



Roj: **SAN 4674/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4674**

Id Cendoj: **28079230062021100479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/10/2021**

Nº de Recurso: **697/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000697 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6181/2017

Demandante: DRACE INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DRAGADOS, S.A.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

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. **697/2017** interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de las mercantiles **DRACE INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DRAGADOS, S.A.**, contra la resolución dictada en fecha 4 de septiembre de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente NUM000 , que confirma (i) la Orden de Investigación dictada en fecha 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia de la CNMC por la cual se acuerda la realización de inspección en el domicilio social de DRAGADOS y DRACE y (ii) la posterior actuación de inspección domiciliaria realizada bajo su amparo. Ha 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 formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando:

"...dicte sentencia por la que se declare nula y sin efecto la Resolución Recurrída por resultar contraria a derecho con base en los siguientes motivos:

I.- La Resolución Recurrída no reconoce el carácter "aleatorio" o arbitrario y, por tanto, contrario a Derecho de la inspección domiciliaria a la que se sometió a las Compañías los días 30 y 31 de mayo y 1 de julio de 2017, derivado del objeto excesiva e injustificadamente amplio de la Orden de Investigación Impugnada así como, alternativamente, de la actuación desproporcionada del Equipo Inspector, habiendo producido dicha actuación inspectora indefensión y un perjuicio innecesario y desproporcionado a DRAGADOS y DRACE en el sentido del artículo 47 LDC .

II.- La Resolución Recurrída no reconoce que la entrada de los Inspectores en el marco de la Inspección Impugnada fue contraria a Derecho, a pesar de que el Equipo Inspector no hizo uso del auto judicial ni obtuvo el consentimiento válido de DRAGADOS y DRACE para acceder a su domicilio, en contra de lo establecido por los artículos 18.2 de la Constitución Española y 27.2 de la Ley 3/2013 , habiendo producido dicha actuación indefensión y un perjuicio innecesario y desproporcionado a DRAGADOS y DRACE en el sentido del artículo 47 LDC .

III.- La Resolución Recurrída no reconoce la nulidad ab initio de diligencias previas S/DC/0611/17 debido a su origen basado en el abuso de las diligencias previas DP/0042/14 así como en el abuso de la doctrina del hallazgo casual, habiéndose derivado de la Inspección Impugnada indefensión y perjuicio irreparable a DRAGADOS y DRACE en el sentido del artículo 47 LDC .

Que se declare nula y sin efectos la Orden de Investigación Impugnada atendiendo al carácter excesivo e injustificadamente amplio del objeto de la investigación, contrario al artículo 13.3 RDC, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que del mismo ha realizado el Tribunal Supremo.

Que se declare nula y sin efecto la Inspección Impugnada, por haberse realizado en base a una orden de investigación contraria a Derecho, siendo contraria a Derecho la entrada de los Inspectores y tener origen en el abuso de las diligencias previas DP/0042/14 y en una interpretación abusiva de la doctrina del hallazgo casual.

Que, subsidiariamente, se declare nula y sin efectos la Inspección Impugnada en relación con la documentación recabada que no tenga relación con las infraestructuras de tratamiento de aguas, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento Primero".

SEGUNDO . El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO . Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo y se fijó para ello la audiencia del día 30 de junio de 2021 en que tuvo lugar siendo ponente la Ilma. Sra. Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Las mercantiles DRACE INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DRAGADOS, S.A. han impugnado en esta vía judicial la resolución dictada en fecha 4 de septiembre de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que confirma la Orden de Investigación adoptada por la Dirección de Competencia de la CNMC en fecha 23 de mayo de 2017 así como la posterior actuación de inspección y registro domiciliario realizada por los inspectores de la CNMC los días 30 y 31 de mayo y 1 de junio de 2017 en la sede social de DRACE INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DRAGADOS, S.A.

SEGUNDO. En el escrito de demanda presentado por las mercantiles recurrentes se solicita la nulidad de las actuaciones administrativas impugnadas por cuanto entienden que vulneran derechos fundamentales, tales como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones reconocidos por el artículo 18, apartados 2 y 3, de la Constitución.

