



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**RESOLUCIÓN**  
**(Expte. R/AJ/039/17, SACYR)**

**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

**Presidente**

D. José María Marín Quemada

**Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de agosto de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/039/17, SACYR, por la que se resuelve el recurso presentado por SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A. (en adelante, SACYR) contra la Orden de Investigación expedida el 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia (DC) de la CNMC y las actuaciones de inspección desarrolladas al amparo de la misma los días 30 y 31 de mayo de 2017 en la sede de la empresa en el marco de la información reservada S/DC/0611/17.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 23 de mayo de 2017 se autorizó la inspección en la sede de las empresas VALORIZA AGUA, S.L, SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A. y SADYT, por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el mercado español de la construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, consistentes en la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible. Estas conductas se habrían venido llevando a cabo, al menos, desde el año 2003, en los sectores de construcción y rehabilitación de infraestructuras y de la construcción y rehabilitación de edificios, y desde el año 2001 en el sector del diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, pudiendo continuar en todos los casos hasta la actualidad.

2. Los días 30 y 31 de mayo de 2017, se llevaron a cabo tales labores de inspección en la sede de SACYR, una vez recibido por la empresa la Orden de Inspección y el auto judicial que habilitaba el acceso a la sede social de las empresas.
3. Con fecha 13 de junio de 2017 la representación de SACYR, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 y las posteriores actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia (DC) desarrolladas los días 30 y 31 mayo de 2017 en su sede en ejecución de la misma, alegando que dicha Orden de Investigación, así como las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma infringía el derecho a la inviolabilidad del domicilio.
4. Con fecha 13 de junio de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por SACYR.
5. Con fecha 19 de junio de 2017 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe la DC consideró que procedía la desestimación del recurso, en la medida en que la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
6. Con fecha 20 de junio de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de SACYR, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. Con fecha 29 de junio de 2017 la representación de la empresa recurrente tuvo acceso al expediente de recurso.
8. El 5 de julio de 2017 la recurrente solicitó ampliación del plazo concedido para alegaciones. Con fecha 6 de julio se acordó denegar la ampliación de plazo solicitada.
9. Con fecha 14 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones complementarias de SACYR.
10. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 30 de agosto de 2017.
11. Es interesada en este expediente de recurso SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A. (en adelante, SACYR).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente**

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC contra la Orden de Investigación expedida por el Director de Competencia el 23 de mayo de 2017 por la que se autorizaba la inspección realizada en la sede de SACYR los días 30 y 31 de mayo de 2017 y que es también objeto de recurso.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

SACYR solicita del Consejo de la CNMC la anulación de la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017, así como de las actuaciones inspectoras realizadas en su sede en ejecución de la misma, por cuanto considera que las mismas vulneran de forma grave su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

SACYR basa su pretensión en la insuficiente concreción del objeto de la investigación recogido en la Orden de Investigación a la luz de la normativa aplicable y la jurisprudencia española y comunitaria en la materia, lo cual habría dado pie a una actuación ilícita por parte de la DC al vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio de SACYR. La recurrente contrapone la amplitud de sectores cubiertos por la Orden a la existencia de indicios concretos de posibles infracciones de la LDC (citados en el primer párrafo de la Orden de Investigación y refrendados por la lista de palabras clave, que contiene nombres concretos de personas y otros términos específicos), que señalaría que la CNMC contaba con indicaciones de las presuntas prácticas anticompetitivas a investigar. SACYR estima que la DC no habría indicado, de la forma más clara y concreta posible, los indicios que pretendía comprobar, a tenor de la que considera como extrema vaguedad de los términos con que se describe el alcance de las posibles infracciones a investigar por la CNMC en base a la Orden de Investigación recurrida, a pesar de contar con indicios concretos de actividades en las que se habrían producido las infracciones.

En su **Informe sobre el recurso**, de 19 de junio de 2017, la DC considera que el recurso contra la Orden de investigación de 23 de mayo y las actuaciones inspectoras desarrolladas entre los días 30 y 31 de mayo junio de 2017 debe ser desestimado, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que la Orden de investigación y la sucesiva inspección en ningún caso han dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de SACYR.

