



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/002/19, FERROSER INFRAESTRUCTURAS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de marzo de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/002/19, FERROSER INFRAESTRUCTURAS por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A, y FERROVIAL SERVICIOS, S.A contra la orden de investigación expedida el 5 de diciembre de 2018 por la Directora de Competencia y la actuación inspectora posterior llevada a cabo en la sede compartida de dichas empresas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por orden de la Directora de Competencia de 5 de diciembre de 2018 se autorizó la inspección de la sede de las empresas FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A y FERROVIAL SERVICIOS, S.A, por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), en los sectores construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras en España.
2. Mediante auto 267/2018 de 13 de diciembre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid, se autorizó judicialmente la inspección en la sede

compartida de las empresas FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A, y FERROVIAL SERVICIOS, S.A.

3. Con fecha 17 de diciembre de 2018, se inició la inspección en la sede de las referidas empresas, tras la entrega a los representantes de la empresa de la orden de investigación de 5 de diciembre de 2018 y el auto 267/2018 de 13 de diciembre de 2018 que autorizaba la inspección, prolongándose los días 18 y 19 de diciembre, levantándose a su término la correspondiente acta, conforme con lo dispuesto en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC)
4. Con fecha 31 de diciembre de 2018 la representación de FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A, y FERROVIAL SERVICIOS, S.A (en lo sucesivo FS) interpuso recurso administrativo ante la CNMC, contra la orden de investigación de expedida el 5 de diciembre de 2018 y la actuación inspectora realizada al amparo de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC.
5. Con fecha 4 de enero de 2019, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por FS.
6. Con fecha 14 de enero de 2019, la Dirección de Competencia (en adelante, DC) emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación del recurso, en la medida en que la orden de investigación de 5 de diciembre de 2018 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. Al citado informe se adjunta el auto judicial de 13 de diciembre.
7. Con fecha 17 de enero de 2019 la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de FS, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El día 18 de enero de 2019 la representación de FS tuvo acceso al expediente.
9. El día 7 de febrero de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de FS.
10. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 28 de marzo de 2019.
11. Son interesadas en este expediente de recurso FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A, y FERROVIAL SERVICIOS, S.A (en adelante FS),

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra la orden de investigación expedida por la Directora de Competencia el 5 de diciembre de 2018 y la

posterior inspección realizada al amparo de la misma en la sede de Ferroser Infraestructuras S.A, y Ferrovial Servicios, S.A.

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

En su recurso, FS solicita al Consejo de la CNMC que deje sin efecto la orden de investigación de 5 de diciembre de 2018 al infringir el artículo 27 de la LCNMC en relación con el artículo 13.3 RDC y el artículo 18.2 de la CE, y el acto de inspección por violación del artículo 18.2 de la CE y se ordene la devolución de todos y cada uno de los documentos intervenidos.

Asimismo, solicita que se le dé traslado de todos los indicios con los que contaba la DC en el momento de ordenar la Inspección, y en concreto, respecto de la participación de FS en las conductas investigadas.

1.1 Motivos del recurso

FS basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

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

La recurrente sostiene que la orden y la actuación inspectora realizada han vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio dado que el objeto de la orden de investigación se limita a describir uno de los sectores de la actividad en el que opera FS (sectores de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras) y reproducir de forma genérica dos posibles infracciones previstas en la LDC (*"actuaciones [...] consistentes en acuerdos y/o prácticas concertadas de reparto de mercado así como de intercambios de información comercial sensible"*).

Asimismo, entiende que la definición del mercado en el que habrían tenido lugar las supuestas conductas anticompetitivas resulta extremadamente genérica, mientras que la definición de las conductas objeto de la inspección resulta extremadamente abierta, no cumpliendo con el requisito de concreción establecido de forma consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que determina la nulidad de la inspección.

(2) Falta de concreción de los indicios con los que contaba la CNMC para ordenar la inspección.

Por otro lado, FS considera que además del requisito de concreción del objeto de la inspección, la injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio debe estar justificada en la existencia de indicios suficientemente relevantes en poder de la autoridad de competencia sobre la participación concreta de la empresa investigada,

citando jurisprudencia nacional y europea sobre la prohibición de las llamadas *fishing expeditions*.