Y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

-La Orden de Inspección se ha adoptado apoyándose en indicios indebidamente obtenidos. En este sentido refiere que la inspección domiciliaria en la sede de DRAGADOS-DRACE tiene su origen en el conocimiento por parte de la CNMC de once correos electrónicos que se habían obtenido de forma casual en el marco de una inspección domiciliaria que había tenido lugar, en noviembre de 2014, en la sede de la mercantil Drace Infraestructuras, S.A. Conocimiento que, además, no se recoge ni se menciona, ni siquiera indiciariamente, en



la Orden de Inspección para justificar porque la CNMC ha tardado más de 32 meses entre la fecha en la que se llevó a cabo la inspección domiciliaria en la que se habrían recabado los once correos electrónicos y las fechas en las que se ha producido finalmente el " desglose de dichos correos".

-La Orden de Investigación no contiene una definición suficiente del objeto de la investigación ya que se limita a definiciones genéricas e imprecisas.

Subsidiariamente, refiere que la actuación inspectora ha sido desproporcionada lo que ha implicado, según dice, la vulneración del derecho fundamental de sus empleados al secreto de las comunicaciones amparadas en el artículo 18.3 de la CE.

Finaliza diciendo que no puede considerarse válida la actuación inspectora por cuanto que, la entrada de los inspectores en el domicilio de las recurrentes se ha realizado sin hacer uso del auto judicial a pesar de que se había requerido su entrega. Añaden que el consentimiento, que otorgaron para autorizar la entrada en la sede social inspeccionada, está viciado toda vez que se otorgó bajo amenazas graves de ser sancionados por obstrucción a la labor inspectora.

TERCERO. El Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda solicita la desestimación del recurso interpuesto. Afirma que la Orden de Inspección de 23 de mayo de 2017 y la posterior actuación inspectora de registro y de entrada domiciliaria no vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puesto que, se ha ejecutado teniendo como amparo una resolución judicial que valoró la concurrencia de los requisitos exigibles, legal y jurisprudencialmente, para otorgar la autorización de registro y de entrada. Asimismo, destaca que la autorización judicial se ha dictado por el órgano judicial competente al amparo del artículo 8.6 de la Ley 29/1998 y que, precisamente, lo que persigue es tutelar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y asegurarse de que la intromisión que la Administración va a efectuar en la órbita de la persona física o jurídica es proporcionada y está justificada constitucionalmente.

Por otra parte, añade que la Orden de Inspección define de forma suficiente y adecuada cual era el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección y cumplía así con los parámetros señalados en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

CUARTO. Centrado el objeto y vistas las posiciones enfrentadas de las partes, corresponde a esta Sala analizar si la Orden de Investigación adoptada por la Dirección de Competencia, así como el posterior registro y entrada domiciliaria, vulnera el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 18, párrafo segundo, de la CE. Los recurrentes justifican la vulneración de la garantía constitucional invocada porque entienden que la Orden de Investigación es genérica por cuanto que no concreta ni el objeto ni la finalidad de la inspección más allá de identificar el mercado afectado, así como las posibles conductas colusorias recogidas en el artículo 1 de la LDC. Y, además, porque, a su juicio, no constan cuales son los indicios que han llevado a la CNMC a inspeccionar su sede social ni, en su caso, la conexión de esos indicios con la actuación de las recurrentes. En esta misma línea, argumentan que no es suficiente para preservar la garantía constitucional invocada la mera mención de la existencia de una información reservada para justificar la entrada domiciliaria porque con ello se está impidiendo al afectado conocer si existe o no fundamento para la inspección, cuando, además, según dice, la inspección se apoyó en el contenido de once correos electrónicos que había incautado en la inspección realizada en noviembre de 2014 en la sede de DRACE lo cual, suponía que la Dirección de Competencia disponía, en el momento de redactar la Orden de Inspección ahora impugnada, de una información previa muy concreta que le permitía realizar una mayor delimitación del objeto de la inspección y, sin embargo, ha utilizado formulas genéricas e imprecisas causantes de indefensión.

El artículo 18, en su párrafo segundo, de la CE dispone: " *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*".

