



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN
(Expte. R/AJ/047/17, IMASA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/047/17, IMASA, por la que se resuelve el recurso presentado por IMASA, INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A. (en adelante, IMASA) contra la Orden de Investigación expedida el 23 de junio de 2017 por el Director de Competencia (DC) de la CNMC y las actuaciones de inspección desarrolladas al amparo de la misma los días 4 y 5 de julio de 2017 en la sede de la empresa en el marco de la información reservada S/DC/0612/17.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Orden de Investigación del Director de Competencia de 23 de junio de 2017 se autorizó la inspección en la sede de la empresa IMASA, INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A., por su posible participación en prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el mercado de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, en particular, en los sectores petroquímico y energético, consistentes en el reparto de proyectos licitados por sus clientes, incluyendo el intercambio de información comercial y técnica relativa a dichas licitaciones objeto de reparto.
2. Mediante Auto nº 32/17, de 29 de junio de 2017, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Oviedo, se autorizó judicialmente dicha inspección en la sede de IMASA, a ser desarrollada los días 4 y 5 de julio de 2017.

3. Los días 4 y 5 de julio de 2017, se llevaron a cabo tales actuaciones de inspección en la sede de IMASA, una vez recibidos por los representantes de la empresa la Orden de Inspección y el auto judicial mencionados y firmado el recibí correspondiente por el Director Jurídico de la misma.
4. El 18 de julio de 2017 tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC escrito de la representación de IMASA, de fecha 17 de julio de 2017, mediante el que interpuso el recurso administrativo previsto en el artículo 47 de la LDC contra la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 y las posteriores actuaciones de inspección de la Dirección de Competencia (DC). En el mismo alega que tanto una como otras vulneran de forma grave su derecho de defensa así como su derecho a la inviolabilidad del domicilio.
5. Con fecha 20 de julio de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por IMASA.
6. El 21 de julio de 2017 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por IMASA. En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación del recurso, en la medida en que la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
7. Con fecha 27 de julio de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de IMASA, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El 1 de agosto de 2017 la representación de la empresa recurrente tuvo acceso al expediente de referencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 del RDC, si bien no se han presentado alegaciones complementarias al recurso.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de octubre de 2017.
10. Es interesada en este expediente de recurso IMASA, INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A. (en adelante, IMASA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC contra la Orden de

Investigación expedida por el Director de Competencia el 23 de junio de 2017, por la que se autorizaba la inspección realizada en la sede de IMASA los días 4 y 5 de julio de 2017 y que es también objeto de recurso.

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

IMASA solicita del Consejo de la CNMC anular, revocar o dejar sin efecto la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017, así como las actuaciones inspectoras realizadas en su sede en ejecución de la misma, por cuanto considera que las mismas vulneran su derecho de defensa y a la inviolabilidad del domicilio.

IMASA basa su pretensión en dos fundamentos:

1. El objeto y la finalidad de la inspección recogida en la Orden de Investigación sería excesivamente amplio y genérico, lo que vulnera sus derechos de defensa y a la inviolabilidad del domicilio y la vicia de nulidad: la primera de las alegaciones de la recurrente en este sentido se fundamenta en el incumplimiento de la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria, dado que considera que la excesiva indefinición de la Orden de Investigación y el hecho de que pueda inducir a confusión le otorgan un carácter genérico e incompleto, no delimitado, que la vicia de nulidad.

IMASA explica que la Orden no es clara ni precisa, a su juicio, por los siguientes motivos:

- (i) Con respecto al mercado objeto de análisis: considera la recurrente que se trata de una orden abierta e ilimitada que le provoca incertidumbre e indefensión al incluir coletillas como "entre otros" y "en particular" que le impiden conocer exactamente las limitaciones de la actuación inspectora.

En relación con ello, IMASA alega que durante la inspección se copiaron documentos que previamente la recurrente había identificado como referidos a otros sectores de actividad.

