



Roj: **SAN 4673/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4673**

Id Cendoj: **28079230062021100478**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/10/2021**

Nº de Recurso: **705/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000705 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06215/2017

Demandante: SACYR CONSTRUCCIÓN S.L.

Procurador: D. SANTIAGO TESORERO DÍAZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 705/17 promovido por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz, en nombre y representación de **SACYR CONSTRUCCIÓN S.L.** contra la resolución de 30 de agosto de 2017, dictada por la Sala de competencia de la CNMC en el Expediente R/AJ/039/17, SACYR, desestimatoria del recurso presentado contra la Orden de Investigación expedida el 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia 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.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia y:

"declare nula la resolución de la CNMC de 30 de agosto de 2017 así como la Orden de inspección de 23 de mayo de 2017 y la actuación inspectora de los días 30 y 31 de mayo que amparaba por no ser conformes a derecho y que ordene la devolución a mi representada por parte de la CNMC de todos los documentos recabados en dicha inspección."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 11 de abril de 2018, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso como indeterminada, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en sus escritos y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 25 de junio de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 30 de junio de 2021, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 30 de agosto de 2017, dictada por la Sala de competencia de la CNMC en el Expediente R/AJ/039/17, SACYR, desestimatoria del recurso presentado contra la Orden de Investigación expedida el 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia 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.

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

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 y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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, de 26 de mayo de 2017, dictado por el Juzgado de la Contencioso-administrativo núm. 29 de Madrid 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 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, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por SACYR.

5. Con fecha 19 de junio de 2017, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso proponiendo su desestimación, 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.

SEGUNDO.- La resolución recurrida razona que el objeto de la Orden de investigación era suficientemente concreto pues se centraba en *"v erificar 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)."*

Explica que la Orden ni siquiera 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"*.

Concluye, por ello, que contenía de forma suficiente y adecuada el objeto, la finalidad y alcance de la inspección que ordenaba y se ajusta a los parámetros señalados en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, conforme a la interpretación jurisprudencial sentada sobre el mismo.

Rechaza la denuncia de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio porque como 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.

Explica que 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 11 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.

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 18.2 y 24 de la Constitución por vulnerar su derecho a la inviolabilidad del domicilio y su derecho de defensa.

Se funda en la falta de concreción de la Orden de investigación que le impidió comprender lo que efectivamente abarcaba pese a que la Dirección de Competencia ya disponía previamente de la información necesaria para delimitar su objeto y finalidad. A su juicio, la Orden de investigación se refería de manera vaga e imprecisa a varios sectores en el ámbito de la construcción y la ingeniería sin guardar ninguna relación con la actividad de SACYR. La infracción es relevante porque la Dirección de Competencia ya disponía de ciertos datos concretos que le habrían permitido delimitar con precisión el objeto y la finalidad de la inspección.

En particular, la Orden carece de mención alguna a las licitaciones públicas pese a que los indicios de que decía disponer 11 correos electrónicos solo se referían a licitaciones públicas. Así, en el informe propuesta de la DC (folios 101 a 105) se describe que la conducta objeto de investigación era un supuesto reparto de licitaciones públicas y en la Orden de investigación y en el auto judicial no aparece dicha mención.

La relación de palabras que constituyeron los criterios de búsqueda de la actuación inspectora que sirvieron para cribar la información recabada en formato electrónico incluyó términos como reparto y licitación u oferta lo que permite inferir que la DC investigaba un supuesto reparto de licitaciones al que no se hizo referencia en la Orden de investigación. La inclusión del término licitación pública en el objeto de la inspección habría permitido a SACYR comprender el objeto concreto de las investigaciones, un supuesto reparto de licitaciones públicas de obras de construcción y rehabilitación de infraestructuras y edificios y no algo que abarcaba la casi totalidad de sus actividades. Aclara que el volumen de negocios de SACYR CONSTRUCCIÓN en España que procede de clientes privados fue en el periodo 2015-2017 entre un 30% y un 45,3% de su volumen de negocios total en España.

El carácter genérico de la Orden se refleja en que se utilizó una misma Orden para tres sociedades con ámbitos de actuación distintos y por dos supuestos cárteles diferentes de reparto de licitaciones públicas en mercados distintos (obras de construcción y rehabilitación de infraestructuras y edificios) y (obras de diseño y construcción de infraestructura de tratamiento de agua) y en los que habrían participado sociedades diferentes, SACYR CONSTRUCCIÓN, en el primero y SADYT y VALORIZA AGUA, en el segundo.

