



Roj: STS 1507/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1507
Id Cendoj: 28079130032016100126
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 113/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación número 113/2013, interpuesto por la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 4 de diciembre de 2012 en el recurso contencioso-administrativo número 736/2010. Es parte recurrida Honda Motor Europe Limited, Sucursal en España, representada por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidrobro y bajo la dirección letrada de D. Carles Prat Masip.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de diciembre de 2012, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por Montesa Honda, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de octubre de 2010 (expte. R/0053/10); por dicha resolución se desestimaba el recurso que había interpuesto la demandante contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 20 de julio de 2010, por la que se incorporaba al expediente S/0280/10 parte de la documentación recabada en su sede.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

" **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **MONTESA HONDA SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 7 de octubre de 2010 (expediente R/0053/10) que se anula y consiguientemente se declara nula, la deducción de testimonio e incorporación al expediente S/0280/10 SUZUKI-HONDA por parte de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, del correo electrónico enviado por D. Dimas de la empresa SUZUKI a D. Eleuterio de la empresa Montesa Honda miércoles 21/01/2009 a las 12:45 cuyo asunto es "lista de precios" obtenido durante la Inspección en los locales de MONTESA-HONDA llevada a cabo el 17 de diciembre de 2009. Se desestiman el resto de pretensiones del suplico de la demanda. Sin efectuar condena al pago de las costas."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 3 de enero de 2013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que ha hecho presentando el escrito por el que, al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, interpone el mismo, formulando un único motivo por infracción del artículo 18.2 de la Constitución, en relación con la jurisprudencia.

Finaliza el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a derecho, por la que se declare su plena conformidad a derecho con lo demás que sea procedente.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 22 de abril de 2013.

CUARTO .- La representación procesal de Honda Europe Limited, Sucursal en España -como sucesora de Montesa Honda, S.A.- ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, que acaba con la solicitud de que se dicte sentencia desestimando el mismo, confirmando íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de las costas al recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 11 de noviembre de 2015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 23 de febrero de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna mediante el presente recurso de casación la Sentencia dictada el 4 de diciembre de 2012 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia recurrida estimó en parte el recurso contencioso administrativo entablado por la empresa mercantil Montesa Honda, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de octubre de 2010, la cual había rechazado el recurso administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 20 de julio de 2010, por el que se incorporaba determinada documentación recabada en su sede al expediente S/0280/10. La Sentencia recurrida declaró nula la deducción de testimonio e incorporación al citado expediente de un correo electrónico obtenido durante la inspección de los locales de Montesa Honda.

El recurso se formula mediante un único motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Se aduce en el motivo la infracción del artículo 18.2 de la Constitución, en relación con la jurisprudencia, por haber entendido erróneamente la Sentencia recurrida que se había vulnerado la inviolabilidad domiciliar de la mercantil actora.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia recurrida justifica la estimación parcial del recurso *a quo* en las siguientes consideraciones jurídicas:

" **PRIMERO:** El acto impugnado es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 7 de octubre de 2010 (expediente R/0053/10) MONTESA HONDA .por la que acuerda " *Desestimar el recurso interpuesto por el representante MONTESA HONDA, S.A., contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 20 de julio de 2010, por el que se incorpora documentación recabada en la sede de MONTESA HONDA, S.A. en particular un correo electrónico de fecha 21 de enero de 2009, al expediente S/0280/10, al considerar este Consejo que no se ha producido ni indefensión ni perjuicio irreparable en derechos o intereses legítimos del recurrente* ".