- (ii) En relación con el ámbito temporal objeto de la inspección: IMASA señala que el mismo resulta confuso al incluirse la apostilla "al menos" delante de la acotación temporal. De este modo, indica que los inspectores copiaron e incautaron documentación fuera del marco temporal citado en la Orden, esto es, previa a 2010.
- (iii) En cuanto al ámbito geográfico: IMASA alega que, aunque en otros lugares de la Orden se hace expresa referencia al "reparto de proyectos licitados por

sus clientes en el territorio nacional”, dicho ámbito no se menciona de forma concreta cuando se alude al objeto de la investigación.

2. La actuación inspectora habría excedido los límites de la Orden de Investigación, siendo desproporcionada y contraria a Derecho, lo que vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio y la vicia de nulidad: IMASA alega que los inspectores se excedieron en sus funciones, revisando y copiando documentos que no guardaban relación con el objeto de la inspección en cuanto que:

- (i) no se correspondían con el mercado de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial;
- (ii) no guardaba relación con los sectores petroquímicos y/o energéticos;
- (iii) eran documentos previos al 2010; y
- (iv) no se referían al ámbito geográfico nacional.

IMASA entiende que sólo 56 de los 369 folios copiados pueden entenderse dentro del objeto de la Orden de Investigación, respondiendo el resto recabado a una actividad de pesquisas masivas, carente de amparo legal por no resultar *“útiles para esclarecer los concretos hechos investigados”*.

Finalmente, apunta IMASA la existencia de un error material consistente en que el número de correos electrónicos copiados que se hizo constar en el documento titulado “relación de copias digitales” facilitado por los inspectores al término de la inspección, no coincide con el número de correos realmente copiados.

En su **Informe sobre el recurso**, de 21 de julio de 2017, la DC considera que el recurso contra la Orden de investigación de 23 de junio y las actuaciones inspectoras desarrolladas entre los días 4 y 5 de julio de 2017 debe ser desestimado, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que la Orden de investigación y la sucesiva inspección en ningún caso han dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de IMASA.

La **DC** precisa su argumentación diferenciadamente respecto de las alegaciones formuladas por IMASA.

- En relación con la inspección realizada: señala la DC que se llevó a cabo de acuerdo con las facultades que la LCNMC le otorga, siguiendo la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 y el Auto judicial autorizador de entrada de 29 de junio de 2017, y contando con el consentimiento expreso a la práctica de la inspección del Director del Departamento Jurídico de la empresa.
- En cuanto a la búsqueda y selección de documentos: indica la DC que los inspectores informaron de que se centraría en los hechos mencionados en la Orden de Investigación basándose en criterios objetivos, proporcionados y relacionados con el objeto de la investigación y que el análisis y la selección de documentos sería objeto de sucesivas fases de filtrado tanto mediante la

inspección visual como con ayuda de criterios adicionales de búsqueda basados en el uso de palabras significativas que se entregarían al finalizar la inspección.

- Con respecto al objeto y delimitación de la Orden de Investigación: la DC manifiesta que la Orden indicaba cuál era el mercado investigado, la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, incidiendo en los sectores petroquímico y energético pero también que, dada su naturaleza –reparto de licitaciones de los clientes– podría afectar a clientes de otros sectores.
- En relación con la delimitación temporal: la DC expone que la información a la que tuvo acceso reflejaba que las prácticas constaban, al menos, a partir de 2010, lo que no obsta a que se hubieran iniciado con anterioridad.

Tras hacer referencia a diversas resoluciones tanto de la extinta CNC como de la CNMC y a jurisprudencia nacional y de la UE sobre la materia, la DC concluye que la Orden de Investigación delimitaba suficiente y adecuadamente el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección, así como la duración de la conducta, cumpliendo los requisitos del artículo 13.3 del RDC. Asimismo, afirma que el Auto judicial garantizaba el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente.