FS sostiene que la orden de investigación se encuentra redactada de forma genérica y confusa, y nada dice sobre los indicios relativos a la participación de FS en las conductas investigadas, ni aporta ningún elemento que vincule a FS con las conductas investigadas, impidiendo a FS verificar si se trataba de una *fishing expedition*.

FS solicita que la DC le comunique los indicios previos con los que contaba en el momento de ordenar la inspección, sin perjuicio de que la ausencia de concreción alguna sobre estos indicios en la orden de investigación, determine necesariamente, la nulidad tanto de la orden de investigación como de la labor inspectora de la DC.

1.2 Informe de la Dirección de Competencia

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 14 de enero de 2019, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto la orden de investigación y la posterior actuación inspectora en ningún caso ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de FS.

- Por lo que respeta a la alegación relativa a la **ausencia de delimitación suficiente del objeto de la inspección en la Orden de Investigación**, la DC sostiene que la delimitación del objeto de la inspección es adecuada y conforme a derecho pues precisa de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC de forma consistente con la jurisprudencia en la materia. La orden de investigación no incurre en déficit alguno en cuanto a la información debida sobre el alcance y el objeto de la investigación, circunscribiendo su actuación a una eventual vulneración del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas, infiriéndose de la lectura de la citada Orden que ni siquiera esta se remite a todo el contenido del artículo 1 de la LDC, sino que se limita a lo establecido en el artículo 1.1 y en concreto lo particulariza en el reparto de mercado e intercambios de información sensible en el mercado de la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras en España, a través de la manipulación de licitaciones realizadas por Administraciones Públicas desde al menos 2014.
- En cuanto a la **falta de concreción de los indicios con los que contaba la CNMC para ordenar la inspección**, considera la DC que no es necesario que la CNMC de traslado al investigado de todos los datos que estén a su disposición tal y como ha confirmado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 18 de septiembre de 2017. La DC recuerda que la inspección se ha realizado en fase de información reservada y que en esta fase no está obligada a dar una información más detallada, sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección. Lo que se exige a la DC es que aporte información suficiente al órgano judicial para que éste pueda contar con elementos de juicio suficientes que permitan fundar la procedencia de la entrada en el domicilio para la realización de la inspección, y esta exigencia ha sido satisfecha como pueda comprobarse de la lectura del Auto de 13 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid.

1.3 Alegaciones del recurrente

En su escrito de **alegaciones complementarias al referido informe de la DC, de 7 de febrero de 2019**, formulado tras el correspondiente acceso al expediente, FS afirma que no prestó el consentimiento para que los funcionarios de la CNMC accediesen a sus instalaciones y la posibilidad de realizar una lectura detallada asistida por abogados externos no excluye que el objeto de la OI adoleciera de una falta de concreción ni, aún menos, los pudiera subsanar.

Debido a que los inspectores de la DC exhibieron la autorización del juzgado de lo contencioso-administrativo junto con la orden, no resultó necesario que FS prestara su consentimiento al acceso, que por otra parte, tampoco fue denegado- sino que se limitó a acatar la orden exhibida por los inspectores.

En segundo lugar, FS manifiesta que la DC ignora la jurisprudencia más reciente, y en particular las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2019- Unesa- y de 27 de febrero de 2015-Transmediterránea, así como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2018, en el asunto Faurecia, citada por FS en su escrito de recurso, recurriendo en su informe a varias sentencias de la Audiencia Nacional ya superadas.

Asimismo, FS señala que la información proporcionada por la DC al juzgado de lo contencioso-administrativo no puede suplir los defectos de la orden de investigación que- en sí misma y sin necesidad de ser completada por la autorización judicial, debería cumplir con los requisitos del artículo 13.3 del RDC a riesgo de ser declarada nula. Es decir, la adopción por parte de la DC de una orden de investigación que no cumpla con tales requisitos implica, en sí misma, una vulneración de los derechos fundamentales de las empresas investigadas que ya no podrá ser subsanada por la autorización judicial posterior.

