



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/042/17, CORPORACIÓN ACCIONA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. 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/042/17, CORPORACIÓN ACCIONA, por la que se resuelve el recurso presentado por ACCIONA, 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 y 1 y 2 de junio de 2017 en la sede de CORPORACIÓN ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.L., ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.L. y ACCIONA AGUA, S.A. (en adelante, ACCIONA) 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 CORPORACIÓN ACCIONA, ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y ACCIONA AGUA, S.A., 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 y 1 y 2 de junio de 2017, se llevaron a cabo tales labores de inspección en la sede de CORPORACIÓN ACCIONA, ACCIONA CONSTRUCCIÓN y ACCIONA AGUA, una vez recibido por las empresas la Orden de Inspección y el auto judicial que habilitaba el acceso a la sede social de las empresas. Las Compañías realizaron observaciones en cuanto a la forma en que se desarrolló la inspección (“Observaciones al Acta de Inspección”) que fueron anexadas al Acta de Inspección.
3. Con fecha 13 de junio de 2017 la representación de ACCIONA, 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 y 1 y 2 de junio de 2017 en sus sedes en ejecución de la misma, alegando que dicha Orden de Investigación, así como las actuaciones inspectoras realizadas en sus sedes en ejecución de la misma infringía el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la defensa y el secreto de las comunicaciones.
4. Con fecha 14 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 ACCIONA.
5. Con fecha 20 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 ACCIONA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. Con fecha 23 de junio de 2017 la representación de la empresa recurrente tuvo acceso al expediente de recurso.
8. El día 13 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones complementarias de ACCIONA de la misma fecha. En el mismo se señala que ACCIONA ha recurrido en apelación el Auto judicial autorizador del acceso.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 30 de agosto de 2017.

10. Son interesadas en este expediente de recurso CORPORACIÓN ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.L., ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.L. y ACCIONA AGUA, S.A. (ACCIONA).

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 ACCIONA los días 30 de mayo a 2 de junio 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"*.

ACCIONA 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. ACCIONA demanda que se deje sin efecto la Orden de Inspección y se ordene la devolución de todos los documentos recabados a la ahora recurrente o, subsidiariamente, que se anule la propia inspección practicada, con restitución igualmente de la documentación recabada.

ACCIONA basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

(1) Nulidad de la inspección domiciliaria debido a la ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección en la Orden de Investigación.

El artículo 18.2 de la Constitución Española garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio, condicionando la práctica de inspecciones por parte de la CNMC. Este derecho únicamente puede ser limitado (y siempre de la manera menos lesiva posible) cuando se observen una serie de prescripciones. En lo que afecta al presente caso, la Dirección de Competencia (DC) deberá redactar las Órdenes de Investigación con la mayor precisión posible, indicando la finalidad y alcance de la inspección y evitando dar descripciones genéricas o abiertas. La cuestionada Orden de Investigación, conforme a las tesis de ACCIONA, emplea términos genéricos que desnaturalizan el requisito anterior, tanto en lo relativo a las conductas objeto de investigación como respecto de la determinación de los sectores de actividad de las inspeccionadas afectados.

Se sirve ACCIONA de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (recurso 24/01/2011, UNESA) y de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/12, Transmediterránea) para reforzar su argumentación, pues en ellas el TS señalaba que: *“las Órdenes de investigación que examinamos resultan sumamente genéricas e incurrir en un claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación [...]”*, para concluir que la CNMC infringió el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la ahora recurrente por incurrir la Orden de Investigación impugnada en las mismas circunstancias que sanciona la sentencia.

Argumenta asimismo ACCIONA que la DC disponía en el momento de redactar la Orden de inspección de una información previa y muy concreta que le permitía realizar una mayor delimitación del objeto de la inspección, lo cual vulnera la jurisprudencia en la materia (se cita la STJUE Hoechst/Comisión) en relación a que el contenido mínimo exigible de la Orden de inspección depende, entre otras circunstancias, del contexto en el que se haya adoptado.

