

## **RESOLUCIÓN**

(S/Ref. Expte. R/0026/09, Oscal Obras)

### **CONSEJO**

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente  
Don Fernando Torremocha y García Sáenz, Vicepresidente  
Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
Don Julio Costas Comesaña, Consejero  
Doña María Jesús González López, Consejera  
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 28 de diciembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente el Consejero D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0026/09 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 27 de octubre de 2009 por OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.U.L. (en adelante, OSCAL), contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la CNC de 9 de octubre de 2009 y contra la inspección realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la mencionada empresa, por entender que los citados actos administrativos se han producido con violación de derechos amparados por la Constitución Española y con infracción de preceptos de la LDC.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1.-** Con fecha 9 de octubre de 2009, la Directora de Investigación de la CNC, conforme a la previsión de los artículos 40 LDC y 13.3 RDC, dictó Orden de Investigación (OI) por la que se autorizaba a determinados funcionarios para proceder a una inspección en la sede de OSCAL en relación con las actuaciones que se tramitaban bajo el nº S/0192/09.

En dicha Orden se indicaba que *“Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional”*. Según esa

información, “*diversas empresas habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y particulares al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales en el territorio nacional*”, por lo cual se dictaba la OI cuyo objeto era “*verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica*”. A continuación se citaban una serie actuaciones que, entre otras, podrían realizarse durante la investigación.

2.- Asimismo, la OI explicaba que “*Para que la CNC pueda determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos y al contexto en el que se aplican, así como la identidad de todas las empresas implicadas, es necesario llevar a cabo inspecciones de conformidad con el artículo 40 de la LDC y para garantizar la eficacia de dichas inspecciones, es indispensable realizarlas sin previo aviso a las empresas que han participado presuntamente en la infracción y hacerlas simultáneamente en varias empresas*”, por el riesgo de que la documentación relativa a la infracción que pudiera ocultarse o destruirse.

A continuación, se indicaba la posible multa a la que se enfrentaría la empresa en caso de demostrarse la existencia de tales conductas restrictivas, así como la sanción establecida en la LDC en caso de que la empresa no se sometiera a la inspección u obstruyera por cualquier medio la labor de inspección de la CNC (artículo 62.2 de la LDC), lo que podría constituir además un agravante sobre la multa prevista por la infracción principal. Seguidamente, se exponía el catálogo de posibles conductas obstructoras de la inspección.

3.- A la vista de lo expuesto, la OI ordenaba a OSCAL que “*se someta a inspección por su posible participación en acuerdos, recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del artículo 1 de la LDC en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio en el territorio nacional*”, y que “*permita al personal autorizado por la Dirección de Investigación de la CNC realizar la inspección, de acuerdo con las facultades indicadas en el artículo 40 de la LDC*”.

Finalmente, se indicaba al responsable de la entidad a inspeccionar que tenía derecho a contar con asistencia letrada, interna o externa, y que podía solicitar la confidencialidad de los documentos y ficheros recabados, así como que se respetase el derecho a la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente.

**4.-** Dicha inspección se llevó a cabo el día 15 de octubre de 2009. Tal como consta en el Acta de Inspección (apdos. 1 a 7), personados los funcionarios autorizados en la sede de OSCAL, y habiendo informado al responsable de la misma del objeto de su visita, de su derecho a contar con asistencia letrada, y de que la inspección se realizaba en el marco de una información reservada de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC, sin que existiera expediente sancionador incoado, tras leer la OI –cuyo contenido los inspectores se ofrecieron a aclarar- el responsable de la empresa accedió a someterse a la investigación, considerando innecesaria la presencia de abogado.

**5.-** El Acta de Inspección fue firmada por el responsable de OSCAL sin hacer constar observación u objeción alguna sobre el desarrollo de la inspección.

**6.-** El 27 de octubre de 2009, a través de su representante legal –acreditado por el correspondiente poder-, OSCAL interpuso recurso contra la OI de 15 de octubre de 2009 y contra la inspección subsiguiente “*en virtud de lo prevenido en el art. 47.1 de la LDC en relación con el art. 48.1 y 4 de la Ley 30/1992...*”. El recurrente alega la nulidad o anulabilidad de la OI por vulneración de sus derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), a la legítima defensa (art. 24 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como infracción del art. 13.3 RDC en relación con el art. 40 LDC, todo ello basado en dos motivos:

1º) Ausencia de datos objetivos indiciarios de la comisión por parte de OSCAL de las conductas previstas en el apartado a) del art. 1 LDC, por lo que consideraba infundada la OI, suponiendo la inspección realizada una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio; y

2º) La OI no delimitaba el ámbito temporal ni el mercado relevante, cuya expresión en la OI consideraba demasiado genérica, lo que comprometía su derecho de defensa.

