



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/030/20, METALÚRGICA GALAICA, S.A.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 23 de julio de 2020

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 por la que se resuelve el recurso interpuesto por METALÚRGICA GALAICA, S.A. contra la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 y la actuación inspectora realizada los días 3 a 5 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de marzo de 2020 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por METALÚRGICA GALAICA, S.A. (en adelante, MEGASA), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 y la actuación inspectora realizada los días 3 a 5 de marzo de 2020.
2. Con fecha 18 de marzo de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (**DC**) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por MEGASA.

3. Con fecha 25 de marzo de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procedía desestimar el recurso interpuesto por MEGASA.
4. Por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19. Su disposición adicional tercera dispuso la suspensión de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, por lo que el plazo para resolver el presente recurso quedó suspendido.
5. La disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, derogó con efectos desde el 1 de junio dicha disposición adicional tercera, por lo que el 1 de junio de 2020 se reanudó el plazo máximo para resolver el presente procedimiento.
6. Con fecha 4 de junio de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a MEGASA un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 25 de marzo de 2020.
7. Con fecha 25 de junio de 2020, MEGASA remitió el escrito de alegaciones al informe de la DC de 25 de marzo de 2020.
8. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 23 de julio de 2020.
9. Es interesada en este expediente de recurso: METALÚRGICA GALAICA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

MEGASA promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución contra la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 y la actuación inspectora realizada en su sede los días 3 a 5 de marzo de 2020, bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

1.1. Motivos del recurso

La recurrente alega que la orden de investigación recurrida trae causa de una inspección anterior realizada los días 27 y 28 de noviembre de 2018 en su sede de Narón (La Coruña), recurrida ante la Audiencia Nacional (AN) y aún pendiente de resolución,

repitiéndose en la orden e inspección analizados en el presente recurso los mismos motivos que le llevaron a recurrir aquélla.

Así, considera que la orden de investigación y la actuación inspectora objeto del presente recurso vulneran su derecho fundamental a la inviolabilidad del 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 conforme a la interpretación hecha por el Tribunal Supremo (TS). Alega MEGASA que la orden de investigación no hace referencia alguna a la información a partir de la cual se ha ordenado la inspección, si bien del contenido del auto judicial parece inferirse que la misma deriva de una comunicación de la Comisión Europea, por lo que esta divergencia entre ambos es contraria a los principios de lealtad, buena fe y transparencia que deben regir la actuación administrativa.

En cuanto a los motivos por los que considera que la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 no cumple con las exigencias legales previstas expone:

- (i) **No se define ningún periodo temporal** en el que las supuestas prácticas tuvieron lugar, lo que permitió a los inspectores de la CNMC revisar documentación sin límite temporal alguno, **ni se indica el ámbito geográfico a investigar**. Dichas omisiones en la Orden de investigación son, según la recurrente, contrarias a la jurisprudencia del TS, tachando a la inspección de aleatoria o *fishing expedition*.
- (ii) **Tampoco se concreta adecuadamente el ámbito de actuación de la investigación**, en particular el mercado en el que se desarrollan las actividades investigadas, realizando una definición tan amplia y genérica que le genera **un perjuicio irreparable e indefensión**.

Por último, considera la recurrente que la actuación inspectora le causó una evidente **indefensión** al imposibilitar que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetaba el objeto y alcance de la orden y el deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas o personales. En concreto señala que al **no poder visualizar sus abogados externos las pantallas de los inspectores** se les impidió indicar qué información tenía carácter privado, privilegiado o era ajena al objeto de la investigación y **al no aplicar filtros excluyentes ex ante**, no pueden descartar que los inspectores de la CNMC hubiesen revisado documentación privilegiada. Consecuencia de esto refiere un mínimo de tres documentos privilegiados entre la documentación incautada que consistían en correos electrónicos de abogados externos de MEGASA, adjuntando dichos documentos, como confidenciales, al recurso presentado.

Por todo ello solicita que se anule tanto la orden de investigación como la actuación inspectora, devolviéndole todos los documentos recabados ilícitamente y absteniéndose de utilizarlos. Asimismo, solicita acceso a la información remitida por la Comisión Europea a la CNMC, o, subsidiariamente, a todos los elementos objetivos contenidos en dichos documentos y relacionados con los indicios de la CNMC para iniciar la investigación.

1.2. Informe de la Dirección de Competencia

En su informe de 25 de marzo de 2020 la DC rechaza las pretensiones de MEGASA y propone la desestimación del recurso interpuesto, en la medida en que la orden de investigación y la actuación inspectora **en ningún caso han dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente**, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. Al contrario, la DC señala que la inspección se realizó conforme a las facultades previstas en el artículo 27 de la LCNMC, siguiendo lo dispuesto en la orden de investigación recurrida y en el auto de 2 de marzo de 2020 que autorizaba la entrada en la empresa, teniendo ésta cumplida información respecto al objeto, contenido y finalidad de la inspección, como se desprende tanto del recibí firmado por su abogado interno manifestando su consentimiento expreso a la práctica de la inspección, como del acta de la inspección.

Asimismo, se remite la DC en su informe a la resolución de 14 de marzo de 2019 (Expte. R/AJ/113/18 MEGASA)¹ donde se desestima el recurso interpuesto contra la inspección anterior ya citada, dado que muchos de los argumentos son idénticos a los que ya se alegaron por MEGASA en dicho recurso.

- La DC sostiene que en la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 **se ha delimitado suficientemente el objeto, alcance y la finalidad de la inspección**, concretando la naturaleza y el mercado en el que han tenido lugar las conductas investigadas, y máxime desarrollándose durante una información reservada. La citada orden también señala los sujetos investigados y la fecha en que se practicará la inspección por lo que **cumple con los requisitos previstos en el artículo 13.3 del RDC**, de forma consistente con la jurisprudencia en la materia.
- Por lo que respecta a **la delimitación temporal y del ámbito geográfico de los hechos objeto de investigación**, señala la DC que ésta no se establece en el artículo 13.3 del RDC, por lo que no existe exigencia legal alguna para delimitar dichos aspectos.
- Por lo que respecta a **la información disponible para acordar la realización de la inspección**, considera la DC que no es necesario que la CNMC dé 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, y máxime encontrándonos en fase de información reservada.
- Por último, en relación a alegada indefensión producida a MEGASA, la DC señala que **sobre el acceso a las herramientas de trabajo** utilizadas por el equipo inspector se ha pronunciado la CNMC en diferentes resoluciones, confirmadas por la Audiencia Nacional, declarando la **inexistencia de indefensión**. Asimismo,

¹ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/raj11318>.

considera que MEGASA no ha cumplido con la carga de la prueba que jurisprudencialmente se impone a quien reclama la **protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente**, si bien, procederá a la devolución de los tres documentos que ha individualizado la recurrente al interponer el recurso.