Para la resolución de este pleito son relevantes los siguientes hechos:

El 17 de diciembre de 2009 personal de la Dirección de Investigación de la CNC realizó una inspección domiciliar en la sede MONTESA HONDA, S.A. en el marco de una información reservada con número de expediente S/0154/09. Esta inspección domiciliar se hizo al amparo de la Orden de Investigación de la Directora de Investigación de 3 de diciembre de 2009 con el siguiente contenido:

"*Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución y venta de motocicletas, consistentes en la adopción de acuerdos de intercambio de información y la coordinación de estrategias para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de las motocicletas HONDA y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan éstos.*

La Dirección de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), ha iniciado una información reservada para

verificar la existencia y alcance de la posible coordinación de conductas, que actualmente se tramita bajo la referencia s/0154/09. "

Procede a continuación a autorizar a determinados funcionarios a " *proceder a una inspección en relación con la información reservada que se tramita en esta Dirección de Investigación de la CNC bajo la referencia S/0154/09*" y recoge cuales son las facultades de los mismos conforme al artículo 40.2 LDC y señala a continuación: " *Habilitados con estas facultades de Inspección , se autoriza a los funcionarios indicados para realizar a partir del día 17 de diciembre de 2009, inclusive una inspección en la sede de la empresa MONTESA HONDA SA ...o en cualquiera otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas.*

La posible conducta colusoria que se investiga esta Dirección de Investigación tendría como objeto y/o efecto principal el intercambio de información y la coordinación de estrategias entre MONTESA HONDA SA y sus distribuidores para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de las motocicletas HONDA y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan éstos.

A la vista de lo anterior, el objeto de la presente Inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de MONTESA HONDA SA. y/o de sus distribuidores que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, así como verificar, igualmente, si tales actuaciones se han llevado a la práctica "

La inspección estaba asimismo autorizada por Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2009 en el que se señala " *se acuerda autorizar a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia para entrar en los locales de Montesa Honda SA (...) a fin exclusivo de proceder a partir del día 17 de diciembre de 2009 y durante el tiempo estrictamente necesario para la inspección, todo ello en los términos precisos de la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2009* ".

Con fecha 26 de abril de 2010, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra MONTESA HONDA S.A y varios de sus concesionarios incorporando al mismo parte de la información recabada en la inspección correspondiente a la relación entre MH y dichos concesionarios.

El 7 de julio de 2010 la Dirección de Investigación notificó a MH un acuerdo separado del Instructor del procedimiento por el que procedía a deducir testimonio de varios documentos del mencionado expediente número S/0154/09 e incorporarlos a un nuevo procedimiento de información reservada con número S/280/10 SUZUQUI-HONDA referido a intercambio de información comercial sensible entre competidores. Entre los documentos que se dedujo testimonio constaba un " *correo electrónico enviado por D. Dimas - de la empresa SUZUKI -a D. Eleuterio - de la empresa Montesa Honda- el miércoles 21 de octubre de 2009 a las 12:45 cuyo asunto era "lista de precios" que había sido recabado durante la inspección en los locales de MH llevada a cabo en fecha 17 de diciembre de 2009. "*

Contra dicho acuerdo del Instructor, se presentaron alegaciones por MH en el que se oponía al desglose del correo electrónico toda vez que el mismo no guarda relación con el objeto de la orden de investigación y el auto de autorización judicial.

La Dirección de Investigación mediante acuerdo de 20 de julio de 2010 desestimó las alegaciones y acordó incorporar al expediente S/0280/10 la documentación de la que se había deducido testimonio y el citado correo electrónico.

Interpuesto recurso ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia fue desestimado por resolución de 7 de octubre de 2010.

SEGUNDO: El recurrente al objeto de fundamentar el recurso alega que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio ya que el correo electrónico de 21 de enero de 2009 enviado por D. Dimas - de la empresa SUZUKI -a D. Eleuterio - de la empresa Montesa Honda no entraba dentro de la conducta investigada y objeto de la orden de Inspección y el auto judicial que daban cobertura jurídica a la Inspección realizada en la sede de MH que se limitaba al intercambio de información y la coordinación de estrategias entre MH y sus distribuidores. Ello le ha causado una grave indefensión y perjuicio ya que se ha utilizado como prueba ese documento ilegítimamente obtenido que se concreta en la sanción de 2.098.280 euros impuesta a MH en la resolución de la CNC de 19 de enero de 2012 en el expediente S/0280/10 MONTESA SUZUKI por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia , consistente en una práctica concertada de intercambio bilateral de información comercial sensible entre competidores en el mes de enero de 2009.