El recurrente solicitaba que el Consejo declarase:

*“a) Que la Orden de Investigación dictada por la Directora de Investigación el 9 de Octubre de 2009, en relación con el expediente de información reservada Ref. S/0192/09 y así como todas las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad a dicha fecha, y en particular la inspección practicada el 15 de Octubre de 2009, son contrarias a derecho por infringir los derechos constitucionalmente protegidos a la inviolabilidad del domicilio, a la defensa y por infringir el art. 40 de la LOPD (sic) en relación con el art. 13.3 del Reglamento.*

*b) Ordene la devolución de toda documentación recopilada en dicho acto y la destrucción de cualquier copia que pueda haberse llegado a efectuar, y el archivo inmediato del expediente”.*

7.- Conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC, el 5 de noviembre la DI remitió informe donde se precisaba que el recurso había sido interpuesto en plazo. Respecto al primer motivo del recurso, la DI recalca que la inspección se había realizado en el marco de una información reservada de conformidad con lo previsto en el artículo 49.2 LDC, habiendo accedido la empresa a la práctica de la inspección. Por tanto, no cabía alegar la nulidad o anulabilidad de la OI por vulneración del art. 18.2 CE (inviolabilidad del domicilio), puesto que la inspección se realizó con el previo consentimiento expreso de la empresa, circunstancia que hizo innecesaria la entrega a la empresa del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palencia de 13 de Octubre de 2009, por el que se autorizaba la entrada a los funcionarios en los locales de OSCAL, y que había sido solicitado por la CNC en previsión de una posible resistencia a permitir la entrada.

Respecto a la alegada imprecisión del ámbito temporal y del mercado relevante, señala la DI que la OI se ajustaba a los requisitos exigidos por el artículo 13.3 RDC y, en concreto, indicaba expresamente el objeto y finalidad de la inspección, consecuencia de la información a la que había tenido acceso la DI relativa a la comisión de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares. La DI subrayaba que es el Pliego de Concreción de Hechos el único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, el que también define exactamente el mercado relevante y la duración de las conductas prohibidas. A este respecto, la DI recordaba que el extinto TDC se había pronunciado reiteradamente en el sentido en que lo hizo ya en su Resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. R171/96, Unión Explosivos 2) al indicar que *“dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”*.

Por todo ello, la DI entiende que en ningún supuesto se ha producido indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de OSCAL y, en consecuencia, no cabe pretender la nulidad o anulabilidad de la OI, la devolución de la documentación recabada en la inspección y el archivo del expediente. La DI concluía proponiendo al Consejo que se desestimase el recurso.

6.- El Consejo deliberó y falló este asunto en su reunión de 21 de diciembre de 2009.

7.- Es interesado OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.U.L.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## **PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente**

Se promueve el presente recurso contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de la CNC de 9 de octubre de 2009 y contra la actuación inspectora desarrollada el 15 de octubre de 2009 en la sede de OSCAL.

Como se ha recogido en el AH 6, el recurso se interpone “*en virtud de lo prevenido en el art. 47.1 de la LDC en relación con el art. 48.1 y 4 de la Ley 30/1992...*”. Puede entenderse la invocación al artículo 47.1 LDC, referido al recurso administrativo que cabe interponer contra las resoluciones y actos dictados por la DI –como es el caso-, pero no así la hecha al artículo 48, apartados 1 y 4, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, toda vez que este artículo se refiere al cómputo de plazos, lo que no es objeto de discusión en este caso.

A continuación, se analizarán los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo, a la vista de los cuales parece que la pretensión anulatoria de la actuación de la Dirección de Investigación la basa el recurrente, como ya se ha indicado, en una supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), a la legítima defensa (art. 24 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como infracción del art. 13.3 RDC en relación con el art. 40 LDC, todo ello fundado en dos motivos:

1. Ausencia de datos objetivos indiciarios de la comisión por parte de OSCAL de las conductas previstas en el apartado a) del art. 1 LDC, por lo que el recurrente considera infundada la Orden de Investigación.
2. Falta de delimitación por la Orden de Investigación del ámbito temporal y el mercado relevante.

## **SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC**

Tal como se plantea el recurso, la primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si cabe o no interponer recurso ante el Consejo contra la Orden de Investigación dictada por la DI y la subsiguiente inspección “*en virtud de lo prevenido en el art. 47.1 de la LDC...*”, como pretende el recurrente, o, por el contrario, procede su desestimación, como propone la DI.