Por último, FS alega que los inspectores de la DC llevaron a cabo un interrogatorio en relación con el proceso de elaboración y presentación de ofertas en licitaciones, sin informar al empleado de los elementos relacionados con los hechos inspeccionados, no observándose las garantías necesarias.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por FS supone verificar si la orden de investigación recurrida y la subsiguiente actuación inspectora recurridas han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

Por ello, para el Tribunal Supremo “tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados”

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, la Sala debe evaluar si el acto recurrido por FS –es decir, la orden de investigación recurrida y la subsiguiente actuación inspectora- es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

A. Ausencia de indefensión.

Con carácter previo a la valoración de las alegaciones hechas por FS conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa¹:

“En suma, estamos en presencia de una transgresión de las normas formales configuradas como garantía, factor necesario e inexcusable pero no suficiente para diagnosticar la indefensión. Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión «material».”

Por lo tanto, debe comprobarse si la indefensión se ha producido y, de haberse producido, habría que comprobar si ha dado lugar a una indefensión material, en el sentido que acabamos de exponer.

Pues bien, respecto a la posible existencia de indefensión, esta Sala considera que ni la orden de investigación de 5 de diciembre de 2018 ni la posterior actuación inspectora de la DC han conculcado el derecho a la inviolabilidad del domicilio invocado por la recurrente.

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

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

FS alega que la orden de investigación no cumple el requisito de concreción establecido de forma consolidada por el Tribunal Supremo, lo que supone que la inspección se realizó en infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio de FS.

FS sostiene que la definición del mercado en que habrían tenido lugar las supuestas conductas anticompetitivas resulta extremadamente genérica, y que la definición de las conductas objeto de la inspección resulta extremadamente abierta. La recurrente cita en apoyo de su alegación las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos 2401/2011 (sentencia de 10 de diciembre de 2014, UNESA) y 1292/2012 (sentencia de 27 de febrero de 2015, Trasmediterránea), que considera que la DC ignora en su informe de 14 de enero de 2019.

El artículo 13.3 del RDC establece que la orden de investigación debe indicar *"el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma"*.

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

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

"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".

En el presente caso, esta Sala considera patente que la orden de investigación de 5 de diciembre de 2018 es adecuada y conforme a Derecho, pues precisa de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC de forma consistente con la jurisprudencia recaída en la materia.

En relación al objeto y finalidad, la citada orden indica que *"Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a información relacionada con la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos y/o prácticas concertadas de repartos de mercado así como intercambios de información comercial sensible por parte de FERROSER INFRAESTRUCTURAS, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A. en los sectores de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras en España"*, y por ello, *"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 y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos y/o prácticas concertadas de repartos de mercado así como intercambios de información comercial sensible en los sectores de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras en*

España. Estas prácticas se habrían instrumentado, entre otros, a través de la manipulación de licitaciones realizadas por Administraciones Públicas desde al menos 2014. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica".

Por tanto, coincide esta Sala con el informe de la DC en que la orden de investigación recurrida no incurre en déficit alguno en cuanto a la información debida sobre el objeto de la investigación.

Al contrario, la DC, conforme a lo estipulado en dicha orden, circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas, infiriéndose de la lectura de la citada orden que ni siquiera ésta se remite a todo el contenido del artículo 1 de la LDC, sino que lo limita a lo establecido en el artículo 1.1, y en concreto, lo particulariza en el reparto de mercado e intercambios de información sensible en el mercado de la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras en España, a través de la manipulación de licitaciones realizadas por Administraciones Públicas desde al menos 2014.

La orden recurrida identifica, por tanto, el mercado investigado (construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras) como la naturaleza de las conductas investigadas (repartos de mercado e intercambios de información comercial sensible, a través de la manipulación de licitaciones realizadas por Administraciones Públicas desde al menos 2014).

Por otro parte, la orden además de señalar el objeto y la finalidad de la inspección, cumplimenta el resto del contenido exigido por el artículo 13.3 del RDC pues se especificaban los sujetos investigados –FERROSER INFRAESTRUCTURAS, S.A. y FERROVIAL SERVICIOS, S.A.-, y la fecha en la que la inspección iba a practicarse -a partir del día 17 de diciembre, estando previsto que esta pueda continuar hasta el 19 de diciembre de 2018.

En cuanto a los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, se indica también en la citada orden que la investigación podría abarcar, entre otras, las siguientes actuaciones:

“-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 del Libro de Actas del Consejo o de los órganos directivos.

-La inspección de los documentos contractuales".