El Abogado del Estado considera que el correo es documentación que se encuentra en el objeto descrito en la orden de investigación ya que como señala la resolución impugnada el objeto de la actividad inspectora era la búsqueda de indicios de acuerdos anticompetitivos adoptados por la recurrente, por sus distribuidores o entre una y otros. No puede considerarse por tanto que el documento al afectar a un acuerdo horizontal entre la recurrente y uno de sus competidores y no un distribuidor se encuentra fuera del objeto de la Inspección.

TERCERO: En las Inspecciones domiciliarias se deben respetar dos exigencias principales: a) por una parte obtener el consentimiento del titular del domicilio para realizar en él la labor inspectora o en su caso obtener la autorización judicial b) que exista una habilitación legal que autorice la restricción a ese derecho fundamental regulado en el artículo 18.2 CE . En este caso y respecto a la materia de defensa de la competencia se establece en el artículo 40.1 de la Ley 15/2007 que regula la Defensa de la Competencia que " *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* " y el apartado 2 establece que " *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* " indicando en el párrafo final que " *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* " .

El ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 " *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* ". En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: " *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 Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados " *objeto y finalidad de Inspección* " que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T- 339/04 señala lo siguiente:

" *58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm.17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87 , Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y RoquetteFrères , citada en el apartado 29 supra, apartado 48).*

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17 , las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79 , Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères , citada en el apartado 29 supra , apartados 81, 83 y 99). "

CUARTO: En este caso la orden de investigación realizada dentro de la información reservada s/0154/09 permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , en particular el objeto y la finalidad de la inspección y el ámbito material de actuación de los funcionarios autorizados.

Así señala al final que " *el objeto de la presente Inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de MONTESA HONDA SA. y/o de sus distribuidores que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, así como verificar, igualmente, si tales actuaciones se han llevado a la práctica* ".

La CNC considera en la resolución recurrida que el objeto de la actividad inspectora era la búsqueda de indicios de acuerdos anticompetitivos adoptados por HONDA, por sus distribuidores o entre una y otros en el mercado de la distribución y venta de motocicletas, de ahí que en la orden de investigación se utilicen las conjunciones "y/o".

No se comparte ese razonamiento ya que en la orden de investigación se establece que los funcionarios sólo estaban habilitados para la incautación de documentación relacionada con intercambios de información o supuestos acuerdos entre Honda y sus distribuidores, (acuerdos verticales) en relación con las condiciones de venta de las motocicletas de Honda por parte de aquellos pero no para documentos relacionados con intercambios con competidores. Así expresamente se establece que " *se autoriza a los siguientes funcionarios para proceder a una inspección en relación con la información reservada que se tramita en esta Dirección de Investigación de la CNC bajo la referencia S/0154/09* ".

En la orden de investigación se especifica cual es el contenido de la información reservada S/0154/09 y así se indica que " *La posible conducta colusoria que investiga esta Dirección de Investigación tendría como objeto y/o efecto principal el intercambio de información y la coordinación de estrategias entre MONTESA HONDA SA y sus distribuidores para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de las motocicletas HONDA y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan éstos* "

Por tanto tal como señala el recurrente la orden de investigación y el auto judicial tenían por objeto " *el intercambio de información y la coordinación de estrategias entre MONTESA HONDA y sus distribuidores* " utilizándose la expresión y/o posteriormente sólo para describir más detalladamente dicho objeto pero siempre dentro de ese marco (de relaciones verticales entre MH y sus distribuidores).

Al no ser SUZUKI concesionario de MONTESA HONDA sino otro fabricante de vehículos de motor, dicho correo electrónico no se estaba comprendido dentro del objeto de la orden de investigación y orden judicial.