1.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia

En el escrito de alegaciones remitido el 25 de junio de 2020 tras conocer el informe de la DC, MEGASA reitera los motivos de impugnación ya recogidos en su recurso por los que considera que la orden de investigación y la actuación inspectora han vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, así como los artículos 27 de la LCNMC y 13.3 del RDC.

En concreto insiste en que la prohibición de que sus abogados visualizasen las pantallas de los ordenadores de los inspectores mientras revisaban la documentación le generó una evidente indefensión ya que no pudieron cerciorarse de que estos no estaba llevando a cabo una inspección aleatoria o *fishing expedition*, lo cual constatan al observar que revisaron documentación protegida por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente y recabaron dichos documentos sin informar de ello los abogados externos presentes durante la inspección.

Además, considera que la CNMC no debe acceder a dichas comunicaciones privilegiadas porque están protegidas por ley y que el hecho de que dicha información se declare confidencial, como señala la DC en su informe, es irrelevante porque su derecho de defensa ya ha sido lesionado.

Por último, reitera que la orden de investigación no hace referencia a los indicios de que disponía la DC, ni define el ámbito temporal ni el geográfico ni concreta adecuadamente el ámbito de actuación de la investigación, excediendo en definitiva los límites establecidos legalmente y confirmados por la jurisprudencia, vulnerando su derecho de defensa y causándole un perjuicio irreparable.

SEGUNDO. - Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo:

“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación “anticipada” de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la

establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra 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".

La Audiencia Nacional, en sentencia de 18 de mayo de 2011, en equivalente sentido, señala:

"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005 y 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC".

Asimismo, la resolución de 16 de julio de 2009 (expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI"*. Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la LPAC, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada la resolución del recurso interpuesto por MEGASA supone verificar si la orden de investigación y la subsiguiente actuación inspectora han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

MEGASA organiza su recurso con diferentes alegaciones en las que refiere que, por un lado, la orden de investigación le ha causado perjuicio irreparable (que relaciona con la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio por causa de los defectos de la orden de investigación) y por otro, la actuación inspectora le causó una evidente indefensión, debido a las presuntas limitaciones a la actuación de su defensa letrada durante el desarrollo de la inspección.

Sin embargo, dichas argumentaciones se realizan, en ocasiones, de una forma genérica e indiferenciada. Así, en el motivo segundo, punto 5 de su recurso, dedicado al perjuicio irreparable que la orden de investigación genera al no concretar adecuadamente el ámbito de actuación de la investigación, MEGASA, tras toda su argumentación, concluye señalando que *"Por lo expuesto, la Orden generó indefensión al incluir una amplísima definición de mercado, al no haber distinguido entre el tipo de chatarra tal como exigen los precedentes a nivel nacional y europeo"*.

Esta Sala procederá a un análisis separado de ambos requisitos, con objeto de evaluar adecuadamente su posible existencia, teniendo en cuenta, como también hace MEGASA, nuestra anterior resolución de 14 de marzo de 2019 (Expte. R/AJ/113/18 MEGASA) en la que se desestimó el recurso de la recurrente contra la inspección realizada en la misma sede en noviembre de 2018, por cuanto que una gran mayoría de los argumentos que se presentan ahora son idénticos a los que se alegaron en dicho recurso.

TERCERO. – Ausencia de perjuicio irreparable

Respecto a la existencia de **perjuicio irreparable**, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

A la luz de las alegaciones que expone en su recurso, MEGASA defiende que la orden y la actuación inspectora desarrollada en su sede vulneran su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado por el artículo 18.2 de la Constitución, infringiendo igualmente los artículos 27 de la LCNMC y 13.3 del RDC. La vulneración de tal derecho vendría motivada, según MEGASA, por las siguientes razones:

- En primer lugar, por el incumplimiento de los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, la finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección y la falta de concreción del ámbito de actuación de la investigación.
 - En segundo lugar, por la ausencia de referencia en la orden impugnada a la información de la que disponía la DC.
- (i) **Sobre el incumplimiento de los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos relativos a la determinación de los indicios, el objeto, la finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección y la falta de concreción del ámbito de actuación de la investigación.**

Como se expone en el informe de la DC de 25 de marzo de 2020, la inspección en la sede de MEGASA se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 27 de la LCNMC, siguiendo lo dispuesto en la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 y también en el auto nº 00014/20, de 2 de marzo de 2020, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Ferrol. Pues bien, toda la fundamentación del recurso de MEGESA se apoya en que la citada orden de investigación no cumplía con las exigencias de dichos artículos, al no hacer referencia a indicios o noticias previas que la justificaran, así como tampoco indicaba con suficiente claridad el objeto, finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la actuación inspectora, derivando por tanto en una inspección carente de fundamento jurídico.

A la vista de las alegaciones planteadas esta Sala no puede sino llegar a la misma conclusión que ya obtuvo en la resolución de 14 de marzo de 2019 (Expte. R/AJ/113/18), esto es, que la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 (la de 20 de noviembre de 2018 en aquel caso), 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.

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". La Audiencia Nacional, en su sentencia de 20 de julio de 2011 (sobre el expte. S/0192/09 Asfaltos), indicó que la orden de investigación debe permitir identificar al inspeccionado los elementos esenciales previstos en el citado artículo 13.3 del RDC al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección

"En este caso la orden de investigación permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Así además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a "determinada información" según la cual determinadas empresas habrían podido incurrir en "posibles" prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional y que, por lo tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si estos acuerdos se han llevado a la práctica. Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección."

