



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/113/18, MEGASA

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 14 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/113/18, MEGASA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por METALÚRGICA GALAICA, S.A y MEGASA SIDERURGICA, S.L contra la orden de investigación expedida el 20 de noviembre de 2018 por la Directora de Competencia y la actuación inspectora posterior llevada a cabo en la sede de la empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por orden de la Directora de Competencia de 20 de noviembre de 2018 se autorizó la inspección de la sede de las empresas METALÚRGICA GALAICA S.A. y MEGASA SIDERÚRGICA S.L por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 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 el *“mercado de compra de chatarra para la producción de acero, consistente en la coordinación de su comportamiento para fijar los precios de compra de dicho producto a sus suministradores”*.
2. Mediante auto 79/2018 de 26 de noviembre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol, se autorizó judicialmente la inspección en la sede de

las empresas METALÚRGICA GALAICA S.A y MEGASA SIDERÚRGICA S.L. ambas pertenecientes al grupo MEGASA.

3. Con fecha 27 de noviembre 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 20 de noviembre de 2018 y el auto 79/2018 de 26 de noviembre de 2018 que autorizaba la inspección.
4. Las actuaciones de inspección se prolongaron hasta el 28 de noviembre de 2018, a las 14:47 horas, 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)
5. Con fecha 12 de diciembre de 2018 la representación de METALÚRGICA GALAICA S.A, y MEGASA SIDERÚRGICA S.L (en lo sucesivo MEGASA) interpuso recurso administrativo ante la CNMC, contra la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 y la actuación inspectora realizada al amparo de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC.
6. Con fecha 17 de diciembre de 2018, 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 MEGASA.
7. Con fecha 20 de diciembre de 2018, 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 20 de noviembre 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 acta de la inspección desarrollada los días 27 y 28 de noviembre de 2018.
8. Con fecha 9 de enero de 2019 la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de MEGASA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. El día 10 de enero de 2019 la representación de MEGASA tuvo acceso al expediente.
10. El día 30 de enero de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementaria de MEGASA.
11. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 14 de marzo de 2019.
12. Son interesadas en este expediente de recurso METALURGICA GALAICA, S.A y MEGASA SIDERÚRGICA. S.L. (en adelante, MEGASA).

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 20 de noviembre de 2018 y la posterior inspección realizada al amparo de la misma en la sede de Metalúrgica Galaica S.A y Megasa Siderúrgica, el 27 de noviembre de 2018.

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, MEGASA solicita al Consejo de la CNMC la anulación de la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018, así como de las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma, devolviendo a la mercantil todos los documentos recabados en la inspección y absteniéndose de utilizarlos en las DP/002/18 o en cualquier otro procedimiento que la CNMC pudiera eventualmente incoar.

La recurrente sostiene que la orden y la actuación inspectora en la sede de MEGASA vulneran su derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio consagrado por el artículo 18.2 de la Constitución infringiendo igualmente los artículos 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y 13.3 del RDC.

MEGASA basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

- (1) La orden genera indefensión y un perjuicio irreparable por cuanto no cumple con los requisitos legalmente y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección, no haciendo referencia alguna a la información de la que dispone la Dirección de Competencia y con base a la cual se ha decidido ordenar la inspección.**
- (2) La orden generó un perjuicio irreparable a MEGASA al no concretar adecuadamente el ámbito de actuación de la investigación, en particular el mercado en que se desarrollan las actividades investigadas.**
- (3) La actuación inspectora causó una evidente indefensión a MEGASA al imposibilitar que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetase el objeto y el alcance de la orden y el deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas, impidiendo revisar las pantallas de los inspectores.**
- (4) La actuación inspectora causó indefensión a MEGASA al recabarse documentos ajenos a los indicios que motivaron la autorización judicial de la inspección de la Dirección de Competencia.** Señala la recurrente que un 56,91% de los

correos recabados son anteriores a 2015, contraviniendo el auto de 26 de noviembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol, dado que los indicios en los que se basó la investigación de la DC y por los que el juzgado autorizó la entrada en el domicilio social de MEGASA tendrían su inicio en 2015, lo que lleva a la inequívoca conclusión de que los inspectores realizaron una *fishing expedition*, que, por ende, debe ser anulada.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 20 de diciembre de 2018, 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 MEGASA.