Se produciría adicionalmente, siempre en opinión de ACCIONA, una indebida indeterminación, por lo impreciso y genérico de la Orden, en los sectores de actividad afectados en los que ACCIONA habría podido llevar a cabo las supuestas conductas infractoras.

(2) La ejecución material de la Orden de Inspección se realizó de forma desproporcionada por los funcionarios de la DC vulnerando los derechos de ACCIONA a la inviolabilidad del domicilio y los derechos de sus empleados a la intimidad personal y familiar y, en particular, al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1, 18.2 y 18.3 de la Constitución).

Con carácter subsidiario al reproche realizado por ACCIONA a la ausencia de delimitación suficiente del objeto de la Orden de Inspección, la recurrente cuestiona la ejecución material de la inspección.

Siempre según la recurrente, los inspectores procedieron a una primera selección inicial de la información relacionada con el objeto de la inspección localizada *“en los discos duros de los equipos inspeccionados y en la red de la empresa”*, no cumpliendo el mismo procedimiento para con la correspondencia electrónica (buzones y carpetas de correo electrónico) de los empleados, que se vio sometida a un proceso de copiado *“en bloque”*, esto es, sin discriminar o filtrar de ninguna manera, lo cual queda fuera del ámbito autorizador de la Orden de Inspección, desoyendo las indicaciones de los empleados relativas a correos electrónicos que contenían información personal o estaban claramente fuera del objeto de la inspección. ACCIONA, con cita a sensu contrario de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (recurso nº 482/2013), argumenta que la empresa inspeccionada que se ve privada materialmente de toda posibilidad de proceder diligentemente a la selección, detección y advertencia que ciertamente le incumben se halla en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución Española.

ACCIONA sostiene que parte del material recabado por los inspectores contenía material relativo a proyectos internacionales fuera de España y carentes de interés para la investigación, por lo que solicitó, infructuosamente, que no fueran copiados o, alternativamente, hacer un filtrado negativo de la copia para poder descartarlo. Así mismo, mantiene que el empleo de términos significativos en la inspección tales como “sede”, “reunión”, “acuerdo” o “cuadro” son excesivamente amplios y genéricos para permitir un filtrado consistente con el objeto de la Orden de Inspección y suponen una extralimitación de las facultades de inspección de la CNMC. ACCIONA identifica y anexa a su recurso, aclara que sin carácter exhaustivo, varios correos personales o referidos exclusivamente a proyectos internacionales, solicitando la inmediata devolución de los mismos y su eliminación de los dispositivos de la CNMC.

Señala la recurrente, como manifestación adicional del alegado carácter extralimitado de la actuación inspectora, que se inspeccionó el despacho del representante persona física del administrador mancomunado (Acciona Desarrollo Corporativo, S.A.) de la sociedad CORPORACIÓN ACCIONA, pese a ser informado el Equipo Inspector de que la entidad CORPORACIÓN ACCIONA no realiza ninguna actividad para terceros ni participa en ninguna licitación de obras públicas.

Asimismo, la recurrente pone de manifiesto que la sede de ACCIONA AGUA, S.L., que no era objeto de inspección, según la Orden de Inspección, fue igualmente registrada, yendo más allá del contenido autorizador del Auto, que limitaba la inspección a CORPORACIÓN ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.L., ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.L. y ACCIONA AGUA, S.A.

El perjuicio o lesión, de acuerdo con el escrito del recurso, se produce igualmente debido a que los inspectores accedieron a dispositivos electrónicos personales de los trabajadores (teléfono móvil y disco duro), no propiedad de la empresa, aun habiendo sido advertidos del carácter estrictamente particular de los mismos, extralimitándose respecto de lo autorizado por el Auto judicial que se refería a dispositivos que “siendo propiedad de la mercantil sean utilizados por sus directivos y personal en el desempeño de su labor”. Ello supone, conforme al criterio de ACCIONA, una injerencia en el secreto de las comunicaciones de los tres empleados afectados. Adicionalmente, la recurrente señala que durante la inspección se revisaron, conculcando el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, las cuentas de correo electrónico de cinco empleados, pese a indicar éstos expresamente que se trataba de cuentas de correo utilizadas exclusivamente para un uso ajeno al objeto de la investigación y, señala ACCIONA, sin existir indicio alguno que sugiriese lo contrario.