Concluía en dicha sentencia la Audiencia Nacional señalando que la orden impugnada en el recurso referido permitía identificar los elementos del artículo 13.3 del RDC, teniendo en cuenta además que el alcance de la obligación de motivar las órdenes de inspección dependía de la naturaleza del acto de que se tratase y del contexto en el que

se hubiera adoptado (una información reservada, como también sucede en el recurso que ahora se analiza), así como del conjunto de normas jurídicas que regulaban la materia.

La Audiencia basaba sus apreciaciones en a la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal General (asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens), que incidía en el efecto útil de las inspecciones, sentencia a la que también se ha remitido el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de enero de 2015 (recurso 5447/2011)², afirmando lo siguiente:

"(...) 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".

Asimismo, el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, 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.

Como se ha visto, la jurisprudencia de la UE ha precisado cuál debe ser el contenido de la orden de inspección y su relación con el efecto útil de las inspecciones de las autoridades de competencia. Así, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 8 de marzo de 2007, consideró una decisión de investigación de la Comisión Europea

² Sentencia del TS de 16 de enero de 2015, recurso de casación nº 5447/2.011, desestimando el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, dictada en el ámbito del Expte. S/0192/09 Asfaltos.

cumplía los elementos esenciales exigidos por el artículo 20.4 del Reglamento n° 1/2003, señalando lo siguiente³:

“En el caso de autos, procede declarar que aunque la Decisión impugnada, reproducida anteriormente en los apartados 15 a 17, está redactada en términos generales, contiene sin embargo los elementos esenciales exigidos por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 y por la jurisprudencia. Indica el objeto y la finalidad de la inspección, poniendo de manifiesto las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, designando el supuesto mercado relevante -el acceso a Internet de alta velocidad para la clientela residencial en Francia-, la naturaleza de las restricciones de la competencia de cuya práctica la demandante es sospechosa -prácticas tarifarias que serían contrarias al artículo 82 CE-, explicaciones relativas a la manera en que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción -sería la autora de la misma-, qué era lo que se buscaba y los elementos sobre los que debía versar la inspección -información relativa a estas prácticas, en particular datos que permitieran determinar el grado de cobertura de los costes de la demandante y elementos propios de una estrategia de limitación y expulsión de los competidores, que probablemente sólo se comunicaron a algunos miembros del personal de France Télécom y/o de la demandante, que podían buscarse en cualquier local de la empresa, en sus libros y otros documentos empresariales y, en su caso, verbalmente-, las facultades conferidas a los investigadores comunitarios, la fecha de su inicio -el 2 de junio de 2004-, las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24 del Reglamento n° 1/2003 y el derecho a recurrir contra esta Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia.”

También el TJCE en su sentencia de 25 de junio de 2014⁴ señaló que:

“ (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

³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, T-339/04 France Telecom.

⁴ Sentencia del TJCE de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P Nexans France SAS y Nexans, S.A.

inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]” .

Pues bien, centrándonos ya en el presente caso, y teniendo en cuenta que la inspección controvertida ha tenido lugar en el marco de una información reservada, esto es, cuando no ha tenido lugar imputación formal de ninguna infracción, es evidente que el nivel de detalle exigible a la orden de investigación en lo que a la descripción de los hechos investigados se refiere, no puede ser el mismo al requerido en fases posteriores del procedimiento, como el pliego de concreción de hechos (PCH).

Así, la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 indicaba lo siguiente:

“Se considera necesaria la realización de una nueva inspección en la sede de METALÚRGICA GALAICA, S.A., en relación a posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la coordinación de su comportamiento con otras empresas competidoras en el mercado para fijar condiciones comerciales o de servicio y los precios de compra a sus suministradores de chatarra, así como también la fijación de condiciones comerciales o de servicio y los precios de venta en el mercado de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en especial de productos largos.”

Asimismo, se señalaba que el **objeto** de la nueva inspección era “*verificar la existencia de dichas actuaciones por parte de METALÚRGICA GALAICA, S.A. respecto a su posible participación en las prácticas anticompetitivas señaladas, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la vigente LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dada su posible afectación del comercio intracomunitario, consistentes, en general, en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivos para la fijación de condiciones comerciales o de servicio y los precios de compra de chatarra para la producción de acero, así como también la fijación de condiciones comerciales o de servicio y los precios de venta de productos finales de acero al carbono, en especial de productos largos. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos y/o prácticas concertadas se han llevado a la práctica.*”

En lo que se refiere a la **delimitación del ámbito temporal** de los hechos investigados, debe subrayarse que en el artículo 13.3 del RDC no incluye exigencia expresa de delimitar el ámbito temporal de los hechos investigados. Esta falta de delimitación temporal se encuentra plenamente alineada con la jurisprudencia europea referida a las inspecciones de la Comisión Europea que ha señalado repetidamente que en una orden de investigación “(126)...la Comisión no está obligada a indicar el período durante el cual se habría cometido la infracción (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2013, *Deutsche Bahn y otros/Comisión*, T-289/11, T-290/11 y T-521/11, EU:T:2013:404, apartado 170 y jurisprudencia citada)”, como se recoge en la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 20 de junio de 2018 (asunto T-325/16, *České dráhy*).

Como señala MEGASA en su recurso, es cierto que, en el anterior auto de 26 de noviembre de 2018 se hacía referencia a prácticas anticompetitivas que tendrían lugar desde, al menos, 2015. No obstante, ya se precisaba en la resolución de 14 de marzo de 2019 que dicha información se le había facilitado al juez por la DC al solicitar a éste la autorización de entrada, especificando la relación del sujeto investigado con la información a la que había tenido acceso la CNMC y que motivaba dicha solicitud de autorización de entrada.

Sin embargo, en concordancia con lo expuesto por la DC en su informe de 25 de marzo de 2020, dicha referencia temporal fijada en el citado auto judicial no se establecía como un límite temporal, como ya se señaló en la resolución de 14 de marzo de 2019, sino que simplemente reproducía la información trasladada al juez. Así, se señala que la información a la que había tenido acceso la CNMC se remitía a prácticas anticompetitivas que se vendrían realizando, al menos, desde 2015, sin que por tanto tampoco se prejuzgara que éstas se realizaran anteriormente.