B) En la desproporción de emplear el medio más gravoso para el administrado, la investigación domiciliaria cuando disponía de otros medios menos lesivos para comprobar las conjeturas de las que disponía. La DC solo disponía de los 11 correos electrónicos intervenidos en la inspección de DRACE, dos años antes para realizar la inspección en la sede de SACYR carecía de cualquier otro dato que permita confirmar que la inspección era indispensable.

La DC pudo enviar requerimientos de información a las entidades públicas que lanzaron las licitaciones, aprovechar el requerimiento a DRACE otorgando plazo para alegaciones para solicitar aclaración sobre el significado de los correos electrónicos y documentos Excel recabados, comprobaciones sobre las adjudicaciones de las licitaciones afectadas y las ofertas presentadas para comprobar si las investigadas eran las ganadoras, requerimientos a las empresas terceras encargadas de los proyectos de ingeniería y otros servicios que figuraban en el correo electrónico y EXCEL de Drace aportado por la DC, etc.

C) En la desnaturalización de la información reservada en la que se enmarca la Orden de investigación al dejar pasar más de dos años desde el acceso a los supuestos indicios de conductas colusorias y en la aplicación abusiva de la doctrina del hallazgo casual. Expone que la DC cuando comprueba que la existencia de los 11 correos electrónicos entre noviembre de 2014 y principios de 2015 no inicia la información reservada, sino que congela las pesquisas hasta el 23 de mayo de 2017 en que lanza las inspecciones sin investigar los indicios una vez detectó los 11 correos electrónicos tras las inspecciones de noviembre de 2014.

La desnaturalización del trámite de información reservada se comprueba porque el mismo día de su apertura el 23 de mayo de 2017, dictó cuatro resoluciones que por su contenido es virtualmente imposible se dictaran en ese día sino en un momento anterior.

Se vulnera, además, la doctrina del hallazgo casual al posponer de manera indefinida en el tiempo la investigación de los indicios obtenidos 2 años antes.

CUARTO.- Entrando a examinar la legalidad de la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 ahora impugnada, podemos anticipar que no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la CE por cuanto la investigación y el registro domiciliario en la sede de



las mercantiles recurrentes ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico - artículo 8.6 de la LJCA y artículo 91.2 de la LOPJ- le ha atribuido competencia para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez analizada la citada Orden de Inspección y tras comprobar que la entrada domiciliaria cumplía con los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses que estaban en juego y, entre ellos, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En este caso esa autorización de entrada y de registro domiciliario se ha adoptado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 29 de Madrid quien, a solicitud de la CNMC e inaudita parte, dictó auto en fecha 26 de mayo de 2017.

Conviene recordar que el Juez al que se solicita la autorización judicial para la entrada en un domicilio conforme al art. 8.6 de la LJCA es el que debe realizar la ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto y de prevenir eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -juez de garantías-reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional núms. 160/1991, de 18 de julio y 136/2000, de 29 de mayo). El hecho de no ser el mismo que conocerá del resultado de la actuación inspectora no significa que actúe con una suerte de automatismo formal (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre), sino que deberá comprobar (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad "prima facie"; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se llevará a cabo de tal modo que las limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución serán las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo, o 139/2004, de 13 de septiembre).

En la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 13 de octubre de 2020, rec. 3997/2019 que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000, analiza la posible vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria cuando la entrada en el domicilio se ha autorizado por el órgano judicial competente para autorizar las entradas y registros domiciliarios, como es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Y en dicha sentencia se dice que:

"El primer motivo del recurso invoca la causa de nulidad descrita en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015), por haber lesionado la orden de investigación su derecho a la inviolabilidad del domicilio, susceptible de amparo constitucional.

Aunque la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de carácter instrumental, establecido para defender y garantizar el ámbito de privacidad de la persona, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya desde la sentencia 137/1985 , ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor de protección según indica la STC 69/1999 (FJ 2), con matices que no vienen al caso.

La inviolabilidad del domicilio se concreta en la interdicción de la entrada y registro domiciliario, de forma que fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (STC 22/2003 , FD 3, y las que allí se citan).

Por tanto, al margen de los casos de flagrancia y consentimiento del titular, el registro será constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial (STC 8/2000 , FD 4), que cumpla los parámetros exigidos constitucionalmente.