La DC precisa que disponía de indicios de prácticas anticompetitivas en los sectores y ámbito geográfico cubiertos por la Orden de inspección (11 correos electrónicos,

incorporados a la información reservada S/DC/0611/17 y recabados en una inspección anterior, en el año 2014, a otra empresa, DRACE). Además, de entre los citados correos electrónicos (11), la DC indica en su Informe al recurso que destacan 5 de ellos que *“llevan adjuntos a su vez cada uno un archivo Excel en el que se recoge el resultado de las reuniones semanales que SACYR mantenía con seis competidores (en el seno del autodenominado G7, siendo todos sus integrantes grandes constructoras) en las que se discutían todas las licitaciones de elevado importe (generalmente por encima de 2 millones de euros, reseñándose en cada archivo alrededor de 80 licitaciones) que las Administraciones Públicas habían sacado a licitación en la semana previa a la reunión mediante publicación en el correspondiente Diario Oficial”*. En tal medida, la Orden de Investigación, conforme al criterio de la DC, recoge exactamente los sectores potencialmente afectados por los indicios de infracción de la LDC de los que disponía el órgano de instrucción en el momento de la adopción de la Orden de Investigación.

La DC propone asimismo la acumulación de los recursos R/AJ/039/17 SACYR, R/AJ/040/17 VALORIZA AGUA y R/AJ/044/17 SADYT, dado que las tres empresas recurrentes pertenecen al mismo grupo empresarial (Grupo Sacyr) y los tres escritos de interposición de recurso tienen el mismo contenido en cuanto al objeto, motivo de recurso y su fundamentación.

En su escrito **de alegaciones complementarias** de 14 de julio de 2017, formulado por SACYR tras el correspondiente acceso al expediente de recurso, se reitera en lo argumentado en el escrito del recurso en cuanto a la ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección. Añade SACYR, a la vista del Informe de la DC, y de la documentación anexa al mismo que los indicios que tenía la DC antes de dictar la Orden de Investigación eran sólo los 11 correos electrónicos recabados en inspección a DRACE en 2014. SACYR solicita al Consejo que requiera a la DC para que incorpore al expediente la totalidad de los 11 correos para valorar si la DC, cuando ordenó la inspección, tenía indicios suficientes para dictar una Orden de Investigación con un objeto y ámbito tan amplios.

Considera SACYR que el informe elaborado por la DC para la Abogacía del Estado a los efectos de solicitar el Auto de autorización para la entrada en domicilio recoge una explicación muy detallada de las prácticas que se pretende investigar, lo cual se contradice con la explicación de la DC en su informe en el que señala que no conocía la concreta operativa de las conductas investigadas.

La recurrente reprocha la falta de proporcionalidad en la que habría incurrido la DC al acudir al instrumento de las inspecciones en las sedes de las empresas, en lugar de a otras actuaciones menos gravosas para comprobar y verificar el contenido, contexto y lógica tras esos 11 correos electrónicos. Al no ser estrictamente necesaria e imprescindible la inspección, conforme a la argumentación de la recurrente, se habría vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Finalmente, SACYR entiende que la información de la que disponía la DC le habría permitido definir con una mayor precisión el objeto y finalidad de la Orden de Investigación, pudiendo precisar la actividad que era objeto de investigación y la

supuesta conducta investigada “un posible reparto de licitaciones”. Ello se pone de manifiesto también, entiende la recurrente, en la lista de palabras significativas utilizadas por la DC vinculadas a un posible reparto de licitaciones, lista ésta que la DC no proporcionó a SACYR hasta el final de la inspección, pese a solicitarlo sus representantes con carácter previo.

## **SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.**

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por SACYR supone verificar si la Orden de Investigación y la subsiguiente actuación inspectora recurridas han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

### **I.- Ausencia de indefensión**

Respecto a la posible existencia de indefensión alegada por SACYR, esta Sala considera que ni la Orden de investigación de 23 de mayo de 2017 ni la inspección desarrollada a su amparo los días 30 y 31 de mayo de 2017 pueden ser susceptibles de vulnerar los derechos alegados por la recurrente, por los motivos que se exponen a continuación.