Esta Sala anticipa que la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2017 ahora impugnada 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 contradictorios que estaban en juego y, entre ellos, el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria. En este caso esa autorización de entrada y de registro domiciliario se ha adoptado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Madrid quien, a solicitud de la CNMC e inaudita parte, dictó auto en fecha 26 de mayo de 2017.



En cuanto al alcance de las potestades del órgano judicial al que se pide la autorización de entrada domiciliaria, éste no es, ciertamente, el juez de la legalidad de la actuación administrativa necesitada de ejecución -juez del proceso-, sino el juez encargado de garantizar 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). Pero esa circunstancia no permite considerar que el juez competente 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 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".

Como ya hemos dicho anteriormente, la citada sentencia del Tribunal Supremo se remite en sus fundamentos jurídicos a la doctrina fijada en este sentido por la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 en cuyo 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 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 si 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, sin embargo, ello no impide que esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ante la cual se ha impugnado la Orden de Investigación, pueda examinar la legalidad constitucional en relación a 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 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, a esta Sala a 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 defensa de la parte actora sostiene que la Orden de Investigación vulnera el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y que debe anularse dada la indefinición y el carácter genérico de la misma al identificar su objeto y finalidad. Además, según refiere, porque (i) no menciona ningún indicio relacionado con la actuación concreta de las recurrentes que pudiera justificar la entrada y el registro domiciliario en su sede, ni tampoco se indica que datos concretos pretendían obtenerse en ese registro; (ii) no menciona de forma clara, concreta y precisa cuales eran los indicios previos que conocía la DC y que justificaban la entrada domiciliaria cuando, en este caso, tenía a su disposición el contenido de once correos electrónicos que había incautado



en una inspección anterior -noviembre de 2014- en la sede de DRACE, lo que debió llevar a la DC a una mayor concreción de los indicios que disponía; (iii) no se especifica cual era la conexión entre las recurrentes y el objeto de la investigación.

Como hemos relatado la parte actora apoya la nulidad de la Orden de Investigación refiriendo su carácter genérico en cuanto a la definición del mercado y a la actuación de la parte actora por cuanto desconoce cuáles han sido 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 igual 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 (...) 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, precisamente, 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 guardianas 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 DC 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, concluimos que si 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, entendemos que sí 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 DRAGADOS, S.A. y DRACE INFRAESTRUCTURAS, 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 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 autopistas, 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 las recurrentes 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 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 otra actividad en la que las empresas inspeccionadas pudieran estar presentes dado su carácter multidisciplinar impidiendo también la recogida indiscriminada de documentación en las sedes de las empresas inspeccionadas.

Por último, la recurrente insiste en la idea de indefinición de la Orden de Investigación causante de indefensión porque, según refiere, la Dirección de Competencia disponía en este caso de información suficiente para, a su parecer, delimitar de forma más precisa cual era el objeto de la inspección porque se apoyaba en 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.

Esta Sala no comparte las anteriores afirmaciones de la recurrente. En primer lugar, entendemos oportuno señalar que no es posible en este concreto proceso, en el que se analiza la validez de la Orden de Investigación, examinar otras cuestiones que se deducen de las afirmaciones de la recurrente como es si la DC abusó o no 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. Son cuestiones que podrán, en su caso, analizarse si la DC ordena incoar expediente sancionador y este finaliza con resolución sancionadora.

Lo que si podemos analizar es 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-. Pues bien, 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, afirmamos que resulta excesivamente desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, que se inserta 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 perfilar 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 inculpatorias 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 si 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.

SIXTO. Por otra parte, la recurrente impugna también las actuaciones inspectoras que se han llevado a cabo bajo el amparo de la Orden de Investigación también impugnada.

En primer lugar, destacamos que las actuaciones inspectoras se han llevado a cabo por el personal autorizado al que alude el artículo 40.1 de la Ley 15/2007 al decir que: *"El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley "* y el apartado 2 establece que:

"El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

- a) Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.
- b) Verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea el soporte material.
- c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.
- d) Retener por un plazo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b).
- e) Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.
- f) Solicitar a cualquier representante o miembros del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas."

Indicando en el párrafo final que: "el ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial".