Y por lo que se refiere al alcance la orden expresamente explicita que la inspección persigue *“determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos y/o*

prácticas concertadas anticompetitivos y al contexto en el que se aplican, así como la identidad de todos los participantes” en las conductas investigadas

Por todo ello, esta Sala entiende que a la vista de la orden de investigación cuestionada debe concluirse que contenía de forma suficiente y adecuada el objeto, la finalidad y alcance de la inspección. Aunque la orden de investigación no alcance el grado de precisión y el detalle que reclama el recurrente en sus alegaciones, cumple plenamente con los parámetros señalados en el artículo 13.3 del RDC sin provocar en ningún momento ninguna indefensión, como demuestra la propia lectura del acta de inspección.

Las referencias de la recurrente a determinadas sentencias (las precitadas sentencias del Tribunal Supremo en los asuntos *Transmediterránea* y *UNESA*) se realizan sin ninguna contextualización, sin que resulten aplicables al caso. En orden de investigación recurrida, como ya se ha indicado, se delimitaba suficientemente el objeto, finalidad y ámbito de la investigación, de conformidad con la información existente.

En este sentido, no puede obviarse que el reproche del Tribunal Supremo en el caso *UNESA* se produjo porque el objeto y la finalidad de la inspección se concretaba por referencia a una resolución previa del Consejo, sin reproducir los elementos que configuraban dicho objeto y finalidad en la propia orden de investigación. Por lo tanto, el Tribunal Supremo lo que rechaza era la posibilidad de completar la orden de investigación por remisión a un acto externo, cuestión ésta que tampoco se plantea en el presente caso.

Por su parte, en el caso *Trasmediterránea* la orden de investigación sólo detallaba la existencia de una denuncia, pero sin especificar a qué aspecto de la actividad mercantil de las empresas inspeccionadas se refería. Asimismo, en dicho caso la orden de investigación aludía a una posible infracción a los artículos 1 y 2 de la LDC, sin mayor concreción. De la lectura de la orden de investigación recurrida por FS se deduce claramente que la inspección se limita a un determinado tipo de conductas de entre las recogidas en el artículo 1.1 de la LDC, sin ninguna alusión a las restantes conductas prohibidas por el citado artículo 1.1 ni a ninguna de las prácticas declaradas ilícitas por el artículo 2 de la LDC, lo que diferencia claramente el presente caso de la inspección anulada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2015 (recurso 1292/2012).

Pretender que la orden de investigación aporte una información exhaustiva y con amplio grado de detalle no es, por un lado, estrictamente necesario por la fase preliminar de la investigación en que se produce la inspección (diligencias previas). Por otro lado, resulta ciertamente dificultoso y en ocasiones imposible, pues justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es determinar con precisión muchos de los detalles de la conducta presuntamente ilícita, como la concreta duración o su exacto ámbito geográfico.

De este modo, y por lo que se refiere a la fase en que la actuación inspectora tiene lugar, esto es, en el ámbito de una información reservada sin que haya expediente incoado, conviene recordar la resolución de 9 de abril de 2015 de la Sala de Competencia (expediente R/AJ/004/15 Prosegur), donde se señalaba:

“Lo que no hace la Orden de Investigación recurrida es reflejar de forma detallada los datos y documentos que llevaron a la apertura de las diligencias previas DP/0044/14 y

condujeron a la actuación inspectora de la Dirección de Competencia. Dicha práctica es perfectamente ajustada a Derecho. Tal y como señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la Administración no está obligada en esta fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección".

Asimismo, al haberse realizado la inspección controvertida en el marco de una información reservada, sin expediente incoado, se ha producido en un momento en el que todavía no se ha producido la imputación formal de ninguna infracción. Este hecho es relevante a la hora de determinar el nivel de detalle exigible a la orden de investigación en lo que a la descripción de los hechos investigados se refiere, en el entendido de que, antes incluso de la incoación del expediente sancionador, el objetivo de la DC es recabar datos que le permitan determinar si *"la noticia de la posible existencia de una infracción"*, a la que se refiere el artículo 49.2 de la LDC se concreta en indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas.