#### *(i) Sobre la alegada ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección.*

En el fundamento primero se ha detallado en extensión la argumentación de SACYR sobre la que entiende como ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección en la Orden de Investigación en cuanto a (i) sectores de actividad afectados y (ii) ámbito geográfico (todo el territorio nacional) pese a que la DC disponía de información suficiente para haber acotado más el objeto. SACYR alega que se ha visto imposibilitada de conocer concretamente el objeto, finalidad, alcance de la inspección, lo que supondría una infracción de su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El artículo 13.3 del RDC establece que la Orden de Investigación debe indicar *“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”*.

Asimismo, el Reglamento (UE) 1/2003, en su artículo 20.4, refiere, aunque de forma muy sucinta, a que la decisión que ordena la inspección indicará el objeto y la finalidad de la misma, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas para la conducta de que se trate. No obstante, la jurisprudencia comunitaria se ha ocupado de precisar cuál debe ser el contenido de la Orden de inspección y de concretar determinados aspectos con respecto a dicha cuestión.

Así, la sentencia del STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P) señala:

*“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 [...] 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 [...]”.*

En el caso que origina este recurso, esta Sala considera patente que la delimitación del **objeto** de la inspección recogido en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 es adecuada y conforme a Derecho, pues precisa de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC, de forma consistente con la jurisprudencia recaída en la materia.

En la Orden de Investigación ahora recurrida se señalaba que el objeto de la investigación se centraba en *“verificar la existencia de actuaciones de SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A., VALORIZA AGUA, S.L. y SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS (SADYT) y de diversas empresas competidoras de éstas, en España, en los sectores de la construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible. Estas conductas se habrían venido llevando a cabo, al menos, desde el año 2003, en los sectores de construcción y rehabilitación de infraestructuras y de la construcción y rehabilitación de edificios, y desde el año 2001 en el sector del diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua, pudiendo continuar en todos los casos hasta la actualidad”.*

Asimismo, la Orden de Investigación anticipaba desde su primer párrafo que *“Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en España en mercados relacionados con (i) la construcción y rehabilitación de infraestructuras (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas autovías, puentes, campos de vuelo, líneas ferroviarias de alta velocidad, urbanizaciones de terrenos...); (ii) la construcción y rehabilitación de edificios (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas colegios, hospitales, promociones de Vivienda Protección Oficial y Promoción de Vivienda Protegida Pública Básica, bibliotecas...); y (iii) el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable).”*

Esta Sala de Competencia coincide con el Informe elaborado por la DC en que la Orden de Investigación aprobada para la inspección de SACYR no incurre en déficit alguno en cuanto a la información debida sobre el alcance y objeto de la investigación. Al contrario, la DC, conforme a lo estipulado en dicha Orden, circunscribe su actuación

a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresa investigadas y, por ello, limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia, infiriéndose de la lectura de la citada Orden que ni siquiera ésta se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita a “acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible”.

Esta Sala, a la vista de la Orden de Investigación recurrida, entiende que debe concluirse que ésta contenía de forma suficiente y adecuada el objeto, la finalidad y alcance de la inspección que ordenaba. La Orden de Investigación analizada cumple plenamente con los parámetros señalados en el artículo 13.3 del RDC conforme a la interpretación jurisprudencial sentada sobre el mismo. Pretender, por el contrario, que la orden de investigación aporte una información exhaustiva y con amplio grado de detalle no es, por un lado, estrictamente necesario por la fase preliminar de la investigación en que se produce la inspección (diligencias previas), y por otro, resulta ciertamente dificultoso y en ocasiones imposible, pues justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es determinar con precisión muchos de los detalles de la conducta infractora.