En su **Informe sobre el recurso**, de 20 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 de mayo y 2 de 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 ACCIONA.

En concreto, en respuesta a las alegaciones de la ahora recurrente, la DC realiza las siguientes puntualizaciones:

(i) Sobre la alegada ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección en la Orden de Investigación.

Con carácter preliminar, la DC hace referencia al **control judicial** sobre los elementos aportados con la solicitud de autorización judicial de entrada formulada por la Abogacía del Estado en nombre de la DC. El Auto judicial autoriza la entrada en la sede de ACCIONA, fundando su decisión en el análisis practicado sobre las informaciones que la DC le proporciona. El Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo concluye que los elementos aportados con la solicitud de autorización de acceso, que la DC valora como indicios que apuntan a la existencia de una infracción de la LDC, “*se entienden suficientes para poder restringir el derecho a la inviolabilidad del domicilio de*” ACCIONA. El Auto indica que para la actualización y determinación íntegra del concreto modo de articulación de la conducta investigada “*se precisa la realización de las entradas domiciliarias que se solicitan*”.

No comparte la DC el reproche realizado por la recurrente sobre el carácter insuficientemente delimitado de las conductas investigadas, por referirse a las principales prácticas restrictivas previstas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Las conductas anticompetitivas objeto de investigación que se señalan en la Orden de Investigación son: *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*”, lo que supone una delimitación clara de entre el elenco de conductas anticompetitivas recogidas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y contradice la alegación de ACCIONA relativa a que “*dicha delimitación no le permitió determinar, con un mínimo de certeza, el ámbito de actuación de los inspectores, que podrían haber investigado cualquier tipo de conducta enmarcado en los mencionados artículos*”.

Dado el estado incipiente de la investigación (información reservada), la DC no dispone de suficiente información que le permita precisar con mayor detalle la forma concreta en que se habría plasmado supuestamente el mencionado reparto de mercado, motivo por el que se practican inspecciones como la recurrida en base a los indicios disponibles.

Resulta también desacreditado, en opinión de la DC, el argumento de ACCIONA consistente en que la DC debería haber emitido una Orden de Investigación mucho más delimitada (en cuanto a los sectores investigados), concretamente, constreñida a la información que se obtuvo de 11 correos electrónicos (incorporados a la información reservada S/DC/0611/17 y recabados en una inspección anterior, en el año 2014, que habrían motivado la inspección de ACCIONA). La DC entiende que no es posible redactar, basándose en una información insuficientemente representativa e incompleta, una Orden de Investigación más ajustada en fase de información reservada. El Tribunal Supremo ha señalado, en sentencia de 16 de enero de 2015, que “*en este sentido, debe tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las órdenes de Inspección depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que*

se haya adoptado”. Se permite, por tanto, cierta flexibilidad “con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se reconocen o no están plenamente identificados”.

Además, de 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 ACCIONA 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.

(ii) Sobre el alegado carácter desproporcionado de la actuación inspectora. A este respecto, el Informe de la DC divide su análisis en tres apartados, atendiendo a las alegaciones de la recurrente.

- (a) sobre la incautación de documentación supuestamente ajena al objeto de la inspección.

La DC señala que la simple revisión del Acta de la inspección permite comprobar cómo, tras una copia inicial en los equipos del equipo inspector, se procedió a ejecutar un filtrado (mediante el empleo de palabras significativas) con el fin de descartar cualquier correo electrónico de carácter personal o protegido por la confidencialidad abogado-cliente. El único motivo por el que se procedió a la copia inicial (384.460 correos electrónicos) en origen, previamente a la filtrada, fue por la falta de capacidad y los problemas operativos que podría causar la gestión de todos y cada uno de los documentos en los ordenadores de los propios investigados. El Informe recoge, y constata la eficacia del filtrado, dado que hasta la fecha ACCIONA ha identificado exclusivamente 14 correos electrónicos como no relacionados con el objeto de la inspección de entre los finalmente copiados (9.956) por los investigadores para su posterior análisis.