En cuanto al ejercicio desproporcionado y abusivo de la actividad inspectora alegado por la recurrente, la DC afirma que: (i) la documentación copiada no se incluye en ningún expediente en la medida en que éste no existe, dado que el objeto de la inspección es precisamente determinar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador; (ii) la información seleccionada se ajustó al listado de palabras clave que se entregó a la recurrente, sin que la DC haya informado aún a ésta del conjunto de documentación que se incorporará al expediente, por lo que no descarta que no se incorpore toda la documentación; (iii) recuerda que no existe peligro de divulgación en caso de documentos ajenos al objeto de la inspección, en la medida en que su calificación como ajena al objeto de la inspección puede ser solicitada y defendida en base a lo dispuesto en los artículos 42 y 47 de la LDC.

Por último, en relación con el error material alegado por IMASA, la DC lo constata y procede a la correspondiente rectificación.

IMASA no ha presentado alegaciones a este Informe de la DC.

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

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión en relación con el recurso interpuesto por IMASA supone verificar si la Orden de Investigación y la subsiguiente actuación inspectora recurridas han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no han producido indefensión ni perjuicio irreparable, a su desestimación.

I.- Ausencia de indefensión

IMASA alega que la Orden de Investigación no es clara ni precisa en relación con el mercado objeto de análisis, el ámbito temporal y el ámbito geográfico y, por tanto, al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa y jurisprudencia de aplicación, lesiona su derecho de defensa e inviolabilidad del domicilio y deviene en nula.

Esta Sala, en cambio, considera que la delimitación de la Orden de investigación de 23 de junio de 2017 es adecuada y conforme a Derecho, por los motivos que se exponen a continuación.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNMC¹, la indefensión debe ser entendida como *“una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*. De lo anterior, debe deducirse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”*, como sucede en el caso que nos ocupa².

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) habilita, en su artículo 27, a su personal funcionario a realizar inspecciones para la debida aplicación de la LDC. Entre las facultades que les asigna se encuentra la de acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas. Por su parte, el artículo 13.3 del RDC añade que, para proceder a una inspección, dicho personal presentará una autorización escrita del Director de Competencia que indique: *“el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, información 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”*. En la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 se cumplimentan todos estos requisitos.

De este modo, en relación con el objeto y la finalidad de la inspección, la Orden de Investigación del Director de Competencia, frente a lo expuesto por IMASA, es suficientemente clara: *“El objeto de la inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial en los sectores petroquímico y energético, consistentes en el reparto de proyectos licitados por sus clientes, e incluyendo el intercambio de información comercial y técnica relativa a los mismos (...) Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica”*.

¹ Entre otras muchas, cabe referir las Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) y de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral).

² SSTC 71/1984 y 64/1986.

IMASA alega al respecto que la inclusión de los términos “entre otros” que aparecen en el primer párrafo de la Orden “ha resultado ser una puerta abierta a que se investigue la actividad de mi representada en cualquier otro sector” y que en otras partes se sustituye por “en particular”, lo que le “confunde aún más”.

Al respecto, cabe señalar que en el primer párrafo de la citada Orden de Investigación se hace alusión expresa a que la DC ha tenido acceso a determinada información y es esa información a la que ha accedido la que se encuentra relacionada con prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios de montaje y mantenimiento industrial en los sectores petroquímico y energético, entre otros. Como indica la DC, es la propia naturaleza de las prácticas anticompetitivas investigadas la que no permite excluir otros sectores potencialmente afectados por las mismas, en la medida en que al tratarse de un reparto de licitaciones de los clientes que demandan los servicios de montaje y mantenimiento industrial, podrían verse afectados otros sectores adicionalmente al petroquímico y energético. Al hilo de ello, se recuerda que, en un momento tan inicial de la investigación, que ni siquiera forma parte del propio procedimiento sancionador, no se puede pretender que el órgano instructor aporte una información exhaustiva y con alto grado de precisión, pues eso es precisamente lo que persigue la propia investigación, encontrar pruebas que permitan al órgano instructor dilucidar acerca de si procede o no la incoación del procedimiento, de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC. De hecho, la Orden de investigación se pronuncia en estos mismos términos cuando hace referencia a que el objeto de la inspección es “verificar la existencia de actuaciones” anticompetitivas y “si los citados acuerdos se han llevado a la práctica”.