En apartado 3 de la resolución del segundo expediente sancionador S/0280/10 SUZUKI-HONDA la CNC lo reconoce indirectamente al señalar " *En la medida que los intercambios de información entre competidores no formaban parte de los hechos por los que se había incoado el expediente S/0154/09, y puesto que podían existir problemas de confidencialidad en relación con el resto de los interesados del expediente S/0154/09, no se acordó la incorporación de dicho correo electrónico al expediente S/0154/09* ". Asimismo se indica en esa resolución cual era las practicas investigadas en el expediente S/0154/09 " *acuerdos de fijación de precios mínimos de reventa de las motos HONDA, así como de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan éstos (...)* ".

Por tanto el objeto de la orden de investigación y la autorización concedida a los funcionarios de la CNC comprendía dentro del marco de relaciones verticales 1) la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de las motocicletas HONDA (precios de venta al público de motocicletas Honda comercializadas por sus distribuidores y 2) los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan éstos.

De hecho en la orden de investigación se señala que es necesario realizar inspecciones sin previo aviso a MONTESA HONDA y sus distribuidores, pero nada dice de inspecciones a competidores de Montesa como Suzuki.

Acreditado que el correo electrónico de 21 de enero de 2009 enviado por D. Dimas (de Suzuki) a D. Eleuterio (de MH) no entraba dentro del objeto de la orden de Inspección y el auto judicial se entiende vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio ya que el personal de la CNC sólo estaba habilitado para incautar documentación relacionada con la información reservada S/0154/09.

Cita la resolución de la CNC recurrida la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 en la que se señala que adicionalmente, la actuación de la Dirección de Investigación se ve respaldada en el presente caso por el Tribunal Supremo que afirma que si en una inspección " *sin ningún tipo de coacción se exhiben otros documentos, o de los examinados con la concreta e inicial finalidad se descubren otras prácticas restrictivas de la competencia, nada impide que persigan estas y tengan por base probatoria tales instrumentos* ". Esta sentencia no es aplicable porque parte del supuesto de que no haya habido oposición del investigado a

esa actuación, lo que no sucede en este caso en que tras la copia masiva de documentación y la imposibilidad de revisar en ese momento toda la documentación contenida en el archivo que se llevó la Inspección consta como anexo al acta que el inspeccionado manifestó que " *Debido a las dificultades expresadas en relación con el proceso de análisis y filtraje de la documentación recabada en formato electrónico, resulta verosímil que entre la documentación recabada y copiada en el disco/s DVD que se adjunta al acta, figure todavía (...) (iii) documentación no comprendida en el objeto de la orden de investigación. Por todo ello, la empresa solicita a la Dirección de Investigación, además del tratamiento confidencial de la misma según ya resulta en el párrafo (42) del acta, la devolución antes posible de aquella información tras haber sido examinada por la Dirección de Investigación* ".

A esta misma conclusión llegó esta Sala en su sentencia de 26 de septiembre de 2011 (caso Colgate-Palmolive) " *resulta en consecuencia que, en cuanto a los documentos ajenos a tal autorización, la actuación inspectora fue desproporcionada y contraria a derecho, al exceder los límites de la autorización judicial para la entrada y registro del domicilio de la empresa actora. En este extremo la actuación administrativa relativa a la incautación de documentos ajenos al objeto de la autorización judicial vulneró el derecho de Colgate-Palmolive a la inviolabilidad del domicilio* ".

QUINTO: No desconoce esta Sala que el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de abril de 2012 ha revocado la sentencia de esta sección de 30 de septiembre de 2009 (recurso 3/2008) referida al caso STANPA en la que se estimó el motivo de casación alegado por el Abogado del Estado referido a que " *la sentencia es contraria al artículo 18.2 CE porque configura la inviolabilidad de domicilio en unos términos que no se corresponden con los que le son propios a tenor de ese precepto constitucional* " y así razona la sentencia en el fundamento de derecho octavo. " *El segundo motivo de casación de Abogado del Estado debe alcanzar éxito porque la limitación de las potestades de intervención que la sentencia recurrida establece en relación con el cumplimiento de las autorizaciones domiciliarias concedidas para llevar a cabo las actuaciones de inspección no es conforme con el criterio presente en ese apartado 24 antes transcrito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989 [DOW CHEMICAL IBÉRICA, asuntos acumulados 97 a 99/87]. Criterio que se viene a enmarcar en esa meta de eficacia de la protección de la libre competencia que antes se apuntó y en la necesidad de evitar obstáculos que de manera injustificada puedan impedir la actuación inspectora* ".

