



Roj: **STS 585/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:585**

Id Cendoj: **28079130032019100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **6442/2017**

Nº de Resolución: **241/2019**

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

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3901/2017,**
ATS 6193/2018,
STS 585/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 241/2019

Fecha de sentencia: 26/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **6442/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

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

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: **6442/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 241/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **6442/2017**, interpuesto por la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Francisco-Inocencio Fernández Martínez, con la asistencia de letrada de D. Eduardo Abril Fernández, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de septiembre de 2017, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 8/2015, a instancia de las anteriores recurrentes, sobre sanción de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0430/12 (Recogida de papel); ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 8/2015 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 28 de septiembre de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: Que estimando solo en parte el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Inocencio Fernández Martínez, en nombre y en representación de HIJOS DE DEMETRIO FERNANDEZ S.A. contra la Resolución de fecha 6 de Noviembre de 2014 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0430/12 (Recogida de Papel), incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI), de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en relación a una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del TFUE, en los términos por expuestos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de la Resolución y que impone, por lo que ahora interesa, a la empresa HIJOS DE DEMETRIO FERNANDEZ una multa por importe de 465.372 euros e intimando a la empresa sancionada, como a todas las demás, a para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente, debemos estimar solo en lo que se refiere al cálculo de la multa respecto de lo que se debe estar a lo señalado en el fundamento jurídico antepenúltimo de esta sentencia".

SEGUNDO.- El procurador de los tribunales D. Francisco-Inocencio Fernández Martínez, en nombre y representación de la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A., presentó con fecha 20 de noviembre de 2017 escrito de preparación del recurso de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 30 de noviembre de 2017, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 2017.

CUARTO.- El Abogado del Estado en la representación que le es propia y por ley ostenta, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 15 de enero de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

QUINTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha a 11 de junio de 2018:

1º) Admitir el recurso de casación núm. **6442/2017**, preparado por la representación de la entidad Hijos de Demetrio Fernández S.A. (DEFESA), contra la sentencia de 28 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario núm. 8/2015).

2º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso, que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consisten en: 1º) reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las



órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores, y 2º) la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE , a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos, en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

SEXTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 26 de junio de 2018 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 25 de julio de 2018 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, concluyó:

"En consecuencia, la Sentencia recurrida infringe la jurisprudencia sobre los artículos 1.3. LDC y 101.3 TFUE . Además, al prohibir mediante al artículo 1 LDC conductas lícitas conforme al art. 101 TFUE , la Sentencia Recurrida infringe también el artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 ".

Y precisó el sentido de sus pretensiones y recogió los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"1. Que declare haber lugar, y, por tanto, estime, el recurso de casación interpuesto por esta parte frente a la Sentencia Recurrida.

2. Que acuerde casar y anular la Sentencia Recurrida.

3. Que resuelva nuestro recurso contencioso-administrativo, estimándolo, y, en consecuencia, declare la invalidez de la Resolución de la CNMC.

4. Imponga las costas a la parte recurrida".

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de fecha 27 de julio de 2018, se concedió el plazo de treinta días al Abogado del Estado, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 4 de octubre de 2018, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

"resuelva este recurso por medio de sentencia que LO DESESTIME con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrida".

OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 31 de octubre de 2018 que no había lugar a la celebración de vista pública, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 12 de febrero de 2019, fecha en la que tuvo lugar el acto, examinando conjuntamente los recursos núms. **6442/2017**, 6461/2017, 6696/2017, 88/2018, 578/2018 y 2593/2018, en relación con el mismo expediente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (expediente S/0430/12 - Recogida de papel-) y en los que coinciden en buena medida las cuestiones planteadas y, en algunos, la misma asistencia letrada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto litigioso.

El presente recurso de casación núm. **6442/2017** lo interpone la representación de la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017 (recurso núm. 8/2015), en la que, según hemos visto en el antecedente primero, se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A., contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, del Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se impuso a la entidad recurrente una sanción de 465.372 euros de multa, anulando la sentencia la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa y acordando remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte nueva resolución en la que fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos



63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

SEGUNDO.- La cuestión que presenta interés casacional.

La resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia atribuye a la recurrente, junto al resto de socios de la Unión de Empresas recogedoras de Residuos (UDER), una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en *"la actuación de forma concertada en los mercados de recuperación y comercialización de papel y cartón recuperado en España, de cara a repartir de forma explícita e implícita actividades y clientes, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible"*.

El auto de la Sección Primera de esta Sala de 11 de junio de 2018 declara que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

- Por un lado, reafirmar, o en su caso, precisar, matizar o corregir la jurisprudencia de la Sala sobre la doctrina del hallazgo casual, en relación con el contenido y fundamento de las órdenes de investigación de la CNMC en ejercicio de su actuación inspectora en expedientes sancionadores.

- Por otra parte, la interpretación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la exención contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal que implican la creación de una nueva sociedad que se presenta como una alternativa al operador dominante y como la única forma de acceder a un nuevo segmento del mercado.