En este caso, la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente fue acordada por la Orden de inspección del Director de Investigación de la AVC, de fecha 24 de junio de 2016 y contó con autorización judicial acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Bilbao, en auto de 27 de junio de 2016 , que obra en el expediente.

El auto de autorización de entrada y registro fue recurrido en apelación por la empresa impugnada, que alegó diversos motivos de impugnación, como la falta de competencia de la AVC en el procedimiento de inspección, de la que ya hemos tratado en esta sentencia, la falta de justificación de las razones por las que se inició la inspección y se ordenó el registro y la ausencia de delimitación respecto del objeto de investigación, entre otros motivos, y el recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, de 22 de diciembre de 2016 , que examinó y rechazó todos los motivos de impugnación.

En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad.

Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

La citada sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 en su fundamento de derecho cuarto dispuso que:

"4. De conformidad con lo expuesto, nuestro examen ha de iniciarse por el análisis de la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, sólo en caso de verificación de defectos con relevancia constitucional en el marco de la lesión del derecho constitucional sustantivo, procedería examinar qué pruebas sustentaron la convicción del Tribunal para declarar los hechos probados y fundamentar la condena del recurrente y si a ellas les afecta la prohibición de valoración de pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales.

A tal efecto ha de partirse de los defectos atribuidos en la demanda de amparo a la resolución judicial que autorizó la medida de injerencia en la intimidad domiciliaria, en particular, la ausencia de motivación y proporcionalidad de dicha resolución.

La carencia de motivación se habría materializado en que el Auto de 19 de diciembre de 1990 utilizó un modelo impreso que no satisfaría las exigencias mínimas de motivación y que, a pesar de lo argumentado en la Sentencia de instancia y en el Auto del Tribunal Supremo, ni podría ser integrado con la solicitud policial, ni, aunque pudiera serlo, supliría las carencias de la resolución judicial, dado que también adolecería de la misma falta de exteriorización de los indicios de criminalidad que afectaría a ésta y cuya concurrencia podrían justificarla dado el art. 550 en relación con el art. 546, ambos de la LECrim. Por tanto, ni el Auto judicial ni la solicitud policial exteriorizan la suficiente información que permite "realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida". Pues la alusión a "noticias confidenciales", aunque se consideren fidedignas, no podría fundar en este caso una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales. Por último, el Auto tampoco podría completarse con el "ulterior atestado policial", como hizo la Sentencia de primera instancia, pues, si bien, revela una mayor información, "no subsana la parquedad del oficio mismo que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada, y lo único que podrá estar llamado a integrar la resolución judicial".

Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente, ha de partirse de que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él [domicilio] sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8), que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (STC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en el mismo sentido SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10).

A este respecto, ha de señalarse que "no se da garantía alguna cuando la resolución, aún de órgano judicial, se produce con un mero automatismo formal" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 31, 137/1985, de 17 de octubre, FJ 5, 126/1995, FJ 3, 139/1999, FJ 2), pues la autorización judicial "vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental" (STC 50/1995, FJ 5). Por tanto, la exigencia de motivación de la autorización judicial constituye la vía de verificación de la existencia de la ponderación judicial requerida como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999, FJ 10).

Consecuencia de todo ello es que la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998, FJ 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, FJ 10). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, FJ 8, 166/1999, FJ 8, 171/1999, FJ 10).

Como ha recordado recientemente este Tribunal recogiendo la doctrina de la STC 49/1999, "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que

han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (STC 49/1999 , FJ 8). Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios, en buenas razones o fuertes presunciones (SSTEDH caso Klass, caso Lüdi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1), o indicios de la responsabilidad criminal (art. 579.2)".

Podemos así concluir que el artículo 8.6 de la LJCA otorga efectivamente un mecanismo de control al Juez Contencioso- Administrativo, a los efectos, de preservar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, erigiéndose, en consecuencia, dicho mecanismo de control en un auténtico filtro a efectos de evitar comportamientos arbitrarios de la Administración cuya interdicción viene proclamada ya por el artículo 9.3 de la Constitución y, específicamente, a través de la necesidad de que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como expresamente preceptúa el artículo 103.1 de la CE.

