 2009, no debió ser declarada nula, con base en el argumento de que no contenía las razones que justificaban la intervención domiciliaria en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), porque resulta evidente que el objeto y finalidad de la misma

estaban especificados de forma suficiente, pues se expone que se trataba de comprobar «la posible existencia de prácticas anticompetitivas en el seno de UNESA que supondrían una violación del artículo 1 de la LDC y del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en relación con el diseño y la coordinación de estrategias y comportamientos anticompetitivos de las empresas asociadas a UNESA en los distintos mercados del sector eléctrico en España», en referencia precisa a los obstáculos impuestos al cambio de suministrador en el mercado de la comercialización de energía eléctrica a pequeños clientes.

Al respecto, procede dejar constancia de que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009 - antecedente de la Orden de Investigación enjuiciada en este recurso- fue declarada conforme a Derecho por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2010 (RCA 6515/2009), que apreció que dicha decisión no había vulnerado el derecho de asociación ni el derecho a la tutela judicial efectiva, rechazando el argumento que sostenía la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), respecto de que el hecho de someterla a un intenso procedimiento sancionador, por cuestionar la legalidad de la disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007, infringe los artículos 22 y 24 de la Constitución, lo que sería ratificado por la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011.

Cuarto.- El pronunciamiento de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, al declarar la nulidad in integrum de la Orden de Investigación de la Directora de Investigación de 2 de noviembre de 2009, así como de la actuación inspectora desarrollada en la sede social de la Asociación

Española de la Industria Eléctrica, se revela desproporcionado, pues priva de efectos al Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 15 de Madrid, de 4 de noviembre de 2009, que había acordado autorizar la entrada «a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia que se reseñan en la Orden de investigación que sirve de base a esta resolución, y a la que me remito, 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 esta entidad que puedan constituir prácticas anticompetitivas prohibidas por el art. 1 de aquella LDC», y que «en la práctica de esa diligencia se seguirán las indicaciones y actuaciones contempladas en la Orden de Investigación», sin diferenciar que, en su caso, la falta de motivación de la Orden de Investigación sólo determinaría la nulidad de aquellas pruebas documentales obtenidas por el personal de la Comisión Nacional de la Competencia, extralimitándose respecto del objeto y finalidad de la investigación expresados, relativo a comprobar si se había producido una coordinación de estrategias tendentes a obstaculizar el cambio de suministrador.

A mi juicio, resulta infundado apreciar que se ha causado indefensión real y efectiva a la Asociación Española de la Industria Eléctrica, derivada de la actuación inspectora desarrollada por el equipo de inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia los días 5 y 6 de noviembre de 2009, en la sede social de la mencionada Asociación, sita en la calle Francisco Gervás número 3 de Madrid, en cumplimiento de la Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, porque debiendo integrar los hechos declarados probados a la sentencia de instancia, con los que se constatan en el Acta de Inspección, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se evidencia el regular proceder del personal de la CNC desplazado, que informó al Secretario General de la entidad asociativa el objeto de la inspección, notificando el auto judicial que autoriza la entrada y registro, del que firmó el recibí,

comunicándole la facultad de recurrir en el plazo de quince días, así como el contenido de la Orden de Investigación, no accediendo a firmar su recibí, al requerir la presencia de sus abogados externos, y que le fue suministrada información adicional sobre la misma, demorándose el inicio de la inspección más allá de 50 minutos hasta que los abogados externos hicieron acto de presencia, y leyeron la Orden de Investigación, y, tras debatir cuestiones relativas al desarrollo previsto de la inspección y de los procedimientos de búsqueda de documentos que se practicaron de forma selectiva, estando presentes todas las personas inspeccionadas durante las inspecciones realizadas en sus despachos y equipos informáticos que contaron con la asistencia en todo momento de un abogado externo.

En este sentido cabe significar que en la sentencia de la Sala de instancia se expone de forma razonada, por qué la cuestionada actuación inspectora llevada a cabo en la sede de UNESA fue respetuosa con las garantías jurídicas establecidas en el artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia:

«[...] El examen de las actuaciones que tuvieron lugar en el momento en que se produjo la actuación de los Inspectores de la Dirección de Investigación revela lo siguiente:

- Se encuentran presentes abogados externos especializados en materia de derecho de la competencia. Inicialmente acuden dos, y posteriormente seis más.

- A los efectos de poder contar con dicha presencia la iniciación de la inspección se demoró más de 57 minutos.

- Se solicitó la colaboración de la inspeccionada *“para la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, y para la localización o identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas”*.

- Se informa de que el proceso de selección de información presenta diferentes fases, y se utiliza un sistema de depuración y filtrado sucesivo. Posteriormente se informa de la relación de palabras significativas utilizadas, los sistemas de grabación y borrado, etc.

- Se inspeccionan los despachos de ocho personas en total. Y los ordenadores de nueve personas, todas ellas estuvieron presentes

durante las inspecciones realizadas en sus despachos y equipos informáticos, contando en todos los casos con la presencia de un abogado externo.

- Se explican las circunstancias por las que se accede a los buzones de correo electrónico: el hecho de que en UNESA se utiliza este para almacenar documentación.

- Las personas inspeccionadas realizan manifestaciones en relación con la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente y en lo relativo a documentos de carácter personal. Solo dos personas manifiestan que existen documentos de este tipo. En el primer caso la Inspección realiza un análisis superficial para comprobar que es así, y cuando se identifica no se accede al documento, esto en relación con los documentos digitales. En relación con los documentos en papel, una de las personas inspeccionadas no solo no identifica documentos de esta clase, sino que otorga expreso permiso para analizar cualquier tipo de documentos.