Asimismo, como refleja el Acta de la inspección (párrafo 29), en todo momento se solicitó la colaboración de la empresa y el personal para la localización e identificación de documentos personales o protegidos por el privilegio abogado-cliente, lo que permitiría que tras un somero análisis por el equipo de inspección fueran eliminados de la información inicialmente recabada, si fuera éste el caso.

No cabe estimar, de ninguna manera, la alegación de ACCIONA en el sentido de considerar vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones (garantizado en el artículo 18.3 CE) por el mero hecho de haber accedido parte del equipo inspector a documentación que no estuviese relacionada con el objeto de la inspección pues *“su simple lectura por parte del personal de la CNMC no es susceptible de causar perjuicios significativos a ningún derecho fundamental de las personas inspeccionadas y su devolución a ACCIONA sería susceptible de subsanar el potencial error incurrido al recabar copia de dichos correos que podrían estar fuera del ámbito de la investigación”*. Se trata de comunicaciones ya abiertas y archivadas por sus destinatarios que no contenían comunicaciones abogado-cliente o información personal sensible.

Entiende la DC que tampoco cabe considerar que hubiera una extralimitación en el objeto de la inspección al revisar el equipo inspector la documentación del Consejero Delegado de Acciona Infraestructura, división del Grupo Acciona que cubre los negocios de construcción de infraestructuras y edificios y agua y, por tanto, resultaba relevante a efectos del objeto de la inspección.

(b) Sobre la documentación recabada de personal de Acciona Agua.

Tal como refleja el Acta (párrafo 42 y siguientes), el equipo inspector solicitó a los representantes legales de la empresa la posibilidad de la personación o el acceso remoto a documentación de Acciona Agua, habiendo previamente informado al abogado externo de la empresa sobre la necesidad de investigar a otros empleados del área de agua. Tanto la Orden de Inspección como el Auto judicial autorizador de acceso tenían como destinatario de la inspección a ACCIONA AGUA.

Si bien el Auto judicial no contemplaba la entrada en la sede de esta entidad, no puede decirse que esa limitación se haya visto transgredida por la actuación inspectora, puesto que la empresa colaboró voluntariamente con el equipo inspector a results de la solicitud formulada por éste, contando con el asesoramiento de sus abogados externos, tanto mediante la personación de los trabajadores con sus dispositivos electrónicos como mediante el acceso en remoto al servidor de correo para analizar los buzones de dos empleados de ACCIONA AGUA. Dichas peticiones para que se facilitara el acceso a la documentación electrónica de ACCIONA AGUA, se realizaron desde las sedes de las otras dos empresas objeto de la inspección.

(c) Sobre el acceso a teléfonos móviles personales y correos electrónicos personales

La DC entiende que tampoco en este caso puede estimarse la extralimitación que alega la recurrente. Del tenor literal de Auto judicial autorizador del acceso, la inspección únicamente resulta limitada, en lo relativo a *“ordenadores personales”, a “aquellos que siendo propiedad de la mercantil sean utilizados por sus directivos y personal en el desempeño de su labor”*. Por lo anterior, el acceso a teléfonos móviles y discos duros personales con estricto objetivo de verificar si pudieron haber sido

empleados en el ámbito profesional se ajustó a lo permitido. Tal fue el caso respecto de una de las empleadas de ACCIONA que reconoció el uso para fines profesionales de su teléfono móvil y en el cual se recabaron evidencias relacionadas con las conductas investigadas.

Finalmente, en cuanto al acceso a las cuentas de correo electrónico personales de determinado personal de ACCIONA, tampoco cabe apreciar vulneración alguna de derechos fundamentales, pues fueron los propios interesados quienes accedieron directamente a sus cuentas, siguiendo instrucciones del equipo inspector, quienes se limitaron, de manera razonable y proporcionada, a realizar una comprobación superficial que permitiera descartar la existencia de correos o archivos constituyentes de las conductas ilícitas objeto de la Orden de Investigación. Esa mera comprobación es coherente con la constatación de que las cuentas de correo personales pueden ser utilizadas para fines profesionales, precisamente para tratar de burlar su detección por las autoridades competentes y resulta proporcionado al interés público perseguido con la inspección.