Por lo que se refiere a la fase en que la actuación inspectora tiene lugar, esto es, en el ámbito de una información reservada sin que haya expediente incoado, conviene recordar la Resolución de 9 de abril de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en el Expediente R/AJ/004/15 Prosegur, donde se señalaba:

*"Lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las diligencias previas DP/0044/14 y condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho. Tal y como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la Administración no está obligada en esta fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección".*

Respecto de la alegación de la recurrente de que el informe a la Abogacía del Estado para solicitar el Auto de autorización de entrada recoge una explicación muy detallada de las prácticas que se pretende investigar, que se contradice con la explicación de la DC en su informe en el sentido de que no conocía la concreta operativa de las conductas, hay que precisar que resulta perfectamente proporcionado que el nivel de detalle que se aporte al juez de lo contencioso-administrativo para que pueda realizar el juicio oportuno sobre la concesión de la autorización judicial de entrada a la sede de la inspeccionada sea superior al incluido en la Orden de Investigación, pues ésta tiene que contener información adecuada sobre el objeto de la investigación para salvaguardar los derechos de defensa de la parte pero a la vez no perjudicar el efecto útil de la inspección. Precisamente por ello, el Auto autorizador de entrada, que el juez ordena sea comunicado a las inspeccionadas al inicio de la inspección, tampoco recoge exhaustivamente todos los elementos e indicios comunicados al órgano judicial.

Tal como señala la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 2016 (rec. 136/2014) “[...] de lo expuesto no se deduce que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción”.

Al haberse realizado la inspección controvertida en el marco de una información reservada, sin expediente incoado, la imputación formal a efectuar por la DC tendrá lugar, en su caso, tras la incoación del correspondiente expediente sancionador, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, en concreto, en la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que es el único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, en el que se definen con exactitud las prácticas investigadas, entidades imputadas y mercado de producto y geográfico en el que se enmarca el expedientes y duración de las conductas. Será tras la notificación de dicho PCH cuando la empresa afectada pueda hacer valer con plenitud su derecho de defensa en relación a la exacta determinación de tales parámetros. Aseverar esto no significa que no se imponga antes del PCH un control de legalidad efectivo de las inspecciones, pero sí que no cabe elevar el estándar de control de forma manifiestamente ajena a lo previsto por la normativa aplicable y por la jurisprudencia recaída en la materia.

Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, por remisión a la jurisprudencia comunitaria, precisa lo siguiente:

*"(...) En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".*

- (ii) *Sobre el alegado carácter desproporcionado del recurso a una inspección en la sede de las empresas investigadas*



Corresponde analizar la consideración formulada por SACYR relativa a que la DC podía haber recurrido a métodos más proporcionados que una inspección para contrastar los indicios de que disponía, mencionando la recurrente a título de ejemplo la solicitud de aclaraciones a las empresas que forman parte del llamado G7, o el análisis del resultado de las licitaciones listadas en los correos recabados en la sede de DRACE.

Hay que recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente y consolidada jurisprudencia, nacional y comunitaria, las facultades de inspección de la autoridad de la competencia constituyen una herramienta particularmente adecuada para la lucha eficaz contra las conductas restrictivas de la competencia. Frente a indicios como los que la DC menciona en la Orden de Investigación, al efecto de que el órgano instructor pueda determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos que se estaban investigando, que constituirían una infracción muy grave de la LDC, y dado el contexto en el que se aplicarían estos acuerdos, así como la identidad de todas las empresas en su caso implicadas, resulta necesario y claramente proporcionado llevar a cabo inspecciones de conformidad con el artículo 27 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

Coincide esta Sala de Competencia con el criterio de la DC en lo tocante a que la actuación inspectora resulta, por tanto, necesaria y proporcionada en supuestos, como el ahora objeto de recurso, en los que lo que se investiga son posibles acuerdos o prácticas concertadas entre empresas competidoras para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible. Este criterio se ha visto corroborado por los distintos Juzgados de lo Contencioso Administrativo competentes que aprobaron las correspondientes autorizaciones judiciales de entrada en el marco de la información reservada S/DC/0611/17, incluida la correspondiente a SACYR.