- Por lo que respeta a la alegación relativa a la **ausencia de determinación en la orden de investigación de los indicios, objeto, finalidad y ámbito temporal y geográfico de la inspección, así como de la información de la que dispone la DC y con base a la cual se ha decidido ordenar la inspección**, la DC sostiene que la orden ha delimitado suficientemente el objeto y la finalidad de la inspección, concretando la naturaleza de las conductas investigadas (fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero a sus suministradores de chatarra), como al mercado investigado (mercado de compra de chatarra para la producción de acero).

La orden además de señalar los sujetos investigados y la fecha en que la inspección va a practicarse, explicita que la inspección persigue “*determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivos y al contexto en que se aplican, así como la identidad de todos los participantes*” en la conductas investigadas, por tanto la orden de investigación cumple los requisitos previstos en el artículo 13.3 del RDC al identificar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección.

- Por lo que respecta a la **información disponible y con base a la cual se ha ordenado 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.
- En cuanto a la **delimitación temporal de los hechos objeto de investigación**, señala la DC que el artículo 13.3 del RDC no establece que haya de delimitarse el ámbito temporal de los hechos investigados. Si bien es cierto, que el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Ferrol hace referencia a prácticas anticompetitivas que tendrían lugar desde, al menos 2015, sin embargo esta referencia temporal en el auto no se establece como límite temporal, sino que simplemente reproduce la información trasladada al juez y así se señala que la información a la que ha tenido acceso la CNMC se remite a prácticas anticompetitivas que se vendrían realizando, al menos, desde 2015, sin que por tanto se prejuzgue que éstas se realizaran anteriormente.

- En relación a la alegación relativa a la indefensión producida a MEGASA, al **impedir el equipo inspector que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetase el objeto y el alcance de la orden y el deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas**, la DC indica que tal y como consta en el párrafo 44 del acta de inspección se comunicó a los abogados externos de la empresa que podrían estar presentes en la sala donde se encontraban los inspectores mientras estos trabajaban pero sin acceder a las distintas herramientas de trabajo utilizadas, ya que su conocimiento podría interferir en el desarrollo de la propia inspección. Señala la DC que sobre el acceso a estas herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector se ha pronunciado la CNMC en diferentes resoluciones, las cuales han sido confirmadas por la Audiencia Nacional, entre otras en sus sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014, declarando la inexistencia de indefensión.

En su escrito de **alegaciones complementarias al referido informe de la DC de 30 de enero de 2019**, formulado tras el correspondiente acceso al expediente, MEGASA reitera los argumentos ya expuestos en su recurso.

La recurrente mantiene que la orden y la actuación inspectora desarrollada en la sede de MEGASA vulneraron su derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio consagrado por el artículo 18.2 de la Constitución infringiendo igualmente los artículos 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y 13.3 del RDC.

En consecuencia, MEGASA solicita a la Sala de Competencia que anule la orden y la actuación inspectora llevada a cabo por los funcionarios de la DC en la sede de MEGASA, devuelva todos los documentos recabados durante la inspección y se abstenga de utilizarlos en la información reservada bajo la referencia S/DC/0565/15 o en cualquier otro procedimiento que la CNMC pudiera eventualmente incoar.

Adicionalmente, MEGASA solicita que se le dé traslado del escrito de la Comisión recibido por la DC y de cualquier otra información que haya dado lugar a las diligencias previas tramitadas bajo el número 0002/18.

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 MEGASA 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.