Análogas cuestiones se plantean en los recursos de casación núms. 6461/2017, 6696/2017, 578/2018 y 2593/2018, en parte en el recurso de casación núm. 88/2018, y, en particular, los citados recursos núms. 578/2017 y 6461/2017 recogen sustancialmente idéntica argumentación y cuentan con la misma representación procesal y asistencia letrada y coincide la oposición de la Abogacía del Estado con este recurso de casación núm. **6442/2017**.

Y, sin perjuicio de algunas diferencias en las propias sentencias recurridas, nos ajustamos a lo que hemos dicho en la **sentencia de 25 de febrero de 2019 -recurso de casación núm. 6461/2017 -**. Debe tenerse en cuenta que la sentencia que allí se enjuicia, también de 28 de septiembre de 2017 -recurso núm. 11/2015 -, es la que mencionan en buena medida en este recurso la parte recurrente y la parte recurrida.

Abordemos entonces la primera de aquellas cuestiones.

TERCERO.- La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual".

La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual" viene condensada en nuestra **sentencia de 6 de abril de 2016 -recurso de casación núm. 113/2013 -**. Y aunque ya la sentencia recurrida ofrece una amplia cita de dicha sentencia, interesa reproducir aquí las consideraciones que se exponen en el F.J. 4º de la citada sentencia de 6 de abril de 2016 , cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente

"(...) 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 fragancia, lo que evita problemas en cuanto a la legitimidad de su requisa. 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 (...), 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 (...) 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 (...).

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 resultase 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 (...) 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".

Esta doctrina debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla.

CUARTO.-Sobre si la jurisprudencia relativa al hallazgo casual resulta aplicable al caso que aquí se examina.

Una vez reseñada la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta, queda por dilucidar si esa doctrina ha sido correctamente aplicada por la Sala de instancia al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos que la recurrente aducía en el proceso -y también ahora en casación- sobre la disconformidad a derecho de la Orden de Investigación que sirvió de base para la realización del registro.

Ante todo debemos recordar como se recoge en la **sentencia de 25 de febrero de 2019 -recurso de casación núm. 6461/2017 -**, que, como señalan la resolución sancionadora de la CNMC y la sentencia recurrida, el procedimiento en el que se dictó la resolución sancionadora aquí controvertida (expediente S/430/12) fue incoado a raíz de la documentación obtenida en el curso de una inspección realizada los días 6 y 7 de junio de 2012 en la sede de Isma 2000, S.L. y en el seno de un procedimiento sancionador distinto (expediente S/0415/12, ABH-ISMA) que venía referido a posibles pactos colusorios en el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos en centros sanitarios.

En el proceso de instancia la demandante alegó diversas deficiencias e irregularidades en la que a su entender incurría la Orden de Investigación que permitió la inspección en la sede de Isma 2000, S.L., en la que se halló la documentación que dio origen al expediente sancionador que ahora nos ocupa. Y según hemos visto, el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida da respuesta a esas alegaciones señalando, en lo que ahora interesa, lo siguiente (no se olvide que nos referimos a la sentencia de la Audiencia Nacional dictada en el recurso núm. 11/2015):

"(...) SÉPTIMO.- (...)

(...) en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de los contratos licitados por centros sanitarios públicos o privados con la finalidad de repartirse el mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales) y los sujetos investigados (Isma 2000 SL); se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección en los días 6 y 7 de junio siguiente, y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos, tanto sanitarios como de otro tipo. También se define el mercado geográfico, señalando a tal efecto las Islas Baleares y su posible proyección nacional. En ambos casos, las definiciones son precisas y suficientes.

Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto. Ciertamente no puede predicarse la misma concreción de la petición de investigación vinculada a "tratamientos de residuos de otro tipo", extremo que por su vaguedad no puede aceptarse, por lo que la validación de la actuación inspectora se reduce a las otras conductas, claramente referidas, que integran tipos sancionadores sobre cuya concreción nadie ha planteado cuestión alguna.



Esta circunstancia tiene una particular relevancia en este caso, pues, ciertamente la entrada domiciliar se acuerda para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, que es distinto del que da lugar a las presentes actuaciones y podría considerarse que la extrema vaguedad de la fórmula empleada por la autoridad de competencia, "tratamientos de residuos de otro tipo", no amparaba la utilización del material probatorio con el que se sanciona a la recurrente. Como veremos, esta circunstancia, en realidad, carece de la relevancia que la recurrente le otorga pues, obviando el debate sobre la eventual integración de los residuos de papel cartón en el marco de los residuos sanitarios que propone la resolución impugnada, en este caso resulta de aplicación la doctrina del hallazgo casual. (...)".

Por tanto, la Sala de la Audiencia Nacional admite que, al delimitar el objeto de la inspección que se iba a llevar a cabo en la sede de la empresa entonces investigada, la Orden incurría en vaguedad e imprecisión cuando, además de señalar el mercado de tratamiento de residuos sanitarios, se refería también a "*tratamientos de residuos de otro tipo*"; mención ésta que, según la propia sentencia recurrida, no puede aceptarse, por su vaguedad, por lo que la validación de la actuación inspectora se circunscribe al tratamiento de residuos sanitarios.