El mencionado artículo 47.1 LDC reserva la condición de actos de la DI recurribles a los que “*produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”.

En primer lugar, respecto a la supuesta indefensión, es necesario recordar la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 3 de febrero de 2009 [Exptes. R/0008/08 (Transitarios 1) y R/0009/08 (Transitarios 2)], en la que se declara lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que «por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses», señalando que la «indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes». Que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 C.E. es sólo aquélla que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando que «no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 71/1984, 64/1986).”*

De la cita anterior puede deducirse que la indefensión constitucionalmente relevante a la que se refiere el Alto Tribunal es aquélla que pueda producirse en el marco de un procedimiento sancionador en el que se haya efectuado la imputación de una determinada infracción frente a la cual la parte no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. Pero resulta evidente que no es este el caso, pues la actuación de la DI que se recurre no supone en absoluto imputación de cargo alguno al recurrente, por lo que hay que estar a la cita del TDC que acertadamente hace la DI, según se recoge en el AH 7: *“dado que no existe imputación de un cargo del que tenga que defenderse, no cabe plantearse la existencia de indefensión”*.

Y no existe imputación de la que defenderse porque en el momento de producirse la actuación recurrida ni siquiera se había incoado procedimiento sancionador, toda vez que la misma se realizaba en el marco de la información reservada prevista en el artículo 49.2 LDC, precisamente *“con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación”* de dicho expediente, como argumenta el mismo precepto.

Por tanto, dicha actuación de ningún modo es definitiva, y en este sentido, como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, *“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”*, matizando que *“esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”*.

Ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en el presente caso pues, como acabamos de razonar, ni estamos ante un acto definitivo ni se ha incoado, ni mucho menos resuelto, procedimiento sancionador alguno, siendo consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

Finalmente, en cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el TC entiende que es *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). **Dado que, como se ha visto, no puede hablarse de vulneración de ningún derecho constitucional, no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable. Pero, además,** tampoco entiende el Consejo que quepa apreciar su existencia en el momento procedimental (o más bien pre-procedimental) en el nos encontramos, puesto que la inspección, desarrollada con arreglo a una Orden de Investigación ajustada a las exigencias del artículo 13.3 del RDC y posteriormente validada a efectos de entrada por el consentimiento del titular y por un Juez de lo Contencioso-Administrativo, no ha tenido ningún tipo de consecuencia jurídica que, aún de manera indirecta, se pueda identificar con la producción de perjuicio de ningún tipo. Por el contrario, el único acto que podría ocasionarlo sería la resolución por la que se imponga una sanción a OSCAL basada en pruebas indebidamente obtenidas en la inspección. Como resulta evidente, tal circunstancia es un hecho futuro e incierto, puesto que no hay procedimiento alguno incoado ni decisión adoptada. Cuando el artículo 47 habla de perjuicios irreparables se refiere a aquéllos que tengan un carácter real y actual, por lo que tampoco podría admitirse tal alegación cuando hablemos de riesgos hipotéticos y futuros. Dicho de otro modo, no puede interponerse un recurso administrativo con carácter meramente preventivo y pretender que, con base en meras conjeturas, se procede a la anulación del acto impugnado solo por la amenaza de una sanción que desconocemos si va a tener lugar.

En definitiva, dada la interpretación que debe darse a los requisitos del artículo 47 de la LDC para apreciar su existencia, difícilmente resulta admisible este recurso administrativo deducido contra actos y actuaciones producidas con ocasión de la realización de una inspección desarrollada en el seno de una información reservada, autorizada por una Orden de Investigación y convalidada por el consentimiento del titular del domicilio inspeccionado y por una autorización judicial, la ausencia de actuaciones posteriores impide apreciar consecuencias perjudiciales para la empresa inspeccionada. Es más, en el caso de que dichas actuaciones tuvieran lugar, y se iniciara un procedimiento sancionador, resultaría extremadamente complicado justificar la existencia de indefensión o perjuicio irreparable sin conocer si la resolución que lo pone fin es sancionadora o no y en qué términos han sido apreciadas las pruebas obtenidas durante la

inspección y durante el desarrollo del procedimiento, así como las de descargo practicadas a instancia del imputado.

**TERCERO.- Improcedente alegación de vulneración por la Orden de Investigación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.2 por la ausencia en la misma de indicios de infracción del art. 1 LDC por parte de OSCAL.**

Señala la recurrente que la Orden de Investigación justifica de forma imprecisa y genérica la necesidad de entrada y registro en la sede de OSCAL, manifestando que no se pueden desarrollar inspecciones genéricas y que la DI ha de someter su actuación al principio de proporcionalidad de la medida de acceso al domicilio.