En su escrito **de alegaciones complementarias** de 13 de julio de 2017, formulado por ACCIONA 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 y el carácter desproporcionado de la actuación inspectora.

Añade ACCIONA, a la vista del Informe de la DC, que el que exista Auto autorizatorio de entrada a su sede no impide cuestionar el carácter indeterminado de la Orden de Investigación, y entiende que el Auto autorizatorio de entrada no prejuzga la validez de la Orden de Investigación desde el punto de vista material. Asimismo, señala 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. Esos correos se recabaron indebidamente, estaban fuera del objeto de la inspección de DRACE y debían haber sido desglosados del expediente sancionador en cuyo ámbito se inspeccionó a DRACE y restituidos a su titular inmediatamente. Los indicios usados para ordenar la inspección de ACCIONA, siempre en opinión de la ahora recurrente, serían ilícitos a esos efectos. Argumenta también en relación a la que considera injustificable demora producida en el desglose por la DC de tal documentación y el inicio de la nueva inspección. Supletoriamente, debería la DC haber mencionado esos correos en la Orden de Investigación y facilitado copia de los mismos a ACCIONA. Como no se hizo, ACCIONA no pudo verificar la proporcionalidad de la Orden de Investigación y si guardaba relación con los indicios de que disponía la DC. Es en fase de recurso (art. 47 LDC) y como anexo al Informe de la DC que se incluye uno sólo de los 11 correos. Entiende ACCIONA que si se aporta ahora es que no pone en peligro la investigación ni es confidencial. Por otro lado, señala ACCIONA que el correo adjunto al Informe de la DC no se refiere en absoluto a infraestructuras de tratamiento de aguas. En tal aspecto la Orden de Investigación se extralimitaría en la delimitación de los sectores de actividad supuestamente afectados por la conducta.

En sus alegaciones complementarias, ACCIONA solicita al Consejo el acceso a 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 ACCIONA que el informe elaborado por la DC para la Abogacía del Estado a los efectos de solicitar el Auto autorizador 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 sobre que no conocía la concreta operativa de las conductas.

La recurrente considera que la ausencia de filtrado previo en relación a los buzones de correo electrónico de los empleados investigados, sin eliminar con carácter previo los documentos ajenos al objeto de la investigación es particularmente grave dada la “amplia interpretación que la DC realiza de la teoría del hallazgo casual”.

ACCIONA discute la consideración de la DC de que el acceso y copia de documentación de empleados de ACCIONA AGUA se hiciera en el marco de un consentimiento libremente prestado por la empresa, y sostiene que se hizo bajo la amenaza de sanción por obstrucción a la inspección, mencionada por los inspectores al inicio de la misma y recogida en la propia Orden de Inspección.

Adicionalmente, ACCIONA argumenta en relación a su diversa interpretación sobre el contenido de los 11 correos electrónicos precitados, que no constituirían indicio de infracción del Derecho de la competencia alguno, sino mera puesta en común de recursos para la elaboración de documentación técnica de carácter general que debía presentarse como parte de la oferta correspondiente en las licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas.

En consecuencia, ACCIONA solicita del Consejo de la CNMC que declare la nulidad de la Orden de Inspección y las actuaciones inspectoras y se restituyan los documentos recabados a las recurrentes inspeccionadas.

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 ACCIONA 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 ACCIONA, 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 de mayo a 2 de junio, 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 ACCIONA sobre la que entiende como ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección en la Orden de Investigación en cuanto a (i) conductas investigadas y (ii) sectores de actividad afectados, pese a que la DC disponía de información suficiente para haber acotado más el objeto. ACCIONA alega que se ha visto imposibilitada para 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, se 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 Corporación Acciona Infraestructuras, S.L., Acciona Construcción, S.A. y Acciona Agua, S.A. 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 formulada para la inspección de ACCIONA 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”*.