El apartado 24 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989 DOW CHEMICAL IBÉRICA establece que " *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* ".

Este apartado de la sentencia Dow Chemical que es el único argumento que expone la sentencia del Tribunal Supremo para estimar la alegación del Abogado del Estado se limita a indicar que al realizar una Inspección no es necesario identificar previamente el documento que se quiere incautar sino que pueden buscar otros documentos que no hayan sido previamente identificados, pero no establece que puedan incautarse documentos que excedan del objeto de la investigación o del ámbito material de actuación de los funcionarios autorizados. Esa cuestión no se planteaba en la sentencia del TJCE que se refiere a un supuesto en que se incautó determinada documentación pero nada se dice que no estuviera relacionada con el objeto de la investigación referido en ese caso a la existencia de acuerdos o de prácticas concertadas sobre la fijación de precios y de cuotas de venta de PVC y de polietileno entre determinados productores y proveedores de estas sustancias en la Comunidad.

Por otra parte ese párrafo, si se lee de forma completa la sentencia Dow Chemical procede a analizar cual es el alcance de las facultades de verificación que el artículo 14 del Reglamento nº 17 otorga a la Comisión (de similar contenido a las facultades que el 40.2 LDC reconoce a los funcionarios de la CNC) y no puede considerarse de forma aislada sino que debe ponerse en relación con otros párrafos de la misma sentencia en la que se dice que:

" *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. "

De estos párrafos resulta que la delimitación del objeto de la inspección es una de las garantías fundamentales de los sujetos investigados para la defensa de sus intereses puesto que permite circunscribir la inspección al objeto de ésta y que la actuación de los inspectores deba respetar los límites materiales establecidos en la misma.

Por ello el hecho de que en este caso el artículo 40 LDC otorgue a los funcionarios de la CNC la facultad de hacer copia de los documentos relativos a la actividad empresarial, no significa que puedan incautar o copiar todo tipo de documentación tenga o no relación con el objeto de la inspección sino que la propia CNC en la orden de investigación después de indicar que están habilitados con las funciones de inspección previstas en ese artículo, realiza una autorización de inspección indicando el día, empresa, lugar y lo que es más importante delimita el ámbito de actuación de los funcionarios al que ya hemos hecho referencia y que entendemos que en este caso ha sido rebasado.

Como señalamos en nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2011 (recurso 464/2008) " los inspectores pueden buscar elementos de información aún no conocidos o identificados plenamente con sometimiento a las limitaciones que impone el objeto de la inspección o en su caso el auto judicial autorizando la entrada y registro. Lo fundamental es que la copia o incautación de documentos se realice dentro de los límites establecidos por la orden de investigación y en su caso por el auto judicial ".

En este sentido citar la reciente sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012 asunto Nexans contra Comisión Europea T 135/09 .

SEXTO: Acreditado que se ha vulnerado la inviolabilidad del domicilio la consecuencia es que debe declararse nula la deducción de testimonio e incorporación al expediente S/0280/10 SUZUKI-HONDA por parte de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, del correo electrónico enviado por D. Dimas de la empresa SUZUKI a D. Eleuterio de la empresa Montesa Honda miércoles 21/01/2009 a las 12:45 cuyo asunto es "lista de precios" que había sido recabado durante la inspección en los locales de MH llevada a cabo en fecha 17 de diciembre de 2009.