Y, por ello, en el análisis de la posible vulneración de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio tiene trascendencia que, en el caso concreto, la entrada y registro domiciliario se haya efectuado bajo los parámetros del auto judicial citado por cuanto corresponde al órgano judicial al acordar dicha autorización efectuar, como ya hemos referido, un control de la garantía constitucional analizada teniendo en cuenta los intereses enfrentados con arreglo a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad. Y aunque, es cierto, que el auto judicial acordando la entrada y el registro domiciliario ya ha efectuado un primer control respecto de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, ello no impide, sin embargo, que esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ante la cual se ha impugnado la Orden de Investigación, pueda examinar la validez y corrección jurídica de la citada Orden de Investigación con arreglo a parámetros de legalidad ordinaria recogidos en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Precepto que especifica cuales son los requisitos de la Orden de Investigación en cuanto que debe indicarse el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos inspeccionados, 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. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, en la que precisó que "el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso la Orden de inspección- enjuicie ésta en su integridad".

QUINTO. - Corresponde, por tanto, ahora analizar si la Orden de Investigación respeta en su contenido y forma las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. El debate implica, por tanto, determinar cuál debe ser el alcance de la información que debe recogerse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario y evitar así una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

Para determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudiremos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04), señala:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección.

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué



es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".

La entidad recurrente sostiene que la Orden de Investigación vulnera el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y que debe anularse dada (I) la falta de concreción del objeto y la finalidad de la orden de investigación pese a que disponía previamente de la información necesaria para delimitarlo, (II) la infracción del principio de proporcionalidad al acudir al medio de investigación más gravoso (inspección domiciliaria cuando disponía de medios menos lesivos e igualmente eficaces para corroborar los indicios y (iii) la desnaturalización de la información reservada al dejar transcurrir más de 2,5 años desde el acceso a los supuestos indicios de conducta anticompetitiva hasta la incoación del expediente y (iv) por la aplicación abusiva de la doctrina del hallazgo casual.

Como hemos relatado la parte actora censura el carácter genérico de la Orden de Investigación en cuanto a la definición del mercado y al ignorar los indicios que justifican a juicio de la DC esa inspección en su sede. Sostiene que se le ocasiona indefensión si la DC se limita a justificar la entrada domiciliaria apoyándose en la existencia de información que ha obtenido en la fase de una información previa y reservada pero no especifica ningún indicio de los que se han obtenido en esa fase. Insistiendo la actora en que, en este caso, la citada información previa apoyada en la existencia de los once correos electrónicos ya aludidos exigía una mayor concreción por parte de la DC al tratarse de correos electrónicos que afectaban a la recurrente y que tuvo en su poder más de 32 meses.

Esta Sala siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, 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"*.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. 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)"*.

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"Así pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.



En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no es correcto sostener 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 están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección 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.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que, la Orden de Investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada - S/DC/0611/17- al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia y, por ello, se ordena el registro para comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador. Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, 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 conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Pues bien, teniendo en cuenta que la Orden de Investigación impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenido por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, ello nos lleva a concluir que se matiza y se relativiza la exigencia de una mayor concreción de los indicios que se tenían. Y, en el caso analizado, se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario que garantiza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, en la Orden se concretan las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren.

Concretamente, en la Orden de Investigación se dice 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 concreta desde su primer párrafo las actividades económicas afectadas al decir 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 afectados 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)."*

Además, la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas. Con ello la DC, limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la



competencia (art. 2 y 3) y ni siquiera se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita exclusivamente 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"*, dejando al margen de la inspección numerosas conductas también previstas en el art. 1 como la limitación de la producción o la distribución, el control o limitación del desarrollo técnico o las inversiones, el reparto de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación en las condiciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, etc.

Asimismo, en relación con la definición de los sectores de actividad, la Orden de Investigación los desglosaba e identifica distinguiendo *"mercados relacionados con (i) la construcción y rehabilitación de infraestructuras (sin carácter exhaustivo, 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, se habrían visto afectadas, colegios, hospitales, promociones de Viviendas de Protección Oficial y Promoción de Vivienda Protegida Básica, bibliotecas...); y (iii) el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de aguas (sin carácter exhaustivo, se habrían visto afectadas depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable)"*.

Pues bien, esta delimitación de los mercados efectuada por la Orden permite identificar de manera clara cuales eran los mercados afectados en los que se estaba desarrollando la investigación y evitar el carácter indiscriminado de la recopilación de documentación en las sedes sociales inspeccionadas.

Por lo demás, la afirmación de SACYR sobre la imprecisa definición del mercado al no mencionar las licitaciones públicas confunde la definición del mercado relevante de producto al que se refiere la investigación, con el sector específico del que se tienen evidencias previas. Las licitaciones públicas constituyen un ámbito o sector específico al que se referían los indicios encontrados, pero no delimitan el mercado relevante de la infracción.