En relación con esta alegación, debe señalarse, en primer lugar, que la aportación de los elementos indiciarios no forma parte del contenido que el artículo 13 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), exige a la Orden de Investigación, es decir, el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, la fecha de la inspección y los elementos a los que se extiende, por lo que la alegación de falta de fundamentación resultaría absolutamente improcedente sin necesidad de mayores consideraciones.

En concreto, el objeto de la investigación se hallaba claramente especificado en la citada orden. Así, se señala en la misma que a la vista de la información de que disponía la CNC, *“según la cual diversas empresas habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y particulares al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales en el territorio nacional, (...) el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica”*

En segundo lugar, debe recordarse que el artículo 49.2 de la LDC dispone que *“ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador”*. Y esta era la situación: como se reflejaba en la OI, la DI había tenido conocimiento *“de la posible existencia de una infracción”*, lo que la LDC considera base suficiente para *“realizar*

*una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas*". Así pues, la inspección no se realizó en el ámbito de un expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas –en cuyo caso el art. 49.1 LDC ordena incoar expediente–, sino en el ámbito de una información reservada –circunstancia que se indicaba en la OI y se subrayó a la empresa, como consta en el Acta– con el fin, precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.

En tercer lugar, hay que subrayar que es una norma de rango legal, el art. 40 LDC, la que permite que el personal de la CNC debidamente autorizado pueda realizar cuantas inspecciones considere oportunas, previendo el artículo 49 LDC acabado de transcribir que la inspección puede realizarse también en una fase previa a la iniciación del procedimiento como es la información reservada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera esta previsión legal como básica para admitir una injerencia domiciliaria de la Administración. Así lo recoge la STEDH de 16 de abril de 2002 (Stés. Colas Est c. Francia, apdo. 43) en la que, además, se reconoce que *“los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para considerar la necesidad de la injerencia”* (apdo. 47) y en la que, igualmente, se considera justificada la injerencia *“a fin de evitar la desaparición o el ocultamiento de elementos se prueba de prácticas contrarias a la libre competencia”*, siempre que, en paralelo, la misma legislación ofrezca garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (apdo. 48).

Finalmente, respecto a la exigencia de proporcionalidad en la medida adoptada por la DI de proceder a la investigación domiciliaria, hay que resaltar que es haciendo uso de esa facultad prevista legalmente, como la DI decide, en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, en qué supuestos resulta o no necesaria una investigación domiciliaria y en qué casos, por existir riesgo de oposición a la inspección, resulta necesario solicitar auto judicial que autorice la entrada. Esta decisión sobre la necesidad de la inspección se adopta teniendo en cuenta que en una inspección se buscan documentos distintos a aquéllos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información previsto en el artículo 39 de la LDC. Y es precisamente para acceder a este otro tipo de información, para la cual existe un riesgo de destrucción u ocultación, por lo que la CNC está legalmente habilitada para llevar a cabo inspecciones de carácter sorpresivo con las facultades previstas en la LDC. Así lo ha reconocido el TEDH en la sentencia que se acaba de citar (*“a fin de evitar la desaparición o el ocultamiento de elementos se prueba de prácticas contrarias a la libre competencia”*) y el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) cuando, al razonar sobre la admisión de la prueba de indicios, advierte de las dificultades de prueba de las conductas cuya persecución se encomienda a la CNC:

*“Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá*

*extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.*

De manera que, como se desprende de la Orden de Investigación, la DI, como órgano de instrucción de la CNC, valoró específicamente que la documentación disponible no resultaba suficiente para “*determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador*” según requiere el artículo 49.2 de la LDC. Es evidente que si la DI ha decidido realizar una inspección es porque, por un lado, necesita elementos de juicio adicionales para cumplir con la finalidad que la LDC atribuye a las informaciones reservadas, es decir, obtener elementos de juicio para valorar si procede o no incoar un procedimiento sancionador y porque, por otro, se buscan documentos distintos a aquéllos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información previsto en el artículo 39 de la LDC.

De acuerdo con todo lo expuesto cabe concluir que la DI, a quien la LDC atribuye directamente la facultad de realizar cuantas inspecciones sean necesarias para la debida aplicación de la LDC, justificó adecuadamente la necesidad de la inspección ordenada, ponderando los derechos e intereses afectados frente a la necesidad de realizar una investigación domiciliaria, por lo que su actuación se ajustó al principio de proporcionalidad.