No puede declararse la nulidad de todas las actuaciones posteriores que se deriven de dicha deducción de testimonio ya que en su caso ello debe ser examinado en el recurso que se ha interpuesto contra la resolución de la CNC de 19 de enero de 2012 que ha puesto fin al expediente S/0280/10 SUZUKI-HONDA." (fundamentos de derecho primero a sexto)

TERCERO .- Sobre las posiciones de las partes.

Entiende el Abogado del Estado que los términos en los que se decretó la entrada y registro en las oficinas de la empresa investigada no permiten entender dichas actuaciones en la limitada forma en que lo ha hecho la Sentencia de instancia. Así, considera que no se ha explicado que dicha entrada y registro se produjera en términos desproporcionados o ajenos a la autorización judicial, pues nada autoriza a pensar que cuando la orden de investigación se refiere a las relaciones de Montesa-Honda con sus distribuidores ello implique que sólo se refiere a las relaciones verticales entre una y otros.

En relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, considera el Abogado del Estado que la Sala de instancia parte de una configuración del derecho que no se corresponde con la reconocida constitucionalmente. En este sentido sostiene que existiendo una concreta autorización judicial de entrada y registro y no habiéndose acreditado que la solicitud de entrada se produjera en términos fraudulentos o que el registro se desarrollara en forma desproporcionada, queda excluida la vulneración del citado derecho constitucional. Entiende el representante de la Administración que otra cosa es que pudieran haberse visto afectados otros derechos distintos al de la inviolabilidad domiciliar como consecuencia de la toma de conocimiento de indicios infractores ajenos en principio al objeto de la inspección domiciliaria y su posterior utilización.

Admite el Abogado del Estado que la entrada y registro debe ajustarse al mínimo indispensable, pero entiende que ello no significa que la legalidad de la entrada y registro quede afectada por el resultado del registro, fuera de excesos o arbitrariedades manifiestas. Afirma que la estricta limitación de la investigación domiciliaria a los hechos directamente encuadrables o relacionados con el objeto de la misma resulta las más

de las veces una pretensión de imposible aplicación práctica, pues no resulta posible concretar las actuaciones de registro a los datos fácticos relacionados con las conductas investigadas. Así, en el caso de autos, en el que se critica la utilización de un concreto correo informático no habría concurrido ninguna irregularidad, dado que la actuación inspectora estaba debidamente autorizada y no incurrió en excesos y arbitrariedades.

Considera el Abogado del Estado que nada impide que se persigan prácticas prohibidas descubiertas en una actuación inspectora si resultan de los documentos examinados como consecuencia de la misma. Cita jurisprudencia de este Tribunal, en particular la jurisprudencia en materia penal, recogida en la Sentencia de la Sala Segunda de 3 de julio de 2003 (recurso 2095/2002), de la que resulta que si en la práctica de un registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto al que determinó el mandamiento habilitante, tal descubrimiento posee el carácter de flagrancia, por lo que su recogida es consecuencia de la norma general contenida en la ley procesal.

La empresa recurrida sostiene la corrección de la interpretación realizada en la Sentencia recurrida por la Sala de instancia.

CUARTO .- Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo.

Hemos de avanzar que en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto.

El supuesto litigioso se plantea por la posibilidad -que efectivamente se dio en el caso de autos- de que en la práctica del registro se obtengan documentos o material que resulten ajenos al objeto de la investigación que determinó la autorización judicial, pero que sean reveladores de otras posibles actividades ilícitas. Pues bien, con algunas matizaciones, la doctrina sentada por la jurisprudencia penal que invoca el Abogado del Estado es de aplicación también al ámbito administrativo sancionador. En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

Lo anterior debe ser acompañado de alguna precisión. Por un lado, no puede admitirse con carácter general la prevención que formula el Abogado del Estado de que en la práctica resulta inviable circunscribir la recogida de material al objeto de la investigación. Antes al contrario, debe hacerse hincapié, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación.