La parte actora sostiene que los inspectores actuantes incautaron diversa documentación sin establecer filtros que permitieran diferenciar los correos y conversaciones privadas obtenidas en los dispositivos tecnológicos de uso privado de sus empleados y esa actuación determina que no pueda tenerse en consideración la documentación obtenida vulnerando la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones privadas.

Esta Sala no comparte esa afirmación por cuanto que apreciamos que de las actuaciones inspectoras resulta que los inspectores actuantes fueron exigentes con el respeto de la garantía constitucional referida, tanto en cuanto a la documentación incautada como a los dispositivos electrónicos examinados. Así, tal como se menciona en el Acta de Inspección (párrafo 30), solicitaron 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, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente para que pudiera, en su caso, ser eliminados de la información inicialmente recabada. E incluso, según se desprende de la lectura del Acta de Inspección que durante todo el proceso de búsqueda de documentación y de realización de copias, estuvo siempre presente, junto con los inspectores de la CNMC, el personal de las empresas inspeccionadas, sus representantes así como sus abogados externos que pudieron realizar en todo momento observaciones en relación con los documentos que podrían resultar ajenos al objeto de la inspección o pertenecer a la esfera privada de los empleados y no ser, en consecuencia, adecuada su copia. Además, al finalizar las actividades de inspección, quedó en poder de las recurrentes la relación completa de documentos recabados en el curso de la misma, tanto en formato papel como en formato electrónico para que pudieran solicitar, en cualquier momento del procedimiento, que se mantuvieran secretos los datos o documentos que pudiera considerar confidenciales.

Por otra parte, las recurrentes se han limitado a referir que se ha incautado documentación ajena al objeto de investigación, pero no han especificado que documentos concretos podían reunir esa calificación cuando, como hemos relatado, tuvieron a su disposición esa posibilidad.

Asimismo, tal como resulta del acta de la inspección (apartado 22), todos los ordenadores y dispositivos revisados por los inspectores actuantes eran propiedad de la empresa o utilizados para fines profesionales como así reconocieron sus titulares en el momento de la inspección. Y en lo que se refiere a la inspección de dispositivos pertenecientes a personas no presentes, tampoco apreciamos irregularidad en la actuación inspectora pues consta que las mismas fueron informadas por teléfono por la propia empresa antes del acceso y la información de los mismos fue descargada de los propios servidores de la empresa inspeccionada.

Por otra parte, no aceptamos la pretensión de la recurrente de que únicamente puede incautarse documentación que se encuentra en dispositivos de la empresa y no en los privados pues se permitiría eludir la actividad inspectora con el mero uso de los dispositivos privados en los casos de actuaciones concertadas con otras empresas competidoras para evitar así el seguimiento de los mismos. Lo que no se permite es la incautación y posterior análisis de los documentos meramente privados; pero la recurrente no ha especificado en sus alegaciones si alguno de los documentos - correos y conversaciones incautadas- tienen la consideración de documentación exclusivamente privada ajenas al objeto de la investigación referida en ese caso a la existencia de acuerdos o de prácticas concertadas para un reparto del mercado mediante la fijación de condiciones comerciales o el intercambio de información comercial sensible. Incautación de documentación a la que también se refería la Orden de Investigación al especificar que la actuación por los inspectores debía alcanzar a:

"La inspección del registro de comunicaciones internas.



La inspección del registro de comunicaciones externas, incluido el libro de "faxes" y la correspondencia comercial.

La inspección de las agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa.

La inspección de los archivos físicos e informáticos.

La inspección de ordenadores personales.

La inspección de los libros de actas del Consejo y de los órganos directivos.

La inspección de los documentos contractuales".

Por consiguiente, concluimos que los inspectores actuantes únicamente han incautado documentación electrónica que encontraron en los ordenadores de la empresa una vez utilizado el sistema del filtrado previo con el uso de palabras clave para identificar aquellos documentos que podían tener interés para la inspección y para la investigación descartando todos aquellos que no entraron en ese filtrado. Documentación que puede obtenerse no solo de los ordenadores proporcionados por la empresa a sus empleados sino también de sus dispositivos privados que se encuentren en la sede de la empresa siempre que respondan a las palabras claves utilizadas en el filtrado.