Así lo recoge el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de enero de 2015 (recurso 5447/2011), en la que pone de manifiesto la importancia del contexto en el que se desarrolla la inspección, a la hora de valorar la concreción de la orden de investigación:

"En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento "de la posible existencia de una infracción". Es decir, la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas -en cuyo caso el artículo 49.1 LCD (RCL 1991, 71)- ordena incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada."

Más aún, no es hasta la formulación del correspondiente pliego de concreción de hechos (en adelante, PCH) cuando queda definida la acusación y las personas contra las que se dirige el procedimiento y, por tanto, será entonces cuando se defina con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se circunscriben las conductas investigadas, así como la duración de las mismas. De este modo, será únicamente tras la notificación del PCH cuando las empresas afectadas tengan los elementos de juicio necesarios para hacer valer plenamente su derecho de defensa en relación a la exacta determinación de tales parámetros. Aseverar esto no significa que no se imponga un control de legalidad efectivo de las inspecciones ya antes del PCH, ni que el derecho de defensa de las empresas afectadas no despliegue ningún efecto; significa que el control de legalidad de las inspecciones debe tener en cuenta el contexto en el que se insertan ponderando, además, el derecho de defensa de las empresas afectadas y el interés general en preservar el efecto útil de la propia inspección.

En relación con estas circunstancias, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, por remisión a la jurisprudencia de la Unión Europea, precisaba lo siguiente:

"(...) En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo

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

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (recurso 5447/2011), antes citada, afirmaba que:

"Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 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 (TJCE 1989, 30), Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)."

En todo caso, debe recordarse que la delimitación exacta del mercado -o la caracterización de todos sus elementos- no resulta imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, pues dicha delimitación no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir que son anticompetitivos por su objeto. Por ello, no puede exigirse a la autoridad de competencia una concreción en la delimitación del mercado al inicio de las investigaciones que no se exige cuando el expediente sancionador se resuelve. En el momento de una investigación, la identificación del mercado o sector investigado debe permitir a la empresa inspeccionada conocer el objetivo y finalidad de la inspección. La Sala considera que la identificación del *mercado de construcción, explotación y mantenimiento de carreteras*" incluida en la orden cumple debidamente con este requisito.

En virtud de lo expuesto, el motivo debe ser rechazado.

(2) Sobre la falta de concreción de los indicios con los que contaba la CNMC para ordenar la inspección.

Por lo que respecta a la alegación relativa a la ausencia de mención en la orden de investigación de los indicios que disponía la DC y con base a la cual se desarrolló la inspección, tal y como ha señalado esta Sala en numerosas ocasiones (por todas, resolución de 9 de abril de 2015, dictada en el expediente R/AJ/004/15 PROSEGUR), "lo

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

Este planteamiento es el contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 16 de enero de 2015 (recurso 5447/2011), precisa que:

“En este sentido debe tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las ordenes de Inspección “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 (TJCE 2010, 319) caso Conseil National de l’Prfre des Pharmaciens). En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento “de la posible existencia de una infracción”. Es decir, la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas -en cuyo caso el artículo 49.1 LCD (RCL 1991, 71)- ordena incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada. Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T-23/09 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 (TJCE 1989, 30), Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36).

Como expone la DC en su informe, la recurrente afirma que la orden de investigación impugnada incumple los requisitos legalmente y jurisprudencialmente establecidos en cuanto a su contenido, al no hacer referencia a la información de que dispone la Dirección de Competencia y con base en la cual se ha decidido ordenar la inspección, remitiéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2017 (recurso 1062/2017), asunto SEMI, y a la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2018 (recurso 404/2016, asunto Faurecia)

En el presente caso, esta exigencia de información requerida por el Tribunal Supremo ha sido satisfecha por la Dirección de Competencia, como puede comprobarse a través del citado auto de 13 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid, en el que expresamente se indica que “ la autorización solicitada se sustenta en una investigación que en modo alguno puede calificarse de

genérica, pudiéndose deducir indicios fundados de que en el lugar en el que se pretende la entrada se encuentra documentación relevante a los efectos de la comprobación que se pretende sobre un posible ilícito administrativo, estimándose proporcionada la invasión de la sede compartida de Ferroser Infraestructuras, S.A., y de Ferrovial Servicios, S.A".