Por ello, la Sala coincide con la DC en que la posible recopilación de información relacionada con el objeto de la investigación datada con anterioridad a 2015 nunca constituiría una infracción de la doctrina del “hallazgo casual”, como alega la recurrente, ni en la inspección realizada en noviembre de 2018 ni la realizada en marzo de 2020, pues como ha indicado el TS en su sentencia de 12 de marzo de 2019⁵, aquélla se aplica cuando “(...) en la práctica del registro se obtengan documentos o material que resulten ajenos al objeto de la investigación que determinó la autorización judicial”.

Así, en el caso actual, en la medida en que dicha información anterior a 2015 está relacionada con el objeto de la investigación definido en la orden recurrida, no es ajena al citado objeto y está plenamente justificada su selección por el equipo inspector a los efectos de permitir el adecuado análisis de las conductas investigadas.

Con respecto al **ámbito geográfico** de los hechos investigados la recurrente considera que no se ha delimitado correctamente, máxime a la luz del contenido del auto judicial de 2018 en el que se explicitaba que los indicios existentes se circunscribían al territorio español. Sin embargo, esta Sala señala, como acaba de hacer con respecto al ámbito temporal, que este es un aspecto que tampoco aparece recogido entre el contenido de preceptiva inclusión en la orden de Investigación de acuerdo con lo indicado en el artículo 13.3 del RDC.

No se puede sostener, como pretende MEGASA, que la orden de investigación deba delimitar claramente un ámbito geográfico y temporal concreto porque es precisamente para verificar la existencia de la práctica, así como su duración temporal exacta, para lo que se ha solicitado autorización judicial.

⁵ Sentencia 812/2019, de 12 de marzo de 2019, estimatoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017, dictada en el ámbito del Expte. S/0430/12 Recogida de papel.

Por todo esto, a la vista del contenido de la orden de investigación analizada, esta Sala considera que la misma cumple con las exigencias dispuestas por la normativa citada en cuanto a los requisitos de definición del objeto, alcance y finalidad de la inspección, habiéndose hecho además referencia expresa en la orden recurrida a la inspección anteriormente realizada en la sede de MEGASA en noviembre de 2018.

También el auto de 2 de marzo de 2020, hizo referencia a la misma, indicando que se abrió la información reservada DP/002/18 con el fin de determinar si concurrían circunstancias que justificaran la incoación de un expediente sancionador, inspeccionando la sede de MEGASA y de otras empresas competidoras y como resultado de las mismas, se considera ahora necesaria la realización de una nueva inspección, concretándose el objeto de la nueva inspección y diferenciando los siguientes mercados:

“(…) en relación a prácticas anticompetitivas consistentes en la coordinación de su comportamiento con otras empresas competidoras en el mercado para fijar condiciones comerciales o de servicio y los precios de compra de sus suministradores de chatarra, así como también la fijación de condiciones comerciales o de servicio y los precios de venta en el mercado de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en especial, de productos largos, prácticas estas últimas que no fueron objeto de investigación en la inspección realizada en la sede de MEGASA en noviembre de 2018” .

En relación a los dos **mercados** referenciados en la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 -fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero a sus suministradores de chatarra y fijación de condiciones comerciales o de servicio y los precios de venta en el mercado de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en especial, de productos largos-, esta Sala no comparte las alegaciones de MEGASA que afirman que la definición tan genérica del mercado llevada a cabo por la DC en la orden de investigación no cumple con los requisitos referidos por la jurisprudencia e infringe, por tanto, el deber de indicar suficientemente el objeto de la inspección que impone el artículo 13.3 del RDC.

En este sentido conviene apuntar, en primer lugar, que los precedentes nacionales y de la Comisión europea aportados por la recurrente que contienen definiciones de mercado más limitadas se refieren a actuaciones en materia de control de concentraciones. La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la UE en materia de competencia (DO 1997, C 372) reconoce expresamente que la definición del mercado está íntimamente relacionada con los objetivos perseguidos, (apartado 10) y que puede llevar a resultados diferentes “*en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada*” (apartado 12), dejando a la Comisión europea y al resto de autoridades de competencia cierta amplitud de margen para delimitar el mercado adaptándose de forma pragmática a las circunstancias de cada caso concreto. Por tanto, la delimitación del mercado de referencia debe ser más o menos precisa en función del problema de competencia que la autoridad deba resolver.

Por ello no cabe exigir que se trasladen a una orden de investigación en materia de conductas prohibidas obligaciones de definición de mercado propias de la resolución final de un expediente de control de concentraciones económicas, máxime cuando nos encontramos en una fase de información reservada cuyo objeto es delimitar los hechos que fundamentan la posible existencia de una infracción de la normativa de competencia. Como se estableció por el TJUE en su sentencia de 25 de junio de 2014, recaída en el asunto C-37/13 Nexans France SAS y Nexans SA, que: “(…) *no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante*”.

A mayor abundamiento, la orden de investigación recurrida, circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por lo que, como ya se señaló en la resolución de 28 de marzo de 2019 (Expte. R/AJ/002/19, FERROSER INFRAESTRUCTURAS), la delimitación exacta del mercado no resulta imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida, pues no es un elemento del tipo de la infracción incluida en el artículo 1 de la LDC o en el 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. Así, parece obvio que no puede exigirse a la DC que concrete el mercado en fase de información reservada con mayor precisión que cuando el expediente sancionador se resuelve.

La definición de mercado incluida en la orden de investigación debe permitir a la empresa ejercer su derecho de defensa, requisito debidamente cumplido en la orden cuestionada y que MEGASA no ha sido capaz de rebatir más allá de la mera cita de mercados definidos en otro tipo de expedientes de competencia con una función completamente diferente. Nuevamente esta Sala debe descartar que la jurisprudencia aludida por MEGASA en su escrito de recurso de 17 de marzo de 2020 como posteriormente en sus alegaciones de 25 de junio de 2020 sea aplicable a este caso concreto.