Las entidades aludidas respecto de los mercados identificados en la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 (construcción y rehabilitación de infraestructuras, la construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua) ofrecen sus servicios tanto a clientes públicos como privados, por lo que la definición de mercado de producto afectado no puede excluir al sector de clientes privados que pudieran haber solicitado servicios a las entidades inspeccionadas.

Al delimitar la Orden de Investigación su objeto a tres mercados afectados - (i) construcción y rehabilitación de infraestructuras; (ii) construcción y rehabilitación de edificios y (iii) construcción de infraestructuras de tratamiento de agua-, impide extenderlo a cualquier actividad en la que SACYR o el resto de empresas inspeccionadas pudieran estar presentes dado su carácter multidisciplinar impidiendo también la recogida indiscriminada de documentación en las sedes de las empresas inspeccionadas.

No apreciamos por ello indefensión alguna de SACYR al no mencionar la Orden de investigación la referencia a licitaciones públicas a lo que debe añadirse que no encontramos en la demanda una afirmación concreta de indefensión material que tampoco deducimos tras la lectura del acta de inspección y del asesoramiento jurídico con el que en todo momento contó SACYR.

SEXTO.- Destaca también la actora que lo genérico de la Orden de investigación se manifiesta en que una misma Orden de Investigación definía un solo objeto de la inspección que fue utilizado para dar cobertura a las inspecciones realizadas en tres sociedades con distintos objetos sociales que realizan actividades en mercados y sectores distintos, siendo consciente de ello la Dirección de Competencia.

Al respecto, conviene recordar que los indicios que justificaron las inspecciones afectaban a varios mercados, en los que estaban presentes las tres empresas, lo que justificaba su inspección y el hecho de que se dictara una única Orden de Investigación para la inspección de las tres sociedades responde a que las tres comparten sede social y forman parte de un mismo grupo empresarial con vínculos accionariales al 100%.

Además, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 13 de noviembre de 2017 (recurso de apelación núm. 1033/2017) confirmaba en apelación el auto de 26 de mayo de 2017, del Juzgado de la Contencioso-administrativo núm. 29 de Madrid, por el que se autorizaba la entrada en el domicilio de las tres sociedades del grupo: SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A., SOCIEDAD ANONIMA DEPURACION Y TRATAMIENTOS (SADYT) y VALORIZA AGUA S.L. y en sentencia de 26 de octubre de 2017 (recurso de apelación núm. 948/2017), el auto de 29 de mayo de 2017, del Juzgado de la Contencioso-Administrativo núm. 2 de Madrid, que autorizaba la inspección domiciliaria de tres empresas del mismo grupo (Corporación Acciona Infraestructuras, S.L., Acciona Construcción, S.A. y Acciona Agua, S.A.).

SÉPTIMO.- Insiste, no obstante, la entidad recurrente en la falta de concreción del objeto y finalidad de la Orden causante de indefensión porque, según refiere, la Dirección de Competencia ya disponía de información



suficiente para delimitar de forma más precisa el objeto de la inspección por el conocimiento previo del contenido de once correos electrónicos obtenidos de forma casual en la inspección realizada en noviembre del año 2014 en la sede de la empresa DRACE. Y concluye que, ese conocimiento previo de la DC le permitía efectuar una mayor concreción en la Orden de Investigación en cuanto a la definición y delimitación del objeto y de la finalidad de la actuación inspectora ahora impugnada.

Ahora bien, conviene precisar que no es posible en este concreto proceso, en el que se analiza la validez de la Orden de Investigación, examinar otras cuestiones como las planteadas por la recurrente, así el supuesto abuso por la Dirección de Competencia de la figura de la información reservada al haber tenido en su poder esos once correos electrónicos durante más de 32 meses hasta que ordena la inspección ahora examinada, así como el valor de prueba de los mismos dado su hallazgo casual en una inspección anterior. Tales cuestiones podrán, en su caso, analizarse si la Dirección de Competencia ordena incoar expediente sancionador y este finaliza con resolución sancionadora.

Sí podemos analizar en cambio, si la información reservada que tenía la DC le exigía una mayor concreción en la Orden de Investigación dado el origen de los documentos que formaban parte de la misma- once correos electrónicos obtenidos en una inspección anterior-.