**En cuanto a la concreta alegación del recurrente relativa a la supuesta vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no puede prosperar. Además de ajustarse la Orden de Investigación a lo establecido en los artículos 40 LDC y 13. 3 RDC, el recurrente no parece tener en cuenta que, como consta en el Acta de la inspección (AH 4), el responsable de la empresa accedió a someterse a la investigación, por lo que la entrada en los locales de la empresa se realizó con su expreso consentimiento. A este respecto, el TC se ha pronunciado declarando que “salvo caso de flagrante delito, sólo dos títulos habilitan la entrada por la autoridad pública en domicilios particulares, el consentimiento del interesado o la autorización judicial...” (Auto TC de 129/1990, de 26 de marzo), lo que recoge el TS en su Sentencia de 30 de octubre de 2008 al decir que “fuera de los casos de delito flagrante o de existencia de resolución judicial que lo autorice, sólo el consentimiento del titular puede hacer legítima la entrada o registro en un domicilio”. En este caso, como señala la DI, no fue necesario el recurso a la autorización judicial, puesto que hubo consentimiento expreso y, por tanto, como dice el TS en su Sentencia de 13 de diciembre de 2002 (reiterada en la de 30 de octubre de 2008), “la constatación inequívoca del consentimiento manifestado por el representante legal de la entidad titular del domicilio social al que tuvieron acceso los inspectores de tributos, a fin de realizar su misión profesional, deja vacía de contenido a la supuesta lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE...”. De manera que no cabe apreciar la vulneración pretendida.**

Hay que concluir, por tanto, que la Orden de Investigación se encontraba suficientemente fundamentada en las previsiones legales, lo que unido a que la entrada en la empresa, como ya se ha indicado anteriormente, se realizó con el consentimiento expreso del responsable de la misma, hace decaer la alegación del recurrente relativa a una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que en ningún caso cabe apreciar la nulidad o anulabilidad de la citada Orden por vulneración del artículo 18 de la CE.

**CUARTO.- Improcedente alegación sobre el ámbito temporal y el mercado relevante expresado en la Orden de Investigación que se considera demasiado genérica y comprometedora de los derechos de defensa**

Esta alegación, en cuanto se refiere a la supuesta indefensión que se habría ocasionado al recurrente, puede considerarse satisfecha con lo dicho en el FD SEGUNDO de esta resolución, lo que debiera conducir sin más a su inadmisión.

No obstante, el Consejo considera necesario efectuar dos apreciaciones adicionales respecto a la mayor definición del ámbito temporal y el mercado relevante reclamada por el recurrente en la Orden de Investigación para zanjar definitivamente el debate a todas luces artificialmente planteado:

(i) En primer lugar, y reiterando lo ya expuesto previamente, que el contenido de la Orden de Investigación sea ajustado a lo requerido en el artículo 13.3 del RDC, no constituyendo ninguno de los dos elementos a que se hace referencia en el recurso parte de su contenido necesario.

(ii) En segundo término, que como acertadamente apunta la DI en su informe al recurso, la acusación formal a efectuar por la DI, en su caso, tiene lugar tras la incoación de expediente sancionador-si se observan indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas-, en concreto, en la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos, que es el único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, en el que, si procede, se define con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se enmarca el expediente y la duración de las conductas prohibidas.

A la vista de lo expuesto en el Fundamento precedente, debe indicarse que el origen, el objeto y la finalidad de la inspección están definidos en la Orden de Investigación, tratándose de un objeto amplio pero no genérico, determinado por la propia naturaleza del sector, en el que participan una multiplicidad de operadores económicos.

Por otra parte y tal y como se deduce de lo indicado en el acta de la inspección, que se recuerda que fue firmada tanto por la empresa como por dos inspectores de la CNC, la empresa tuvo conocimiento desde el primer momento del objeto y alcance de la misma,

siendo informada de cómo se iba a desarrollar, y a lo largo de ésta, de las actuaciones seguidas por el personal inspector, facilitándole a la finalización de dicha inspección una copia cotejada de toda la información recabada por el equipo de inspección.

Por lo tanto, tampoco puede admitirse la segunda de las alegaciones formuladas por la recurrente.

En consecuencia, puede decirse que, en la actuación de la DI, no se dan los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para considerarlo recurrible, por lo que procede la inadmisión del recurso deducido por OSCAL.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

### **RESUELVE**

**ÚNICO.-** Inadmitir el recurso interpuesto por el representante de la OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.U.L. contra la Orden de Investigación de la Dirección de Investigación de 29 de octubre de 2009 y contra la y subsiguiente inspección efectuada el 15 de octubre de 2009 en la sede de la mencionada empresa.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.