Aunque la sentencia recurrida no la cita, la jurisprudencia de esta Sala -de la que son exponente, entre otras, nuestras sentencias de 10 de diciembre de 2014 (recurso de casación núm. 4201/2011), 27 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 1292/2012) y la sentencia 1658/2017 de 31 de octubre de 2017 (recurso de casación núm. 1062/2017)- respalda ciertamente esa apreciación de que la Orden de Investigación no resultaba aceptable en cuanto al inciso referido a "*tratamientos de residuos de otro tipo*", pues esa genérica mención no cumple los requisitos de concreción y especificidad exigibles a las órdenes de investigación; sobre todo teniendo cuenta que los de recogida y tratamiento de residuos sanitarios son ámbitos de mercado distintos a los de recogida y tratamiento de otras clases de residuos.

Por ello, resulta acertada la conclusión a la que parece apuntar la sentencia recurrida cuando señala que, en el caso examinado, la entrada domiciliar sólo debe considerarse válidamente acordada para recabar pruebas sobre un tipo específico de residuos, los sanitarios; y que la Orden de Investigación, por la extrema vaguedad con la que aludía a "*tratamientos de residuos de otro tipo*", no amparaba la utilización del material probatorio que sirvió de base para sancionar a la recurrente.

Sin embargo, la Sala de instancia elude o sortea la objeción que ella misma ha dejado formulada, y lo hace afirmando que la circunstancia señalada carece en realidad de relevancia invalidante por aplicación la doctrina del hallazgo casual.

Pues bien, no podemos compartir este giro argumental que introduce la sentencia recurrida.

Como hemos visto en el fundamento jurídico tercero, la doctrina sobre el hallazgo casual alude a un hallazgo de material probatorio que se produce de manera imprevista y fortuita, en el curso de una inspección realizada en virtud de una orden de investigación dictada con una finalidad distinta. Y la jurisprudencia que antes hemos reseñado viene a precisar que para que el material probatorio así obtenido pueda ser utilizado de forma legítima es necesario que el hallazgo se produzca con ocasión de una entrada y registro que cuente con la necesaria habilitación y se desarrolle de forma idónea y proporcionada.

Pues bien, tales exigencias no se cumplen en el caso que ahora nos ocupa, donde, en puridad, ni siquiera cabe afirmar que haya existido un hallazgo casual. La documentación relativa a la recogida y tratamiento de otros residuos (distintos a los sanitarios) se encontró porque se buscaba. Y se buscaba en virtud de una Orden de Investigación que, además de referirse a los residuos sanitarios, que eran objeto de aquel expediente, aludía también a "*tratamientos de residuos de otro tipo*"; expresión ésta que, por su genericidad y vaguedad, la propia sentencia recurrida consideró no aceptable, y, por tanto, no habilitante para que a su amparo pudiese realizarse inspección o indagación alguna.

En definitiva, no se trata aquí de un hallazgo casual producido con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio recogido en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación ("*tratamientos de residuos de otro tipo*") que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual.

QUINTO.- Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta.



Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013).

Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho 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. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) 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".

Esta doctrina que expusimos debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla.

SEXTO.- Sobre la resolución del presente recurso.

En contra de lo que afirma la sentencia recurrida, entendemos que esa jurisprudencia sobre el hallazgo casual no es aplicable en el que caso que ahora nos ocupa pues no se trata aquí de un hallazgo producido accidentalmente con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese otra finalidad, sino de un material probatorio que fue encontrado en el curso de un registro que se entendía respaldado por un inciso de la Orden de Investigación ("*tratamientos de residuos de otro tipo*") que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante. Y estando así viciado el hallazgo, por haberse producido al amparo de una Orden que en ese concreto punto carece de validez y de eficacia habilitante, no cabe pretender una suerte de sanación o convalidación del material probatorio así obtenido mediante la forzada apelación a que se trata de un hallazgo casual. Por tanto, debe concluirse que la resolución sancionadora se basa en un material probatorio que no ha sido obtenido de forma ajustada a derecho.

Por todo ello debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A; y una vez casada la sentencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 que impuso a dicha entidad una sanción de 465.372 euros de multa.

En fin, una vez alcanzada la conclusión de que la resolución sancionadora debe ser anulada, no resulta ya necesario ni procedente que entremos a examinar la segunda de las cuestiones en las que el auto de admisión del recurso apreció interés casacional objetivo, esto es, la interpretación de los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la exención contenida en los citados preceptos.

SÉPTIMO.-Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación establecida en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto::

1.- Ha lugar al recurso de casación núm. **6442/2017** interpuesto por la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de septiembre de 2017, dictada en el recurso núm. 8/2015, que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Hijos de Demetrio Fernández, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 por la que se impuso a la entidad recurrente una sanción de 465.372 euros de multa, quedando anulada y sin efecto la referida resolución sancionadora.



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

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