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que pueda ser su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"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 consecuencia, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que o bien no se conocen o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Insistimos, por otra parte, en la consideración de que en la Orden de Investigación analizada, no se acuerda por la Dirección de Competencia la entrada y el registro domiciliario de forma caprichosa, indeterminada e injustificada sino que, al contrario, especifica que tiene conocimiento a través de información reservada en relación con la actuación de las recurrentes en un mercado de producto concreto en el que actúan, especificando, además, unas actuaciones concretas contrarias al artículo 1 de la LDC como son el posible reparto de mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible en un ámbito muy específico como son las licitaciones con la Administración en el mercado de la construcción y rehabilitación de infraestructuras; construcción y rehabilitación de edificios y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua.

Concluimos, por ello que, en este caso, la Orden de Investigación realizada dentro de la información reservada S/DC/0611/17 permitía identificar a los recurrentes los elementos esenciales de la investigación que exigía la entrada y registro en su sede pues su contenido les permitía conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar cuál era el mercado afectado en el que actuaban las recurrentes - *mercado de construcción y rehabilitación de infraestructuras, construcción y rehabilitación de edificios, y el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua*- así como el ámbito material de actuación de las recurrentes - *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*-.

Por tanto, no estamos ante una inspección genérica dirigida a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatórias ya que se precisaba y se detallaba la operativa concreta de actuación de las recurrentes al especificar que diversas empresas competidoras 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 podrían estar realizando actuaciones concertadas para un reparto de mercado, sin que sea exigible en ese momento una relación fáctica más extensa y concreta como sostiene la parte actora.

Por ello entendemos que constan indicios particularizados respecto de las empresas recurrentes de tal manera que, al menos, en esa fase preliminar de la investigación son suficientes desde la perspectiva del derecho a



la inviolabilidad del domicilio puesto que se ha concretado el objeto, la finalidad y el alcance de la misma y no existe un medio menos agresivo para continuar con la investigación, pues como dice la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas"*. Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su apartado 40: *"el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, 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 conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36) "*.

Por ello concluimos que la Orden de Investigación que exigía la entrada en la sede de las mercantiles recurrentes no vulnera la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria por cuanto apreciamos razonabilidad y proporcionalidad en la decisión de entrada y registro domiciliario acordada por la CNMC que impide apreciar arbitrariedad en su conducta. Y tampoco apreciamos la vulneración del derecho de defensa también invocado por la recurrente en cuanto que la Orden de Investigación cumple en cuanto a su contenido las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

OCTAVO. - Sostiene la actora que se ha desnaturalizado el trámite de la información reservada, dado el tiempo transcurrido entre la inspección en la que se obtuvieron los 11 correos electrónicos que propiciaron la inspección de SACYR y la propia inspección.

Sin embargo, no existe ninguna previsión legal sobre la duración máxima que ha de tener el trámite de información reservada y por esa razón el transcurso de dicho plazo no se computa a efectos del instituto de la caducidad del procedimiento sancionador. Y no se puede afirmar que durante ese periodo la Dirección de Competencia incurrió en una censurable inactividad y que, de repente, comenzó a realizar inspecciones simultáneas pues tuvo que valorar los correos anteriores obtenidos en la sede de DRACE y otras cuatro empresas, en noviembre de 2014. A falta de datos que corroboren esa alegación y que la actora no proporciona debe tenerse en cuenta los otros expedientes en curso que tramita la CNMC con sus correspondientes inspecciones y la necesidad por tanto de valorar la información obtenida y preparar las inspecciones que se realizaron en las empresas afectadas en el presente expediente.

NOVENO.- Por último, respecto a la aplicación abusiva de la doctrina del hallazgo casual es preciso recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, rec. 113/2013 ha precisado que *"I a habilitación para la entrada y registro y lapráctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgocasual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuaciónsancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitoscomunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podráejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas."*

En este caso, la conformidad a derecho de la Orden de Investigación en los términos que hemos expuesto y la existencia de autorización judicial para la entrada domiciliaria, permiten entender que se ha hecho utilización legítima del hallazgo casual procedente de la inspección de noviembre de 2014 en la sede de DRACE.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz, en nombre y representación de **SACYR CONSTRUCCIÓN S.L.** contra la resolución de 30 de agosto de 2017, dictada por la Sala de competencia de la CNMC en el Expediente R/AJ/039/17, SACYR, desestimatoria del recurso presentado contra la Orden de Investigación expedida el 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia 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, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