No cabe, por tanto, estimar la alegación de ACCIONA relativa a que la definición de la Orden de Investigación respecto al objeto de la inspección menciona *conductas que coinciden con cualquier tipo de acuerdo horizontal*. Resulta destacable que, en las manifestaciones que formula ACCIONA al Acta de inspección y que se adjuntan a la misma, señala (SEXTA) que *“[...] Corporación Acciona Infraestructuras S.A. es una sociedad holding de reciente creación (julio 2015) que no desarrolla actividad alguna con terceros y **en particular no licita obras públicas de ningún tipo**, por lo que la Empresa considera que dicha sociedad no debería formar parte del ámbito subjetivo de las actuaciones inspectoras”*. [énfasis añadido]

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 autorizatorio recoge una explicación muy detallada de las prácticas que se pretende investigar que se contradice con la explicación de la DC en su informe sobre 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 realice 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 está 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. Presumiblemente por la misma razón, el Auto autorizatorio de entrada, que el juez ordena sea comunicado a ACCIONA 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, en todo caso, 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 expediente y duración de las conductas. Será únicamente tras la notificación de dicho PCH cuando la empresa afectada pueda hacer valer plenamente 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 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 de la actuación inspectora*

Las alegaciones de ACCIONA, para el caso de que no se estime su pretensión anulatoria de la Orden de Inspección, se dirigen a argumentar que la actuación inspectora debe anularse por violentar el derecho a la inviolabilidad del domicilio de ACCIONA y el secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal y familiar del personal de ACCIONA, al haber excedido el ámbito autorizado de la Orden de Investigación y del Auto de autorización de entrada. En concreto, se habría producido la incautación de documentación ajena al objeto de la inspección, la inspección indebida de dispositivos electrónicos personales de empleados de ACCIONA, y el acceso a cuentas de correo electrónico personales y a documentación de ACCIONA AGUA, todo lo cual, siempre según el análisis de la recurrente, excedía lo autorizado por el Auto judicial.

ACCIONA alega en su recurso y reitera en sus alegaciones complementarias que la metodología utilizada por los inspectores de la DC en el proceso de recabar

documentación en formato electrónico vulnera sus derechos de defensa, su derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de sus empleados. El copiado inicial de documentación electrónica en los ordenadores de la CNMC, sin aplicar criterios de búsqueda predeterminados y el método seguido posteriormente durante la revisión y filtrado de la documentación electrónica copiada, sin aplicar los criterios de filtrado negativo propuestos por los inspeccionados provocaría el riesgo, concretado de facto en esta inspección según la recurrente, de que se acceda a informaciones y documentos que no estén relacionados con la Inspección o a documentos que pertenezcan a la esfera personal de los directivos y empleados investigados.

Esta Sala considera importante resaltar que la metodología empleada por el Equipo inspector, consistente en realizar una primera copia de la documentación, en virtud de las previsiones del artículo 27. 2 c) de la Ley 3/2013, permaneciendo todo documento original –ya sea físico o electrónico– en poder y bajo el completo control de la empresa, no sólo es la apropiada para no poner en riesgo los resultados de la inspección sino que permite a la empresa efectuar su propio ejercicio de análisis e identificación de documentos, en aras de garantizar su derecho de defensa. Tal como señala la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014:

"Este control permanente sobre el documento original permite que la sociedad investigada pueda ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la investigación domiciliaria y durante todo el curso de la misma con absoluta independencia de la actuación del equipo inspector, pudiendo analizar exhaustivamente la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de documentos privados, ajenos al objeto de la misma y protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y comunicarlo de inmediato durante la inspección a los funcionarios encargados de la investigación".

De hecho, tal como se recoge en el Acta de la inspección [párrafo (29)], el Equipo inspector solicitó la colaboración de la empresa y del personal para la localización e identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas. El método apropiado, una vez se identifica por el personal esa documentación de carácter personal, es proceder a un análisis somero de la misma y si se ajusta a tal carácter personal y ajeno al objeto de la inspección, bien no recabarlos inicialmente, bien eliminarlos de entre la información recabada inicialmente, en función de cuándo sean detectados.