Recientemente, la Audiencia Nacional se ha manifestado en relación con la suficiencia de motivación y justificación de la orden de investigación en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, señalando:

“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”.

Volviendo a los requisitos exigidos por el artículo 13.3 del RDC, la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 concreta quiénes serán los sujetos investigados, indicando expresamente que la inspección habrá de realizarse “en la sede de IMASA, INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A., ubicada en Avda. de Gijón, 56, 33400, Avilés, Asturias”.

En relación con “los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección”, la Orden efectúa mención expresa a los mismos. De este modo, especifica los siguientes:

- «- *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».*

En cuanto a la fecha en la que la inspección había de practicarse, la Orden es clara al respecto *“a partir del 4 de julio de 2017, pudiendo continuar ésta hasta el 7 de julio de 2017”*.

Con respecto al alcance de la Orden de Investigación, ésta expone que la inspección persigue *“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 entidades implicadas”* en la coordinación de conductas para el reparto de licitaciones y añade que en caso de que se demostrara la existencia de tales conductas anticompetitivas, las mismas *“constituirían una infracción del artículo 1 de la LDC, de las más dañinas para la competencia ya que constituyen una infracción muy grave, que podría suponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*.

Por último, de conformidad con el artículo 13.3 del RDC, la Orden de Investigación hace referencia a las sanciones previstas en la LDC para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la CNMC *“de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (...) al margen de su consideración como agravante en la imposición, en su caso, de la multa correspondiente”*.

Esto es, el artículo 13.3 del RDC no exige información adicional a incorporar en la orden, por lo que, en vista de lo expuesto, debe considerarse que la Orden de Investigación recurrida cumple plenamente con los parámetros señalados en dicho precepto, de conformidad con los requisitos formales señalados por la jurisprudencia.

En relación con la interpretación jurisprudencial sobre la materia, la misma señala que la orden debe cumplir con unos requisitos de doble naturaleza: los formales, a los que ya hemos aludido, y los materiales. La sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2017 aclara que éstos persiguen garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada y para ello la orden deberá:

“describir las características básicas de la infracción en cuestión, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones”.

La Orden de Investigación controvertida se pronuncia igualmente sobre los mismos. Así, delimita: (i) el mercado de referencia, esto es, el mercado de servicios de montaje y mantenimiento industrial; (ii) los sectores afectados, a saber, los sectores petroquímicos y energéticos en particular; y (iii) la naturaleza de las presuntas infracciones: infracciones de los artículos 1.1 de la LDC y 101 del TFUE. Asimismo, la Orden aporta mayor número de detalles en la descripción de la infracción al señalar que las empresas podrían haberse puesto de acuerdo para el reparto de licitaciones de sus clientes incluyendo el intercambio de información comercial y técnica relativa a las mismas, materializándose dichos acuerdos a través de la concurrencia concertada a licitaciones, al menos, desde 2010 hasta la actualidad, habiendo mantenido contactos frecuentes, tanto por vía telefónica como por correo electrónico, habiendo incluso, celebrado reuniones con el objetivo de mantener su cuota de mercado. En consecuencia, la Orden de Investigación de 23 de junio de 2010 aporta datos más que suficientes como para considerarla ajustada a Derecho.

Como la propia recurrente alega, no existe exigencia legal alguna que establezca que ha de delimitarse el ámbito temporal de los hechos investigados. No obstante, la DC señala en su Orden de Investigación que las prácticas anticompetitivas habrían tenido lugar desde, al menos, 2010. IMASA alega que no se ha respetado esa delimitación temporal en la medida en que se han copiado e incautado documentos de fechas anteriores. Esta Sala considera, de acuerdo con la DC, que en esta fase inicial el órgano instructor tan sólo puede hacer referencia a lo que al mismo le consta, esto es, que ha tenido acceso a información que incardina las prácticas anticompetitivas, como mínimo, desde 2010. Es esta información a la que ha tenido acceso la que faculta que se lleven a cabo las inspecciones correspondientes en orden a dilucidar, entre otros, el propio ámbito temporal de las infracciones. Esto es así en la medida en que dicha información es información parcial, dado que en este momento de diligencias previas al procedimiento este dato relativo al ámbito temporal en el que la infracción ha tenido lugar no tiene por qué conocerse de forma exacta.