SÉPTIMO. Finaliza su defensa señalando la nulidad de las actuaciones inspectoras porque entiende que la entrada de los inspectores en la sede de las recurrentes ha incumplido el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Y ello porque, a su juicio, la entrada no estuvo amparada en el conocimiento de la autorización judicial -porque el auto judicial autorizando la entrada domiciliaria no se mostró por los inspectores a pesar de que fueron requeridos para su entrega-; ni tampoco estuvo amparada la entrada en el consentimiento de los representantes de las empresas inspeccionadas toda vez que este debe entenderse viciado por las amenazas que recibieron en el sentido de que si no consentían la entrada serían objeto de un expediente sancionador por obstrucción a la labor inspectora.

No compartimos esta afirmación de los recurrentes. En este caso entendemos conveniente destacar, tal como se recoge en el Acta de Inspección, como se produjo la entrada de los inspectores en la sede de las recurrentes. Así, en primer lugar, los inspectores solicitaron el consentimiento de los representantes de las empresas inspeccionadas indicando que la entrada tenía su origen en la Orden de investigación de la DC y *"requieren su consentimiento para la realización de la inspección, así como al ejercicio de las facultades de inspección señaladas en la Ley, facilitándole un recibí y solicitando la firma del mismo"* (a partado 10). Además, consta que los inspectores informan de que *"las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Competencia haya autorizado.... indicándose expresamente que la obstrucción por cualquier medio a la labor de inspección... puede ser sancionada.... de acuerdo con lo indicado en el artículo 62.2 de la LDC ..."* (apartado 13).

Por tanto, la entrada estaba amparada en la Orden de Inspección y la entrada en la sede de las empresas fue posible porque los representantes de las empresas aceptaron y dieron su consentimiento. No podemos entender que el consentimiento otorgado esté viciado porque no se aprecia violencia ni intimidación en el hecho de que los inspectores les comunicaran las consecuencias legales que implicaba la falta de consentimiento porque se limitaron a dar información respecto de una regulación legal.

Tampoco apreciamos ningún vicio en el consentimiento otorgado porque los inspectores no les mostraron el auto judicial autorizando la entrada en su sede. En este caso, no hubo ni ocultación intencionada ni elusiva por parte de los inspectores de que tenían un auto autorizando la entrada cuando los representantes legales de las empresas reclaman su entrega. La respuesta dada por los inspectores se recoge en el apartado 14 del Acta de Inspección: *"I os inspectores informan también al Sr. Fidel que disponen de un Auto judicial que autoriza la entrada en la empresa, que han recabado cautelarmente, pero que únicamente harán uso de él en caso de denegación del acceso a la empresa, tal y como establece dicho Auto"*. Afirmación que se reitera en el apartado 40 para dar respuesta al abogado externo de la empresa que solicita se le informe si dispone de auto judicial que autorice la entrada en la empresa.

Esta Sala considera, a diferencia de otros casos analizados por esta Sección, que los inspectores con su respuesta se han limitado a dar cumplimiento a la parte dispositiva del auto judicial de 26 de mayo de 2017 en el que se decía: *"La autorización se concede para el supuesto de que, personados los funcionarios de la CNMC, no se les permita su acceso"*.

En definitiva, los inspectores no llegan a exhibir el referido auto porque la empresa otorga expreso consentimiento para la entrada de los inspectores en su sede. Consentimiento que no entendemos viciado como antes hemos razonado.



Por todos estos motivos, los fundamentos de la demanda presentada no pueden ser acogidos y, en consecuencia, desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto.

OCTAVO. Al haberse desestimado el presente recurso contencioso administrativo procede imponer a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **697/2017** interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de las mercantiles **DRACE INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DRAGADOS, S.A.**, contra la resolución dictada en fecha 4 de septiembre de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente NUM000, que confirma la Orden de Investigación dictada en fecha 23 de mayo de 2017 por el Director de Competencia de la CNMC por la cual se acuerda la realización de inspección en el domicilio social de DRAGADOS y DRACE así como la posterior actuación de inspección domiciliaria realizada bajo su amparo. Y, en consecuencia, confirmamos las actuaciones administrativas impugnadas al entender que son conformes con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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.