A. Ausencia de indefensión.

Con carácter previo a la valoración de las alegaciones hechas por MEGASA para sostener que la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 y la posterior actuación inspectora desarrollada a su amparo por la DC, le ha producido indefensión, 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 alegada por MEGASA 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 alegada por MEGASA, esta Sala considera que ni la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 ni la posterior actuación inspectora de la DC han conculcado el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni el derecho de defensa invocados por la recurrente.

(i) Sobre el incumplimiento de los requisitos legalmente y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección y la falta de concreción del ámbito de actuación de la investigación.

MEGASA alega que la orden de investigación no cumple con los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección. Asimismo, sostiene que la orden no concreta adecuadamente el mercado afectado.

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.

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

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 20 de noviembre 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 *“La CNMC dispone de información según la cual empresas de los Grupos ARCELORMITTAL, CELSA y MEGASA habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de compra de chatarra para la producción de acero, consistente en la coordinación de su comportamiento para fijar los precios de compra de dicho producto a sus suministradores”, 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 anticompetitivos para la fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero. 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 no incurre en déficit alguno en cuanto a la información debida sobre el alcance y 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 se limita a la *“fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero”*.

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.

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".

Asimismo, la orden en contra de lo alegado por el recurrente, determina con claridad que el mercado investigado es el de “*compra de chatarra para la producción de acero*”. Aunque en su escrito de recurso y en sus alegaciones la recurrente afirme repetidamente que la orden impugnada refería la investigación a desarrollar al “*mercado para fijar los precios de compra a sus suministradores de chatarra*”, lo cierto es que la citada orden reitera expresamente en dos ocasiones en su segunda página que las conductas que se investigan son prácticas anticompetitivas en el “*mercado de compra de chatarra para la producción de acero*”.

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.

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, 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, 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 la delimitación exacta del mercado 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 compra de chatarra para la producción de acero*” incluida en la orden cumple con este requisito, sin que pueda considerarse un mercado de menor precisión que los mencionados por MEGASA en su recurso basados en precedentes anteriores de las autoridades de competencia.

En cuanto a la delimitación temporal de los hechos objetos de investigación, cabe señalar que el artículo 13.3 del RDC no establece exigencia legal alguna de delimitar el ámbito temporal de los hechos investigados. Es cierto que en el auto de autorización de entrada se hace referencia a prácticas anticompetitivas que tendrían lugar desde, “*al menos, 2015*”. Sin embargo, esta referencia temporal en el auto no se establece como límite temporal, sino que simplemente reproduce la información trasladada al juez y así, se señala que la información a la que ha tenido acceso la CNMC se remite a prácticas anticompetitivas que se vendrían realizado, al menos, desde 2015, sin que por tanto tampoco se prejuzgue que éstas se realizaran anteriormente.

Esta Sala considera razonable que con anterioridad a la inspección no sea posible determinar con un detalle absoluto desde cuando podían haberse venido producido 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 desde 2015, tal y como indica la DC en su informe, resulta perfectamente adecuado que la orden de investigación delimite el ámbito temporal de esta forma.

Precisamente para verificar tanto la naturaleza de esos supuestos hechos anticompetitivos como su duración temporal se ha solicitado autorización judicial de entrada para realizar una inspección en la sede de las empresas que estarían implicadas en dichos hechos y dilucidar así, entre otros elementos, el propio ámbito temporal de la posible infracción.

En análogo sentido, la sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2013 (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).”

Con respecto a la delimitación del ámbito geográfico de la conducta investigada en la orden de investigación, cabe alcanzar una conclusión similar. Así, dicho ámbito geográfico quedó definido en el auto 79/2018 de 26 de noviembre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol por el que se autorizó la entrada de acuerdo con la información proporcionada por la propia Dirección de Competencia. Habiéndose notificado dicho auto a MEGASA al mismo tiempo que la orden de investigación impugnada (párrafo 15 del acta de inspección), la empresa tuvo conocimiento desde el primer momento de la citada información.