Es constante la jurisprudencia del TJUE en la que se expresa que en la aplicación del artículo 101 del TFUE, la definición del mercado pertinente tiene como único objeto determinar si el acuerdo considerado puede afectar al comercio entre los Estados miembros y tiene por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Así las cosas, la definición de mercado en los expedientes de concentración económica que cita MEGASA no tiene por qué coincidir con la reflejada en una orden de investigación domiciliaria, dictada en un periodo de información reservada, por una posible infracción prohibida en el artículo 1 de la LDC.

En conclusión, esta Sala considera patente que el objeto de la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 está delimitado conforme a los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del RDC, no pudiéndose apreciar el carácter exploratorio o “*fishing expeditions*” de la actuación inspectora referido por MEGASA. En realidad, no puede hablarse de tal inspección de exploración cuando sólo fueron inspeccionados los despachos, ordenadores y dispositivos de cuatro empleados de MEGASA.

(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, y se ha visto previamente, la administración, en la fase de información reservada, no está obligada a dar una información detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la actuación inspectora, lo cual es algo plenamente confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como ya se expuso en la resolución de 9 de abril de 2015⁶:

"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".

En la resolución de 14 de marzo de 2019 relativa a la anterior inspección en la sede de MEGASA, ya señalamos que no era necesario trasladar al investigado todos los datos que estén a disposición de la CNMC, recogiendo los argumentos de la Audiencia Nacional, que en su sentencia de 18 de septiembre de 2017⁷ expresamente indicaba la necesidad de garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder para planificar la actuación inspectora:

"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".

Estos mismos argumentos han sido recogidos por la Audiencia Nacional en varias de las sentencias que desestiman los recursos de las empresas en el expediente S/0482/13 *FABRICANTES DE AUTOMÓVILES*. Así, en la sentencia de 19 de diciembre de 2019, que desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por FORD, se señala:

⁶ Expte. R/AJ/004/15 Prosegur.

⁷ El recurso de casación 540/2014 interpuesto contra dicha sentencia se inadmitió por Auto del TS de 2 de julio de 2018.

“Para resolver este motivo de impugnación debemos recordar que las órdenes de investigación deben cumplir las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: 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.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, 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.

En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

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”.

Así, en el presente caso, podemos afirmar que esta exigencia de información ha sido satisfecha por la DC al aportar al órgano judicial la información necesaria para que éste, antes de autorizar la entrada en el domicilio, pudiera contar con elementos de juicio suficientes que le permitiesen fundar la procedencia de tal medida. Dicho extremo puede comprobarse en el citado auto de 2 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol, en el que se indica que al juez al que se le ha solicitado la autorización de entrada a la empresa a inspeccionar ha de delimitar además si concurren los presupuestos que la jurisprudencia (tanto del TC como del TEDH y del TS y de TSJ) ha venido exigiendo para autorizar la entrada en el domicilio social de la empresa:

- a) El ámbito personal y espacial, en cuanto al sujeto pasivo y lugar donde se ha de realizar la inspección y acceso, se encuentra plenamente identificado en cuanto se especifica la empresa y el domicilio donde se va a llevar a cabo la entrada y registro que coincide con el domicilio social donde la empresa desarrolla su actividad.
- b) Necesidad y proporcionalidad de la medida.

Y a fin de valorar este último, se indica en el citado auto que la doctrina constitucional entiende que dicho juicio se basa en el denominado "triple test", que comprende tres extremos, juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad de la medida.

Pues bien, el auto judicial de 2 de marzo de 2020, tras analizar la solicitud presentada ante el juez por la Abogacía del Estado, considera que dichos requisitos concurren, aludiendo a la información trasladada por la CNMC, teniendo como base las diligencias preliminares ya abiertas desde 2018, tras una denuncia anónima por un canal específico ofrecido por la Comisión Europea, sin que exista otra medida menos gravosa.

De acuerdo con lo anterior, la alegación debe ser rechazada y una vez visto que en la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 se señalaban el sujeto investigado y la fecha en que la inspección tendría lugar, junto con los requisitos analizados en el punto anterior que cumplían las exigencias del artículo 13.3 del RDC, podemos afirmar que MEGASA estaba en posición de saber lo que se buscaba y que la medida que restringía el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE era procedente y necesaria. A diferencia del caso de UNESA⁸, que cita MEGASA a su favor, donde el objeto y finalidad no se concretaban en la propia orden de investigación sino por referencia a una resolución previa de la CNMC que no se notificó a la inspeccionada, en el presente las conclusiones del Tribunal Supremo no son aplicables pues no ha existido una falta de información en la orden de investigación que impida la defensa del investigado como pretende la recurrente.

Por último, tal y como recordó la DC en su informe de 25 de marzo de 2020, la presente inspección 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 cualquier información 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.

Tal y como se ha señalado a lo largo del presente fundamento, esta Sala considera que la actuación inspectora llevada a cabo por la Dirección de Competencia, autorizada por el auto judicial de 2 de marzo de 2020, cumplió con la normativa aplicable y con las garantías exigibles por el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución Española, por lo que no se puede apreciar la existencia de perjuicio irreparable para los derechos o intereses legítimos de MEGASA en relación a tal derecho.

En cuanto al perjuicio irreparable derivado de la posible vulneración de los derechos de defensa de MEGASA, se analizará en el siguiente fundamento de derecho.

⁸ Sentencia de 10 de diciembre de 2014 (recurso 4201/2011, UNESA)

CUARTO. - Ausencia de indefensión

En relación con la posible vulneración de su derecho de defensa, en su recurso y posteriores alegaciones MEGASA expresa que la actuación inspectora impugnada lo vulneró por los siguientes motivos:

- En primer lugar, en la medida en que, al carecer la orden de investigación de motivación y delimitación suficiente en relación a los indicios, el objeto, la finalidad y el ámbito temporal y geográfico de la inspección, el derecho de defensa de MEGASA se habría visto dañado.
- En segundo lugar, 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.
- Por último, al ser aprehendido durante la inspección documentos que MEGASA considera protegidos por la confidencialidad abogado-cliente.

A este respecto, 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 defensa (sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero):

“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».”