Como esta Sala de Competencia ha afirmado en otras resoluciones, y la jurisprudencia nacional y comunitaria han ratificado, uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan las autoridades de competencia en su lucha contra las prácticas anticompetitivas es la obtención de pruebas de su existencia, ya que la propia experiencia de las empresas contribuye a la confección de entramados cada día más sofisticados que dificultan la labor de detección y sanción por parte de los poderes públicos. Si a ello se le añade el carácter habitualmente secreto de las conductas investigadas y las especiales precauciones adoptadas por las empresas para la ocultación de los ilícitos en los que incurren, es indiscutible el carácter a menudo imprescindible de las inspecciones desarrolladas en las sedes de las empresas.

## **II.- Ausencia de perjuicio irreparable.**

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque que el*

*restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En anteriores recursos planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia (entre otros expedientes R/0112/12, GRUPO LACTALIS IBERIA; R/0141/13, AOP; R/0148/13, RENAULT; R/0149/13, BP ESPAÑA, R/DC/0001/14, ALMENDRA Y MIEL y R/AJ/21/17 ALTADIS) se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional.

En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución.

El análisis desarrollado en el apartado anterior en relación a la total adecuación de la inspección realizada a la Orden de Investigación que la amparaba, sin que pueda deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio ni en la propia Orden ni en la actuación inspectora, permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de SACYR.

Si bien *"la legalidad de la entrada y las actuaciones desarrolladas por la inspección deben ser enjuiciadas, de forma plena, no por el juez que autoriza la entrada, sino por el juez que conoce la impugnación de la Orden misma"* (sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2016), también ha sido señalado por el TS que *"[e]n cualquier caso, existiendo auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, aun cuando finalmente no fuera preciso al existir consentimiento de la empresa a la inspección quedó plenamente garantizado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio"* (sentencia de 27 de febrero de 2015).

Según se desprende de la lectura del Acta de Inspección, el recibí de la Orden de Investigación y del Auto judicial fue firmado por el representante de la empresa, Director de la Asesoría jurídica. Los abogados externos de la empresa estaban físicamente presentes antes del inicio de la inspección material. Y mientras duró la búsqueda de documentación y la realización de copias, estuvo siempre presente, junto con los inspectores de la CNMC, el personal de SACYR, el representante de la misma, que ostenta el cargo de Director de la Asesoría Jurídica, y sus abogados externos. Tanto el representante de las empresas inspeccionadas como los ocupantes de los despachos y los titulares de los dispositivos inspeccionados, así como sus abogados externos, presentes durante la inspección, pudieron realizar en todo momento, tal como se constata en el Acta, observaciones en relación con los documentos que podrían resultar ajenos al objeto de la inspección y/o pertenecer a la esfera privada de los empleados y no ser, en consecuencia, adecuada su copia.

Como señaló el Equipo inspector, la oportunidad para señalar dicha documentación de carácter personal también existe posteriormente descontando, además, que la DC, de oficio, procederá a la devolución y eliminación de las copias de todo aquello que no tenga relación con el objeto de la investigación. En ese sentido, tanto el representante de las empresas inspeccionadas como los abogados externos de la ahora recurrente, presentes en la inspección, tuvieron conocimiento de los documentos, en formato

impreso y electrónico, recabados en el curso de la inspección. Al finalizar las actividades de inspección, quedó en poder de SACYR la relación completa de documentos recabados en el curso de la misma, tanto en formato papel como en formato electrónico.

El artículo 42 LDC permite solicitar, en cualquier momento del procedimiento, mantener secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales. Igualmente, y como se expresa en los párrafos (28) y (29) del Acta de Inspección, el representante de las empresas inspeccionadas y los abogados externos de la recurrente fueron informados de que, una vez finalizada la inspección, le serían notificados por la DC los documentos recabados en la inspección que quedarían incorporados al expediente con el fin de que la empresa, en el plazo de 10 días, pudiera presentar por escrito una relación individualizada y motivada de los documentos sobre los cuales se formula solicitud de confidencialidad.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación de la información recabada durante la inspección y cuya destrucción las recurrentes solicitan, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 y la subsiguiente inspección, en las que se fundamenta el presente recurso, hayan causado perjuicio irreparable a los derechos de SACYR.

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

#### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso interpuesto por SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A. (SACYR) contra la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 y la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada entre los días 30 y 31 de mayo de 2017 en la sede de dicha empresa.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.