Dicho lo anterior también es preciso añadir una distinción en relación con el ámbito penal. En dicho ámbito el hallazgo casual de elementos que puedan posteriormente constituir cuerpo delictivo está afectado

por lo general del carácter de flagrancia, lo que evita problemas en cuanto a la legitimidad de su requisita. Tal carácter resulta más improbable, aunque no imposible, en el caso de una investigación en materia del derecho de la competencia. Pero partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro -desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se encuentre con material que *prima facie* sea revelador de actuaciones ilícitas.

Sentados los anteriores criterios interpretativos, el supuesto de autos no ofrece dudas de que la Administración actuó de manera adecuada en el registro producido en la sede de Montesa Honda, así como que la utilización del correo electrónico del que trae causa el litigio fue conforme a derecho. Es claro que el objeto de la investigación se circunscribía a las posibles actuaciones colusorias verticales entre Montesa Honda y sus distribuidores y que, por tanto, el material de todo tipo que los inspectores debían reclamar y buscar para requisar se limitaba a dichas relaciones verticales y no, por tanto, a las relaciones con los competidores de la mercantil investigada. De acuerdo con las actas de inspección, los inspectores se circunscribieron a dicho objetivo y debido a dificultades técnicas de carácter informático y a la imposibilidad de filtrar en el acto una documentación muy amplia, se recabó gran parte de la misma para su posterior análisis. No consta que la empresa considerase abusiva dicha actuación como lo prueba el párrafo del anexo del acta de la inspección, mencionado por la Sala de instancia:

" Debido a las dificultades expresadas en relación con el proceso de análisis y filtraje de la documentación recabada en formato electrónico, resulta verosímil que entre la documentación recabada y copiada en el disco/s DVD que se adjunta al acta, figure todavía (...) (iii) documentación no comprendida en el objeto de la orden de investigación. Por todo ello, la empresa solicita a la Dirección de Investigación, además del tratamiento confidencial de la misma según ya resulta en el párrafo (42) del acta, la devolución antes posible de aquella información tras haber sido examinada por la Dirección de Investigación "

Lo anterior prueba más bien una colaboración del personal de la empresa investigada al objeto de depurar la documentación requisada de cualquier material que no resultarse pertinente para la investigación.

Desarrollado por tanto el registro de forma conforme a derecho, por cuanto contaba con la preceptiva autorización judicial idónea y su práctica fue idónea y proporcionada a su objetivo, el hecho es que un inspector de la Dirección de Investigación comprobó, al examinar el material incautado, la existencia de un mensaje a otra sociedad competidora (Suzuki) que incluía un listado de precios, con base en el cual se inició una investigación reservada por presunta colusión horizontal entre empresas competidoras que dio lugar a otro expediente (S/0280/10). El presente litigio tiene su origen precisamente en la impugnación de que dicho mensaje fuese incorporado a las actuaciones del referido expediente. Pues bien, habida cuenta de que el hallazgo casual del citado documento se produjo en el marco de un registro practicado de forma regular y conforme a derecho, nada hay que objetar a que la Comisión Nacional de la Competencia procediese a iniciar dicha investigación y abriese un expediente sancionador distinto encaminado a depurar otras conductas ilegales, así como que dicho documento fuese incorporado a tales actuaciones.

Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

En razón de las consideraciones expuestas, procede estimar el motivo y ha lugar al recurso de casación formulado por la Administración del Estado. Por las mismas razones, procede desestimar el recurso contencioso administrativo entablado por Montesa-Honda contra la resolución del Consejo de la Comisión nacional de la competencia de 7 de octubre de 2010.



En lo que respecta a las costas y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponerlas ni en la instancia, habida cuenta de las dudas de hecho y de derecho que concurren en el caso, ni en la casación.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 4 de diciembre de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 736/2010 .

2. Anular la citada sentencia.

3. Desestimar el antes mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Montesa-Honda, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la competencia de 7 de octubre de 2010 dictada en el expediente R/0053/10.

4. No imponer las costas del recurso de instancia ni las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL • CEJ