Es por ello que se deberá comprobar 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 **existencia de indefensión**, esta Sala considera que ni en la orden de investigación de 24 de febrero de 2020, ni en la posterior actuación inspectora de la DC han conculcado el derecho de defensa invocado por la recurrente. Como ya se ha visto en el fundamento de derecho anterior no es posible apreciar la ausencia de

motivación en la orden de investigación impugnada por MEGASA. De acuerdo con lo antes expuesto la empresa inspeccionada conoció las razones por las que la DC solicitaba la entrada en su domicilio, ya que le fueron notificados tanto la citada orden de investigación como el auto de 2 de marzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol que autorizó dicha entrada. Se puede afirmar que, consecuentemente, MEGASA no ha sufrido indefensión alguna relacionada con los documentos oficiales que ordenaban la inspección

Se examinarán a continuación los otros dos motivos expuestos por MEGASA.

- (i) **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.**

Como se acaba de advertir la inspección realizada durante los días 3 a 5 de marzo de 2020 se realizó, siguiendo lo dispuesto en la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 y también en el citado auto judicial de 2 de marzo de 2020.

Conviene indicar que una vez la empresa fue informada del objeto y contenido de dichos documentos y se procedió a la entrega de los mismos, firmó el correspondiente recibí dando consentimiento expreso para la realización de la inspección, tal y como se puede comprobar en el acta de la inspección. En concreto consta en esta (párrafo 9) que el jefe del equipo inspector señaló a los representantes de la empresa que la autorización judicial no incluía el acceso a correos electrónicos, sistemas de mensajería instantánea que afectasen a comunicaciones privadas entre directivos o miembros de la empresa y terceros, salvo que existiera consentimiento expreso por parte de la empresa. Tras consultar con sus abogados externos en materia de Competencia, consta en párrafo (13) del acta que dicho consentimiento expreso fue otorgado:

"Tras haber sido informado del objeto y contenido del Auto judicial, manifiesta su consentimiento expreso para que el equipo inspector de la CNMC, en el cumplimiento de su labor, acceda a correos electrónicos, sistemas de mensajería instantánea o cualesquiera otros medios que afecten a las comunicaciones privadas, entre directivos o miembros de la empresa y terceros."

Según señala la DC en su informe de 25 de marzo de 2020, ni en el momento de iniciarse la inspección, ni durante ésta, la empresa manifestó al equipo inspector ninguna duda al respecto, lo que no obsta para que ahora se analicen las alegaciones llevadas a cabo por MEGASA en su recurso.

Dichas alegaciones se refieren básicamente a la supuesta indefensión producida al imposibilitar que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetaba el objeto, alcance y finalidad de la orden de investigación, así como el cumplimiento del deber de confidencialidad de las comunicaciones privilegiadas, al

impedir la visualización por parte de sus abogados de las pantallas de los ordenadores del equipo inspector, lo cual habría permitido a estos acceder a información privilegiada, sin que los abogados de la recurrente hubieran podido impedirlo.

MEGASA, en su escrito de alegaciones de 25 de junio de 2020 insiste en que esta forma de proceder del equipo inspector, impidiendo la visualización de sus pantallas al desempeñar su labor, vulneró su derecho de defensa, señalando que no es ajustado a Derecho que los inspectores de la CNMC hayan podido revisar durante los tres días que duró la inspección documentación protegida por el privilegio legal de las comunicaciones abogado-cliente sin que sus abogados pudieran hacer nada para impedirlo. Asimismo, consideran que la citada imposibilidad de visualizar las pantallas durante toda la inspección conlleva por un lado que no sea posible asegurar que los inspectores realizaron únicamente el “análisis somero” de los documentos privilegiados que cita la DC en su informe, y por otro, que puedan invocar adecuadamente la protección abogado-cliente respecto de documentos que no pueden ver.

Así, procede analizar por parte de esta Sala el transcurso de la inspección para valorar las diferentes cuestiones suscitadas.

En primer lugar, en el párrafo (16) del acta de inspección se hace constar que el Jefe del equipo de inspección solicitó una sala de trabajo que pudiera ser usada por los inspectores de la CNMC, en la que podrían estar presentes la empresa y/o sus representantes, si bien no podrían interferir en el trabajo de los inspectores ni tener acceso a las distintas herramientas de trabajo utilizadas, ya que su conocimiento podría interferir el desarrollo y la eficacia de la propia inspección. Por lo tanto, no es cierta la afirmación que realiza MEGASA en su recurso referida a que “se permite a los inspectores visualizar la documentación a puerta cerrada”.

Como señala la Dirección de Competencia consta en el párrafo (31) del acta de inspección que a las 16:50 horas del 3 de marzo de 2020 los abogados externos de la empresa se personaron en la sede de MEGASA en Narón, estando presentes desde entonces en la sala de trabajo utilizada por el equipo inspector, aunque sin visualizar directamente las pantallas de los ordenadores de los inspectores.

Por otra parte, en el párrafo (14) de la Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia, que cita la recurrente se señala que “*Durante el proceso de selección de la información relevante los inspectores deberán gozar de autonomía para poder realizar su trabajo, evitándose la obstaculización de su labor por parte de la empresa o sus representantes*”.

Asimismo, sobre el acceso a las herramientas de trabajo utilizadas por el equipo inspector, la CNMC se ha pronunciado en diferentes resoluciones (entre ellas la resolución de 14 de marzo de 2019, pues esta alegación también se realizó al interponer aquel recurso) 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 2014⁹.

En todo caso, esta Sala debe señalar que MEGASA obvia que el ejercicio de su derecho de defensa se desarrolla a lo largo de toda la inspección y de forma diversa en sus sucesivas fases, como puede verse tras la lectura del acta de inspección, mientras que la recurrente lo circunscribe y concentra únicamente en un acto, la visualización de las pantallas de los ordenadores de los inspectores, que no es imprescindible para su adecuado ejercicio.

En el acta de inspección se constata como el equipo inspector alentó a que MEGASA ejerciera sus derechos de defensa a lo largo de toda la inspección y precisa que tanto el personal de la empresa como sus abogados internos y externos estuvieron presentes durante la revisión de equipos y despachos, solicitándoles información específica sobre posibles documentos personales, ajenos al objeto de la inspección o amparados por la confidencialidad abogado cliente -párrafos (19) y (55) del acta de inspección.