Esta Sala no puede compartir el criterio de la recurrente en relación a que *"La DC no puede de forma sistemática y en ausencia de cualquier indicio solicitar el acceso a todas las cuentas de correo personales de los empleados."* La constatación de que las cuentas de correo personales de los empleados pueden ser utilizadas para usos profesionales e incluso para ocultar a los inspectores las pruebas de conductas anticompetitivas se produce a lo largo de múltiples expedientes sancionadores de las Autoridades españolas y comunitaria. El acceso somero a tales cuentas, en presencia del propio titular y los representantes y abogados externos de la empresa, a los solos efectos de corroborar si efectivamente en las mismas no se contienen correos relacionados con el objeto de la investigación, respeta el interés del directivo o

empleado afectado en proteger su intimidad a la vez que garantiza el efecto útil de la inspección.

La jurisprudencia contenciosa ha confirmado un extremo por otro lado difícilmente cuestionable como es que *“para poder decidir si un determinado documento debe incorporarse o no al expediente, la inspección debe examinar el conjunto de los documentos inicialmente incautados, por lo que su visión, aún somera, no puede considerarse una infracción del derecho a la intimidad o privacidad, ya que sin ese análisis y descarte inicial, una inspección eficaz no sería posible.”* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2016, recurso 136/2014)

El reproche que formula ACCIONA relativo a que se revisaron dispositivos móviles de uso personal, frente a lo que habilitaba el Auto de revisión de ordenadores personales propiedad de ACCIONA utilizados por el personal para el desempeño de su labor, tampoco puede ser acogido.

El artículo 27 de la LCCNMC establece entre las facultades de inspección del personal funcionario de la CNMC autorizado en este caso por el Director de Competencia, *“verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate, **cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.**”* (art. 27.2 b)

Se trata de una metodología de examen de la documentación en formato electrónico, ubicada en dispositivos de ese carácter, perfectamente proporcionada y justificada. A título ilustrativo, cabe citar el contenido de las notas explicativas notificadas por la Comisión Europea a las empresas junto con las decisiones de inspección¹. En lo relativo a los métodos de consulta, búsqueda y copia de ciertos documentos informáticos (párrafos 10 y 11 de la Nota Explicativa) la Comisión Europea utiliza métodos análogos a los empleados por la DC, incidiendo precisamente en explicaciones sobre la posibilidad de los inspectores de copiar, buscar y recuperar datos, también **en tablets y dispositivos y medios privados que se utilizan por razones profesionales** cuando se encuentran en las instalaciones inspeccionadas, respetando al mismo tiempo la integridad de los sistemas y datos de las empresas².

¹ “(Revised) Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003 (11 de septiembre de 2015), disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf . “En estas notas explicativas se especifica la metodología que la Comisión se ha comprometido a seguir al llevar a cabo una inspección. Por lo tanto, son útiles para precisar el contenido del principio de respeto del derecho de defensa y del principio de buena administración, tal como los concibe la Comisión” (sentencia del Tribunal General, de 6 de septiembre de 2013, asunto Deutsche Bahn AG, párrafo 83).

² (10) Los inspectores pueden buscar en el entorno informático (por ejemplo, servidores, ordenadores de mesa, portátiles, tablets y otros dispositivos móviles) y todos los medios de almacenamiento (por ejemplo, CD-ROM, DVD, USBs, discos duros externos, copias de seguridad, servicios en la nube) de la empresa. Esto se aplica también a dispositivos y medios privados que se utilizan por razones profesionales (Bring Your Own Device -BYOD) cuando se encuentran en las instalaciones. A tal objeto, los Inspectores pueden utilizar no sólo cualquier herramienta de búsqueda incorporada (palabra clave), sino que también pueden hacer uso de su propio software y / o hardware (“Herramientas Forenses de IT”). Estas herramientas informáticas forenses permiten a la Comisión copiar, buscar y recuperar datos respetando al mismo tiempo la integridad de los sistemas y datos de las empresas. [traducción propia]