La Sala de Competencia se ha pronunciado³ sobre la dificultad de delimitar temporalmente la conducta, aludiendo a jurisprudencia de la UE:

“(...) esta Sala considera razonable que con anterioridad a la inspección no sea posible determinar con detalle absoluto desde cuándo podían haberse venido produciendo las prácticas investigadas y que, en la medida en que la información a la que ha tenido acceso la DC sitúa las conductas objeto de investigación, al menos en el año 1998, tal como indica en su Informe, resulte perfectamente adecuado que la Orden de Inspección delimite el ámbito temporal de forma

³ Resolución de 18 de mayo de 2017, expediente R/AJ/021/17 ALTADIS.

acorde, precisamente, por su coincidencia con la liberalización del mercado. En análogo sentido, la sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2014 (asunto Deutsche Bahn AG, párrafo 76) aclara: “[...] la Comisión no está obligada ni a efectuar una calificación jurídica precisa de las presuntas infracciones, ni a dar a conocer a la empresa todas las informaciones de que dispone, ni a indicar el período en el que tuvo lugar, a su juicio, la presunta infracción (sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 58)”.

El mismo argumento puede emplearse en relación con la alegación de IMASA sobre el ámbito geográfico en el que se habrían desarrollado las prácticas anticompetitivas. No obstante, la DC indica que las prácticas vienen referidas al reparto de proyectos licitados por sus clientes *“en el territorio nacional”*.

En palabras del Tribunal Supremo, en el ámbito de una información reservada no se dispone de información precisa y recabarla para completar los indicios existentes es el propio fin de la misma. Así lo indica en su sentencia de 16 enero de 2015:

“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 - 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, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)”.

En consecuencia, en contra de lo alegado por IMASA, no puede afirmarse que la Orden ahora recurrida vulnere los derechos de defensa de la recurrente, dado que el contenido de la misma, se reitera, coincide tanto con lo dispuesto en la normativa

vigente en materia de defensa de la competencia como con la interpretación jurisprudencial de la misma.

En relación con esta última, las referencias que efectúa la recurrente a la jurisprudencia de la UE devienen segadas, incompletas e imparciales. De este modo, si bien el Reglamento 1/2003 en su artículo 20.4 se refiere 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, ha sido la jurisprudencia europea la que ha matizado dicha previsión, efectuando determinadas precisiones. Así, la sentencia del STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P), mencionada por la recurrente, hace referencia a que la Orden de Investigación no puede contener de forma precisa determinada información porque de lo que se trata en ese momento es de verificar la misma. Se reproducen sus apartados 36 y 37:

“(36) 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 [...]”.

(37) En efecto, teniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, como ha señalado la Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]” (subrayado añadido).

Es en la imputación formal a realizar por la DC, esto es, en la formulación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH), donde el órgano instructor identificará con exactitud las prácticas investigadas, entidades imputadas y el mercado de producto y geográfico en el que se enmarcan las conductas, así como la duración de éstas. Por tanto, será tras su notificación cuando las imputadas puedan hacer valer su derecho de defensa en relación con la precisa delimitación de los extremos mencionados.

Sobre ello se manifiesta la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, por remisión a la jurisprudencia comunitaria:

“(...) 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)" (subrayado añadido).

Cabe añadir que IMASA ha accedido al presente expediente tras el informe de la DC a su recurso, no habiendo presentado la mercantil alegación complementaria alguna para refutar los argumentos del órgano instructor.

II.- Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*"⁴.

IMASA alega que los inspectores han interpretado la Orden de Investigación como abierta e ilimitada dando lugar al copiado y retención de documentos que se encuentran fuera del objeto de la inspección, por lo que la actuación inspectora fue desproporcionada y contraria a Derecho y vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente.

En anteriores recursos planteados frente a actuaciones inspectoras de las diferentes autoridades de competencia española⁵ se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional.

En dichos recursos se 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.