(ii) Sobre la ausencia de referencia en la orden impugnada a la información de la que dispone la DC.

Por lo que respecta a la alegación relativa a la ausencia de mención en la orden de investigación de la información concreta de la 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 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’Ordre 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).

En el presente caso, esta exigencia de información ha sido satisfecha por la Dirección de Competencia, como puede comprobarse a través del citado auto de 26 de noviembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Ferrol, en el que expresamente se indica que *"la orden se dicta como consecuencia de la información remitida a dicho organismo público por la Comisión Europea"*, tal y como por otra parte se indicaba en la solicitud de autorización de entrada presentada ante el citado Juzgado por parte de la Abogacía del Estado.

Así pues, 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 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 del escrito de la Comisión Europea que dio origen a la investigación, así como de cualquier otra información recibida que haya dado lugar a las diligencias previas, 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 rechazada.

- (iii) La actuación inspectora causó indefensión al imposibilitar que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetase el objeto y el alcance de la orden y el deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas, impidiendo revisar las pantallas de los inspectores.**

Las alegaciones de la recurrente vinculadas a la pretendida indefensión producida se sustentan en la afirmación de que no se permitió a los abogados externos de MEGASA

visualizar las pantallas de los ordenadores de los inspectores, impidiendo verificar si la labor inspectora se adecuaba al objeto, alcance y finalidad de la inspección.

Sin embargo, esta Sala ha podido comprobar que en el párrafo (44) del Acta de Inspección se constata que los inspectores comunicaron a los abogados externos de la empresa que podrían estar presentes en la sala donde se encontraban los inspectores mientras éstos trabajaban, pero sin acceder a las distintas herramientas de trabajo utilizadas, ya que su conocimiento podría interferir en el desarrollo de la propia inspección.

Y en el párrafo (45) se señala que mediante conversación telefónica, el abogado externo de la empresa comunicó al jefe del equipo inspector que consideraba que la empresa y sus abogados externos deberían poder visualizar las pantallas de los ordenadores en los que los inspectores estaban seleccionando los documentos relacionados con el objeto de la inspección, con el fin de que la empresa pudiera verificar que realmente se atienen al objeto de la inspección, tras lo cual el jefe del equipo inspector le trasladó lo ya indicado a los abogados externos presentes en la empresa. De acuerdo con este mismo párrafo (45) se acredita que tanto el representante de MEGASA como los abogados externos continuaron presentes durante el resto de la inspección en la sala de trabajo del equipo inspector, aunque sin visualizar directamente las pantallas de los ordenadores de los inspectores.

Sobre el acceso a las herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector, la CNMC se ha pronunciado en diferentes resoluciones declarando la inexistencia de indefensión, extremo este que ha sido confirmado por la Audiencia Nacional, entre otras, en sus sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014:

"A la vista de ello, no puede prosperar la alegación actora de que se impidió a sus abogados o representantes estar presentes durante la revisión documental, lo que a su vez habría impedido que RENAULT no pudiera "controlar a qué documentos electrónicos estaban accediendo los inspectores del CNC, pues no podía supervisar y verificar el trabajo de selección y filtrado de los funcionarios de la CNC". Con tal modo de razonar la recurrente pretende desconocer la indicación expresa de los Inspectores actuarios de permitirles en todo caso estar presentes en la sala donde se llevaba a cabo la revisión documental. Pero es que, además, una cosa es que la necesaria efectividad de las facultades de investigación de la CNMC requiera que se adopten medidas tendentes a preservar las técnicas y los procedimientos informáticos utilizados y otra muy distinta la libre y voluntaria decisión de los abogados de RENAULT de abandonar la sala de filtrado de la información recabada, estancia en la que todo momento pudieron haber permanecido para la máxima efectividad y garantía del derecho de defensa invocado".