El hecho de que pese a la adopción de todas estas medidas de salvaguardia aún aparecieran documentos privados, no puede constituirse, en las circunstancias descritas, como una infracción del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio ni del derecho de defensa. La Administración adoptó todas y cada una de las cautelas para que esto no tuviera lugar, con la presencia y la intervención del interesado, lo que impide considerar desproporcionada y abusiva la actuación litigiosa, que a juicio de esta Sala no puede constituir un registro irregular, y por tanto, no puede causar indefensión material en la forma definida por el Tribunal Constitucional.

Las facultades de investigación que el artículo 40.2 LDC reconoce al personal habilitado de la CNC, son, entre otras:

- a) Acceder a cualquier local, incluyendo el domicilio particular de los empresarios.
- b) Verificar libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.
- c) Hacer u obtener copias, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.
- d) Retener hasta 10 días los libros y documentos mencionados en la letra b.
- e) Precintar todos los locales, libros, documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

Se admite expresamente por lo tanto, por nuestro ordenamiento jurídico, el copiado de documentación, y así se reconoce expresamente en el ordenamiento comunitario.

En relación con estas facultades de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia ha dictado múltiples sentencias específicamente analizando la posibilidad de búsqueda e identificación de documentos, entre otras en la sentencia de 17 de octubre de 1989 (caso Dow Chemical Ibérica, asuntos 97/87, 98/87 y 99/87, apartados 23 y 24):

“23. Tanto la finalidad del Reglamento nº 17 (LCEur 1962\4) como la enumeración por su artículo 14 de las facultades de que están investidos los Agentes de la Comisión ponen de manifiesto que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas de competencia en los lugares donde normalmente se hallan; es decir, en los locales empresariales.

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

Finalmente, es preciso igualmente recordar que la actora no realiza sino alegaciones genéricas: *“ese daño resulta evidente por cuanto la DI ha recabado y puede por tanto acceder (como de hecho ya lo ha hecho) al conocimiento de documentación protegida que puede poner de manifiesto conductas sobre las que ha sido necesario recabar la asistencia de un abogado”* (pag. 59 del escrito de demanda). Y el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 17 de septiembre de 2007 (asuntos T-125/03 y T-253/03, apartados 76 y siguientes) indica que no basta que una empresa se niegue a aportar a la Comisión unos documentos profesionales, alegando su confidencialidad, sino que es necesario que aporte a los agentes de la Comisión los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección:

"80.- Resulta, pues, que el mero hecho de que una empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir a la Comisión acceder a dicho documento si, al margen de ello, la empresa no aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Entre otras cosas, la empresa inspeccionada podrá indicar a la Comisión quiénes son el autor y el destinatario del documento de que se trate, explicar las respectivas funciones y responsabilidades de cada uno de ellos y hacer referencia a la finalidad del documento y al contexto en el que se redactó. Del mismo modo, la empresa puede mencionar el contexto en el que se descubrió el documento y la manera en la que fue clasificado, así como remitirse a otros documentos con los que tenga relación."

La conclusión desestimatoria obtenida en relación con los anteriores motivos de recurso hace inútil examinar el relativo a que la nulidad de la orden de investigación y la actuación inspectora recurrida conlleva la nulidad de la inspección y la imposibilidad de utilizar la documentación recabada por la CNC.».

Desde la dogmática constitucional, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta adecuado distinguir entre lo que constituyen violaciones de naturaleza o de carácter constitucional, por constituir ingerencias ilegítimas en el ámbito protegido del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de lo que son infracciones de carácter procedimental o sustantivo de normas legales o reglamentarias que establecen garantías jurídicas relativas a delimitar el ejercicio de potestades por la Administración Pública, porque no toda vulneración de la legalidad administrativa comporta automáticamente la conculcación de la legalidad constitucional.

En último término, cabe dejar constancia de que la Orden de Investigación de la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de noviembre de 2009, se inserta en el marco de información reservada que se realiza en el procedimiento de investigación iniciado por denuncia de la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE), tendente a determinar con carácter preliminar la

conurrencia de circunstancias que justificarían la incoación de expediente sancionador, a algunas de sus empresas asociadas -Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. y Endesa Distribución, S.L.U., Hidrocantábrico Distribución, S.A.U., Unión Fenosa Distribución, S.A. y E.On Distribución, S.L.- que concluyó por resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 13 de mayo de 2011, que impuso a UNESA la sanción de 900.000 euros, como responsable de la infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En los antecedentes de hecho de esta resolución de 13 de mayo de 2011 se relata de forma precisa las decisiones que precedieron a la controvertida Orden de Investigación de 2 de noviembre de 2009, entre las que merece destacarse la adopción de medidas cautelares acordadas por resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de julio de 2009, y el requerimiento de información al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para que informase de los obstáculos al cambio de suministrador a propósito de la entrada en vigor del suministro de último recurso, lo que pone de relieve que ha quedado suficientemente acreditada la necesidad de realizar la inspección domiciliaria en la sede social de UNESA, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia, la existencia de indicios fundados para la pesquisa y que la ingerencia era respetuosa con el principio de proporcionalidad, en cuanto resultaba congruente con la finalidad legítima de comprobar la presunta comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Madrid, a 11 de diciembre de 2014.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.