Del análisis desarrollado en el apartado anterior no se deduce que se haya producido vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio de IMASA ni en la propia Orden ni en la actuación inspectora desarrollada en conformidad a la misma, lo que

⁴ Por todos, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009.

⁵ Entre otros, expedientes R/0112/12, GRUPO LACTALIS IBERIA; R/0141/13, AOP; R/0148/13, RENAULT; R/0149/13, BP ESPAÑA, R/DC/0001/14, ALMENDRA Y MIEL y R/AJ/21/17 ALTADIS.

permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente, por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, cabe hacer mención a que el acceso a la sede de IMASA fue consentido. Así lo muestra la firma del “recibí” de la Orden de Investigación por parte del Director del Departamento Jurídico de la empresa, accediendo a la práctica de la inspección, tal y como recoge el apartado 23 del Acta de Inspección. Pero es que, además, los inspectores recabaron autorización judicial para ello, habiéndose entregado el Auto autorizador de entrada a la representación de IMASA junto a la propia Orden de investigación. El Auto de 29 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Oviedo autoriza la entrada de los funcionarios de la CNMC en la sede de IMASA, al cumplirse los presupuestos legales y jurisprudenciales para ello, como el propio auto señala, y se remite a lo establecido en la Orden de Investigación. De este modo, quedó plenamente garantizado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de IMASA, tal y como manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2015.

“[e]n cualquier caso, existiendo auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, aun cuando finalmente no fuera preciso al existir consentimiento de la empresa a la inspección quedó plenamente garantizado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”.

Asimismo, ha de añadirse que, previamente, a la firma del “recibí” de ambos documentos, Orden de investigación y Auto judicial, el Director del Departamento Jurídico de IMASA fue debidamente informado del objeto y del contenido tanto de la Orden de Investigación como del Auto judicial, con lo cual la firma se produjo con pleno conocimiento del alcance de la inspección y sin que se presentara observación alguna al respecto. Observaciones que tampoco se presentaron en el momento de la firma del Acta de Inspección, ni durante el desarrollo de la inspección, como acredita el Acta de Inspección, a pesar de que el Director del Departamento Jurídico de IMASA estuvo físicamente presente en la misma durante los dos días en los que se llevó a cabo.

Por otro lado, IMASA alega que la actuación inspectora fue desproporcionada y abusiva, de modo que los inspectores excedieron los límites de la Orden de Investigación, copiando y reteniendo documentación que se encontraba fuera del objeto de dicha Orden.

Consta en el Acta que los representantes de IMASA fueron informados, antes de iniciarse la inspección, de que el análisis y selección de documentos se trata de un proceso que consta de diferentes fases, siendo en la primera de ellas donde se precisa la colaboración de la empresa, tanto en el despacho como en los ordenadores (apartado 31 del Acta de Inspección). Asimismo, durante toda la inspección se hallaron presentes tanto las personas inspeccionadas o sus representantes como el abogado interno de la empresa, incorporándose la abogada externa de IMASA el día 5 de julio. Es más, se solicitó la colaboración de los mismos en orden a localizar e identificar documentos que pudieran relacionarse con la intimidad de las personas o contenerse

en las comunicaciones abogado-cliente, como queda de manifiesto en el apartado 36 del Acta de Inspección. Por tanto, todos ellos pudieron realizar, durante el tiempo que duró la inspección, las observaciones pertinentes en relación con los documentos que consideraran ajenos al objeto de la inspección, sin que en el Acta conste que las mismas se produjeran. De hecho, el abogado interno tan sólo hizo referencia a determinados “acuerdos de confidencialidad con clientes y tecnólogos proveedores” que recogían compromisos en relación con el “acceso y recabación de información tecnológica sensible confidencial por parte de terceros”. En relación con ellos, los inspectores le informaron que no recabarían ese tipo de información sino únicamente aquella relativa al objeto de la inspección, solicitando la ayuda de la empresa para ubicar e identificar aquella, con la finalidad de no acceder a ella ni copiarla, tal y como consta en los apartados 41 y 42 del Acta de Inspección.