Así, en el párrafo (19) se indicó, con respecto a estos documentos, que una vez identificados y, tras un análisis somero por el equipo de inspección, y si éste así lo considerase procedente, dichos documentos claramente individualizados e identificados por la empresa, serían eliminados de la información inicialmente recabada y que, en todo caso, la CNMC devolvería aquella información que pudiera considerarse de carácter personal o contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa y que encontrase en el transcurso del análisis de la documentación recabada, aunque no se hubiera solicitado previamente durante la inspección por la empresa su confidencialidad.

Además, personal y abogados de la empresa recibieron explicaciones detalladas sobre el desarrollo de la inspección y se les permitió permanecer en la sala de trabajo donde se procedía al filtrado de la información, condicionando su supervisión a no conocer las herramientas informáticas del equipo inspector y los criterios de búsqueda, puesto que el conocimiento de los mismos podría poner en riesgo la efectividad de la inspección, como se señala en el párrafo (39) del acta de inspección.

Sin embargo, y por lo que se refiere a ese deber de colaborar con los inspectores por parte del personal de la empresa, esta Sala puede comprobar en los párrafos (29) y (30) del acta de inspección que fue el jefe del equipo inspector el que señaló a la empresa la conveniencia de establecer comunicación con personas ya identificadas a las que se las iba a inspeccionar, al objeto de que se les solicitara la identificación de posible información personal o afectada por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente que pudieran tener archivadas.

⁹ Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014, rec. 3/2013 y de 21 de julio de 2014, rec. 5572013, confirmando la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

De acuerdo con lo expresado en el párrafo (30) del acta de inspección de las cuatro personas de la empresa cuyos dispositivos se inspeccionaron sólo dos señalaron que podría existir documentación abogado-cliente protegida pero dispersa y no organizada de forma sistematizada, sin aludir a ningún documento concreto. Las otras dos personas inspeccionadas señalaron que no tenían conocimiento de que sus dispositivos albergaran documentación abogado-cliente protegida.

La inspección limitada a sólo cuatro personas, 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.

Debe subrayar que la fuente o archivo digital original de la documentación electrónica recabada continuó en poder de la propia empresa durante toda la inspección y nunca fue requisado, lo que permitía a los abogados de MEGASA (con el apoyo directo de las personas investigadas) identificar cualquier documento privilegiado, personal o ajeno al objeto de la inspección con mayor celeridad que los propios inspectores y transmitirlo de inmediato a los inspectores, sin necesidad de esperar a que estos lo visualizaran en una pantalla. Así lo ha señalado la Audiencia Nacional en las citadas sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014:

"Este control permanente sobre el documento original permite que la sociedad investigada pueda ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la investigación domiciliaria y durante todo el curso de la misma con absoluta independencia de la actuación del equipo inspector, pudiendo analizar exhaustivamente la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de documentos privados, ajenos al objeto de la misma y protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y comunicarlo de inmediato durante la inspección a los funcionarios encargados de la investigación".

En estas circunstancias, esta Sala constata que MEGASA no identificó nunca un documento abogado-cliente concreto durante la inspección (actuación que sí realizó en la anterior inspección de 2018, siendo eliminado el citado documento) y ni siquiera efectuó su propio ejercicio de análisis e identificación de documentos durante los tres días que duró el registro domiciliario, limitándose a realizar un mero seguimiento de la actuación de los inspectores. La propia empresa así lo reconoce en su recurso cuando señala que al no poder visualizar las pantallas del equipo inspector no pudieron comprobar que la actuación inspectora no había excedido del objeto y finalidad de la inspección, y afectar a información de carácter personal o sujeta a privilegio legal.

Por otro lado esta Sala debe resaltar que la jurisprudencia no sustenta que la mera visualización en una pantalla de ordenador por los funcionarios de la autoridad de

competencia de determinada documentación (personal, ajena al objeto de la inspección o protegida por la confidencialidad abogado-cliente pero no identificada adecuadamente) suponga una vulneración de los derechos de defensa de la empresa inspeccionada (ni tampoco de otros derechos) ni que la empresa inspeccionada tenga derecho a impedir que los inspectores tengan acceso, para una mera visualización rápida o lectura de comprobación durante la inspección, a la documentación discutida, salvo en el caso específico de la documentación abogado-cliente y con los requisitos concretos que la propia jurisprudencia precisa.

Como afirmó esta Sala en su resolución de 18 de mayo de 2017 (expte. R/AJ/021/17, ALTADIS) *“el tratamiento conjunto e indiferenciado de los tres tipos de documentos referidos por ALTADIS (documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente, ajenos a la inspección y personales) no resulta adecuado, ya que no permite distinguir los derechos y bienes jurídicos afectados en cada uno de los casos y el régimen jurídico aplicable a los mismos”*.

Los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente son documentos que pueden encontrarse dentro del objeto de la investigación, pero que quedan siempre fuera del alcance del equipo inspector por su relación con el derecho de defensa constitucional. Por ello, el simple acceso o visualización de estos documentos “de defensa”, como señaló la DC en su informe, puede generar la indefensión aludida por MEGASA., pero, en contrapartida a esta especial protección, tanto la jurisprudencia nacional como de la UE, exigen al inspeccionado un comportamiento activo que es el que la recurrente ha querido obviar.

Por el contrario, los documentos profesionales ajenos al objeto de la inspección y los documentos personales de los empleados de la entidad inspeccionada se encuentran desde el principio fuera del objeto de la investigación pero no gozan de idéntica protección que los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente porque su exclusión no se deriva de su relación con el derecho de defensa protegido por el artículo 24 de la Constitución sino por otros derechos constitucionales, igualmente susceptibles de protección, pero de contenido diferente, como es el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE), cuya posible vulneración se ha examinado en el anterior apartado, o el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la CE), cuya titularidad no corresponde representar a MEGASA. Sin embargo, el carácter ajeno al objeto de investigación de dichos documentos personales y profesionales no significa, como pretende MEGASA, que el mero acceso o visualización por los funcionarios de la CNMC de los mismos suponga una vulneración de los derechos de defensa de MEGASA, lo cual es aún más evidente en el caso de los documentos personales pues ni siquiera la recurrente es titular del derecho a la intimidad personal protegida.