La Autoridad de Competencia ha venido afirmando, y la jurisprudencia contenciosa ha confirmado (así, Resolución de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT, confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 21 de julio de 2015) que el mero acceso a documentos personales o ajenos al objeto de la inspección no constituye una vulneración del derecho de defensa de la empresa: *"En suma, la jurisprudencia examinada muestra que la empresa inspeccionada no tiene derecho a impedir durante la inspección que la autoridad de competencia realice una investigación exhaustiva y pueda acceder a documentos ajenos al objeto de la misma, ya sean personales o profesionales, ni este mero acceso a la documentación vulnera en ningún caso el derecho de defensa de la empresa"*.

En relación a la extralimitación alegada derivada de que se recabara documentación de personal de Acciona Agua, cuya sede social no era objeto de inspección, hay que precisar que tanto la Orden de Investigación como el Auto autorizador incluían a Acciona Agua entre las empresas destinatarias de la investigación. En tal contexto, el Equipo inspector solicitó que se personase determinado personal de Acciona Agua o bien que se permitiera el acceso remoto a su documentación electrónica. Estando asesorada por sus abogados externos, ACCIONA acordó colaborar con el Equipo inspector en ese extremo tanto a través de la personación de trabajadores con su ordenador personal en la sede inspeccionada de ACCIONA como facilitando el acceso a documentación electrónica de una de las empresas objeto de investigación, que era accesible en remoto desde la sede inspeccionada. Esta Sala coincide con la DC en que el consentimiento prestado a la solicitud formulada como tal por el Equipo inspector y las circunstancias en las que se desarrolló ese acceso a la documentación de Acciona Agua impiden apreciar que se haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de Acciona Agua.

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 ACCIONA.

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 *“en 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, mientras duró la búsqueda de documentación y la realización de copias, estuvo siempre presente, junto con los inspectores de la CNMC, el personal de ACCIONA investigado, 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 ACCIONA la relación completa de documentos recabados en el curso de la misma, tanto en formato papel como en formato electrónico. En las alegaciones complementarias al recurso, de 23 de julio de 2017, habiendo transcurrido un tiempo más que prolongado desde el último día de inspección, el 2 de julio de 2017, ACCIONA se limita a reiterar, a título ejemplificativo y sin carácter exhaustivo, 14 correos electrónicos ya indicados en su recurso que podrían ser ajenos al objeto de la inspección, por referirse a proyectos internacionales.

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 el párrafo 28 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.

Respecto a los documentos de naturaleza privada, las alegaciones de la recurrente se refieren al derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal y familiar de sus empleados. Dado que se trata de derechos o intereses legítimos de los titulares de los documentos de naturaleza personal, no corresponde a ACCIONA la representación de los mismos, que debería ser ejercida, en su caso, por los propios perjudicados o sus representantes legales. Tal como indica la Audiencia Nacional (sentencia de 20 de mayo de 2011, rec. 133/2010): *“Hemos de partir de la base de que la Administración actuante no dirigió su actuación a la aprehensión de los documentos privados de los empleados o de la empresa ni de sus correos, lo que ocurrió es que, al copiar el contenido de los discos duros de los ordenadores, también copio documentos personales de los empleados y empresa. Pero la actuación de la administración no se encaminaba ni a aprehender esos documentos ni a intervenir las comunicaciones con terceros de los empleados o de la empresa fuera del ámbito de la inspección, como tales documentos personales o transferencia de información personal de los mismos. [...] Por otra parte, de entenderse que han sido violados derechos personales, los interesados habrán de hacerlo valer por las vías legales, porque lo que en esta sentencia examinamos no es la afectación de un interés legítimo personal amparado por la Ley Orgánica 15/1999 sino la legalidad de una actuación administrativa de registro.”*

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 ACCIONA.

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 CORPORACIÓN ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.L., ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.L. y ACCIONA AGUA, S.A. (ACCIONA) 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 de mayo y 2 de junio de 2017 en la sede de dichas empresas.

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.