A este respecto, debe recordarse, tal y como se precisa en el párrafo (55) de la citada acta de inspección, que únicamente se obtuvieron copias de archivos digitales de tres personas de la empresa investigada, en concreto, del CEO, la responsable de compra de chatarra y el director de compras de chatarra. Dicha actuación extremadamente limitada acredita, en primer término, que la actuación inspectora no constituyó en ningún caso una *fishing expedition*. Pero, además, posibilitaba que los abogados internos o externos de la empresa mantuvieran en todo momento el control sobre la documentación recabada por el equipo inspector durante el registro domiciliario y no tuvieran ningún impedimento para desarrollar cuantas verificaciones consideraran necesarias sobre la

documentación original, al margen de su pretensión de visualizar directamente las pantallas de los ordenadores del equipo inspector durante la selección final de dicha documentación.

No puede obviarse que la fuente o archivo digital original de la documentación electrónica recabada continuaba en poder de la propia empresa, lo que permitía identificar cualquier documento privilegiado, personal o ajeno al objeto de la inspección con mayor celeridad que los propios inspectores para poder señalarlo específicamente ante estos. Del mismo modo, debe subrayarse que los párrafos (35), (38) y (42) del acta de inspección acreditan que, antes de proceder a cualquier verificación, los inspectores solicitaron expresamente a las personas investigadas que identificasen la documentación afectada por la confidencialidad abogado-cliente o de carácter personal que pudiera hallarse entre los archivos digitales que se iban a inspeccionar, siendo descartados los documentos abogado-cliente que fueron identificados por uno de los directivos de la empresa, así como la documentación de carácter personal que se localizó en dicho momento.

Por todo ello, la actuación inspectora desarrollada por la CNMC no pudo causar ninguna indefensión a MEGASA ni imposibilitó que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetaba el objeto y el alcance de la inspección y, en concreto, el deber de confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, como argumenta el recurso presentado. Dicha labor no puede circunscribirse, como pretende la recurrente, a la mera revisión de las pantallas de los ordenadores donde los inspectores realizan la última revisión de la documentación a inspeccionar, sino que debe desarrollarse a lo largo de toda la inspección y en este caso, pudo realizarse sin ninguna cortapisa. A la vista de cómo se desarrolló la misma los abogados internos y externos de la empresa dispusieron de suficientes medios y herramientas para realizar dicha verificación y advertir en todo momento a los inspectores de los archivos digitales que pudieran resultar ajenos al objeto de la inspección o privilegiados por la confidencialidad abogado-cliente.

En virtud de todo lo expuesto, el argumento debe ser desestimado.

(iv) La actuación inspectora causó indefensión a MEGASA al recabarse documentos ajenos a los indicios que motivaron la autorización judicial de la inspección de la DC.

MEGASA sostiene que la actuación inspectora le causó indefensión al recabarse documentos ajenos a los indicios que motivaron la autorización judicial de la inspección de la Dirección de Competencia. Señala la recurrente que un 56,91% de los correos recabados son anteriores a 2015, contraviniendo el auto de 26 de noviembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol, dado que los indicios en los que se basó la investigación de la DC y por los que el juzgado autorizó la entrada en el domicilio social de MEGASA tendrían su inicio en 2015, lo que lleva a la inequívoca conclusión de que los inspectores realizaron una *fishing expedition*, que, por ende, debe ser anulada.

Pues bien, en contra de lo manifestado por la recurrente, esta Sala considera que la recopilación de documentación anterior al año 2015, en modo alguno vulneró el auto de 26 de noviembre de 2018. Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Ferrol hace referencia a prácticas

anticompetitivas que tendrían lugar desde “*al menos, 2015*”. Sin embargo, esta referencia temporal en el auto no se establece como límite temporal, sino que simplemente reproduce la información trasladada al juez por la DC. La mención, pues, es puramente descriptiva de los indicios que justifican la inspección. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

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, MEGASA 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 METALÚRGICA GALAICA, S.A y MEGASA SIDERURGICA S.L contra la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 y la posterior actuación de inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia el 27 de noviembre 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.