Del mismo modo, el equipo inspector grabó la información recabada en presencia de los representantes legales de la empresa, entregó a éstos una copia de la misma, adjuntó al acta de la inspección una relación de dichos documentos -que fue cotejada por los representantes de la empresa- y les facilitó una relación de las palabras significativas que habían utilizado como apoyo a la selección de los documentos. Por tanto, los representantes legales de IMASA tuvieron conocimiento de los documentos, tanto impresos como electrónicos, recabados en la inspección.

Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que la DC también informó a los representantes de IMASA de que procedería a la devolución de los documentos retenidos en el plazo máximo de 10 días, tal y como dispone el artículo 27.2.d) de la LCNMC. Devolución que se materializó antes de cumplirse el plazo mencionado, el 13 de julio de 2017.

Igualmente, los inspectores, tal y como consta en el acta, procedieron al borrado de toda la información intermedia recabada durante la inspección e informaron a los representantes de IMASA de que los equipos informáticos y dispositivos de almacenamiento de información que utilizaron durante la inspección se encontraban dotados de un sistema de cifrado que impedía el acceso de terceros. Adicionalmente, la empresa fue informada de que la documentación sólo podía ser utilizada por la CNMC para las finalidades previstas en el LDC y la LCNMC y que sobre las partes en un expediente recae un específico deber de secreto, en función de lo estipulado por el artículo 43 de la LDC.

A todo lo anterior ha de añadirse que los inspectores también informaron a los representantes de IMASA que la información recabada tendría cautelarmente carácter confidencial y que no sería incorporada al expediente público hasta que no se decidiera sobre este extremo. En relación con ello, el artículo 42 de la LDC permite a IMASA solicitar, en cualquier momento del procedimiento, que se mantengan secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales.

Finalmente cabe señalar, en primer lugar, que tal y como el Tribunal Supremo ha reconocido, la mera copia de determinados documentos que, posteriormente, puedan

no considerarse útiles para la instrucción no constituye una actuación desproporcionada de la instrucción. Así en su sentencia de 25 de febrero de 2003 se indica:

“al tratarse de unos documentos incorporados a un soporte informático es evidente que no se puede delimitar, en el plazo perentorio de un registro, qué es lo que afecta a la investigación y qué cosas son ajenas a la misma”.

Y, en segundo lugar, cabe hacer referencia a la falta de motivación de la recurrente en relación con el perjuicio irreparable que le ocasiona la copia de los documentos, dado que se limita a identificar numéricamente los mismos y a señalar, sobre sus propios parámetros, la naturaleza ajena al objeto de la Orden de Investigación de 313 de ellos de un total de 369. No obstante, como expone la Resolución de la extinta CNC de 23 de septiembre de 2013⁶, confirmada por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 21 de julio de 2016, el que la DC tenga en su poder documentos ajenos al objeto de la inspección no implica necesariamente vulneración alguna de un derecho fundamental:

“el que la Dirección de Investigación tenga en su poder determinados documentos que no pueden ser usados para fundar una imputación como autor de una infracción de la LDC, no quiere decir que se haya vulnerado un derecho fundamental. En nuestro ordenamiento jurídico la simple tenencia de información por un funcionario debidamente autorizado en ejercicio de una potestad atribuida por Ley no es constitutivo de vulneración de derecho fundamental, es necesario que además dicha información se dedique a fines ilícitos o se divulgue indebidamente”.

Todo lo expuesto evidencia, pues, que la inspección recurrida se desarrolló conforme los estándares de procedimiento legalmente previstos y habituales. Por tanto, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 y la subsiguiente actuación inspectora, en las que se fundamenta el presente recurso, hayan causado perjuicio irreparable a los derechos de IMASA.

En consecuencia, 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,

⁶ Expediente R/0148/13 Renault.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por IMASA, INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A. (IMASA) contra la Orden de Investigación de 23 de junio de 2017 y la posterior actuación inspectora de la Dirección de Competencia desarrollada entre los días 4 y 5 de julio de 2017 en la sede de dicha empresa.

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