Tal y como reconoce la propia recurrente en su escrito de alegaciones, al exponer que no prestó consentimiento a la orden de investigación recurrida, sino que *"se limitó a acatar la orden judicial exhibida por los inspectores"*, el citado auto de 13 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 12 de Madrid, fue debidamente notificado a la empresa y a sus representantes legales, sin que se produjera ninguna indefensión respecto de los aspectos señalados en el recurso.

En todo caso debe resaltarse, no es necesario que la CNMC dé traslado al investigado de todos los datos que estén a su disposición y así lo ha confirmado la AN, que en su sentencia de 18 de septiembre de 2017 (recurso 540/2014) expresamente ha indicado que:

"De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción".

Tal y como se ha expuesto, la inspección de la DC se desarrolló en fase de información reservada, como expresamente contempla el artículo 49.2 de la LDC, es decir, sin que haya expediente incoado y sólo una vez incoado el expediente los interesados podrán acceder a éste, por lo que la pretensión del recurrente de darle traslado de los indicios con los que contaba la DC en el momento de ordenar la inspección, y en concreto, respecto de la participación de FS en las conductas investigadas, no es procedente de acuerdo con la normativa vigente, si bien, si finalmente se incoa expediente sancionador, a partir de dicho momento el interesado tendrá acceso al expediente.

De acuerdo con lo anterior, la alegación debe ser desestimada, sin que la jurisprudencia invocada por la recurrente desvirtúe lo expuesto.

(3) Sobre la inobservancia de las garantías necesarias en relación con el interrogatorio a un empleado de FS.

Por último, en cuando a la alegación relativa a que los inspectores de la DC llevaron a cabo un interrogatorio en relación con el proceso de elaboración y presentación de ofertas en licitaciones, sin informar al empleado de los elementos relacionados con los hechos inspeccionados, no observándose las garantías legales necesarias, cabe señalar que el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC habilita a los inspectores a *"solicitar a cualquier representante o miembro 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”.

En el presente caso, tal y como consta en los apartados 39 y 40 del acta de inspección, el jefe del equipo de inspección solicitó a la empresa la posibilidad de establecer comunicación con el responsable de contratación de FERROSER al objeto de que informase sobre el proceso de elaboración y presentación de ofertas en las licitaciones de conservaciones de carreteras por parte de la empresa, así como de los departamentos y personas que participan en la misma.

A las 11. 45 los representantes de la empresa señalan que el Sr Martin está accesible para facilitar las explicaciones señaladas a través de conversación telefónica. El Jefe del equipo inspector mantiene dicha conversación telefónica en presencia de los abogados externos de la empresa, los cuales no formularon objeción alguna.

A la vista de lo anterior, en contra de lo manifestado por FS no puede sostenerse que la solicitud de explicación realizada por el jefe del equipo inspector a un empleado de la empresa, vulnerasen las garantías legales, por cuanto la misma se ciñó a hechos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección, en la que se investiga la posible participación de FS en prácticas anticompetitivas en los sectores de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras en España, a través de la manipulación de licitaciones realizadas por Administraciones Públicas desde al menos 2014.

En consecuencia, el argumento debe ser rechazado.

B. Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es *"aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En anteriores recursos planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia (entre otros expedientes R/0112/12, Grupo Lactalis Iberia; R/0141/13, AOP; R/0148/13, Renault; R/0149/13, BP España y R/DC/0001/14, Almendra y Miel) se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos señalados por el Tribunal Constitucional.

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

Así, el análisis desarrollado en el apartado anterior en relación a la total adecuación de la inspección realizada a la orden de investigación que la amparaba, sin que pueda deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio ni en la propia orden ni en la actuación inspectora, permite a esta Sala descartar igualmente la

existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente. De hecho, FS ni siquiera lleva a cabo una argumentación específica con respecto al mismo, por lo que el análisis de la Sala en este punto se considera innecesario.

En definitiva, el análisis de todos los elementos enumerados hace concluir a esta Sala que ni la orden de investigación ni la subsiguiente actividad inspectora de la DC han vulnerado los derechos de inviolabilidad del domicilio y de defensa de la recurrente, por lo que ninguno de los mencionados actos de la DC ha causado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

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

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A, y FERROVIAL SERVICIOS, S.A, contra la orden de investigación de 5 de diciembre de 2018 y la posterior actuación de inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia los días 17, 18 y 19 de diciembre de 2018.

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