Así, la Autoridad de Competencia ha venido afirmando, y la jurisprudencia contenciosa ha confirmado (así, resolución de 23 de septiembre de 2013, expte. R/0148/13 RENAULT, confirmada por la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de julio de 2015) que el mero acceso a documentos personales o ajenos al objeto de la inspección (a diferencia de los amparados por la confidencialidad abogado-cliente) no constituye una

vulneración del derecho de defensa de la empresa: *"En suma, la jurisprudencia examinada muestra que la empresa inspeccionada no tiene derecho a impedir durante la inspección que la autoridad de competencia realice una investigación exhaustiva y pueda acceder a documentos ajenos al objeto de la misma, ya sean personales o profesionales, ni este mero acceso a la documentación vulnera en ningún caso el derecho de defensa de la empresa"*.

En definitiva, la inspeccionada no ve vulnerado su derecho de defensa porque la autoridad de competencia pueda visualizar ocasionalmente- para su mera comprobación- documentos ajenos al objeto de la inspección, ya sean profesionales o personales.

Y en cuanto a los documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, la simple mención de su posible existencia, o incluso la identificación de un documento concreto como protegido, no es suficiente para impedir a la autoridad de competencia acceder a dicho documento si, al margen de ello, no actúa diligentemente y aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de la mencionada protección. Si así fuera, la simple mención del carácter privilegiado de un documento no identificado bastaría para invalidar toda una inspección.

Múltiple es la jurisprudencia relativa a la forma de hacer valer la protección que el ordenamiento jurídico reconoce a la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y sus clientes, como señala la DC en su informe de 25 de marzo de 2020¹⁰.

A dicha jurisprudencia se ha remitido el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012 (recurso nº 6552/2009 DF, Asunto Stanpa) donde se señaló que *"en el curso de esa actuación inspectora realizada en [...], en presencia y con el asentimiento de su Responsable de Asesoría Legal, no se invocó, respecto de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados, no se invocó (se repite) específicamente la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente que ampara el derecho de defensa y no se citó el artículo 24 CE a esos específicos efectos. Y, por último, tampoco se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitían reconocer*

¹⁰ La DC se remite, por todas, a la SAN de 19 de noviembre de 2014, confirmada en casación por la STS de 4 de julio de 2016 (rec.359/2015 Expte. R/0156/13 BALAT, en la que en relación a la cuestión debatida se remite a previos pronunciamientos jurisprudenciales que vienen a precisar y delimitar la esfera de protección de dicho derecho invocado y los límites de la actuación administrativa. Así, en primer lugar, la Audiencia Nacional se remite a la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, con las citas clásicas de la Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, recaída en el asunto T-253/03 Akzo, apartados 76 y ss, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 (155/79). Ambas resoluciones establecen, en el ejercicio de la competencia exclusiva que los Tratados les confieren (actualmente artículo 19 del Tratado de la Unión Europea), determinados principios básicos que va desgranando en su informe, entre los que esta Sala destaca la interpretación restrictiva de este derecho y la necesidad de probar que dicha confidencialidad concurre, sin que la mera invocación por la empresa sea suficiente.

en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa. Por lo cual, STANPA no cumplió con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando. Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia...”

En ausencia de esta identificación de documentos concretos que corresponde a la empresa inspeccionada, el mero acceso a uno de ellos por los inspectores de competencia nunca podría suponer la vulneración del derecho de defensa pretendida por MEGASA pues junto a la identificación concreta del documento, deberá aportarse algún elemento útil para probar que efectivamente el documento goza de esa superior protección, lo cual es evidente que no ha sucedido en el presente caso.

Por ello, MEGASA no ha cumplido con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la UE (asunto 155/79) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando, y máxime cuando, como hemos podido ver en el acta, se les solicitó reiteradamente su colaboración para identificar dichos documentos controvertidos con el objeto de eliminarlos de la información recabada.

En conclusión, la imposibilidad de visualizar las pantallas de los inspectores mientras éstos revisaban los documentos no impidió a MEGASA ejercer sus derechos de defensa durante la inspección y en ningún caso le impidió señalar la información de carácter personal, ajena al objeto de la investigación o sometida a la confidencialidad abogado-cliente. La documentación original sobre la que se realizaba la inspección continuó durante todo el registro en poder de MEGASA y nada le impidió examinarla para identificar los documentos pertinentes.

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

Tras la inspección MEGASA ha identificado, dado que el archivo digital original de la documentación electrónica recabada continúa en su poder, así como también la copia

que se le facilitó, tres documentos concretos que considera que están sujetos a privilegio legal, por constituir comunicaciones entre MEGASA y abogados externos sólo uno de los cuáles contiene una mera alegación genérica sobre su carácter presuntamente confidencial.

Sin embargo, tal y como se ha señalado en el apartado anterior, durante los tres días que duró la inspección MEGASA en ningún momento identificó ningún documento protegido por el privilegio legal a pesar de las reiteradas peticiones para hacerlo realizadas por el equipo inspector. Dos de las personas inspeccionadas descartaron, incluso, la existencia de dicha documentación en sus dispositivos.

La solicitud de concreción a este respecto por parte del equipo inspector fue constante a lo largo de toda la investigación domiciliaria. Además de las menciones ya realizadas en apartados anteriores de esta resolución, el 4 de marzo de 2020, como se indica en el párrafo (55) del acta de inspección, el equipo inspector reiteró la solicitud de la colaboración de la empresa y del personal para la localización e identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como, específicamente, de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente.

Sin embargo, MEGASA, en lugar de revisar la documentación original que se encontraba en su poder e identificar adecuadamente los documentos privilegiados que ahora no tiene dificultad en precisar, prefirió limitar su derecho de defensa a un mero seguimiento de la actividad del equipo inspector habiéndosele informado de antemano que no podría visualizar las pantallas de los ordenadores de los inspectores mientras revisaban la documentación.

Como se afirmó en la resolución de octubre de 2008; Expte. R/0005/08, L'ORÉAL), la ausencia de esta carga de diligencia en el comportamiento del inspeccionado tendría consecuencias perjudiciales tanto para la efectiva protección del derecho de defensa como para la eficacia de la persecución de las conductas restrictivas de la libre competencia en el mercado. En su sentencia de 7 de febrero de 2010, la Audiencia Nacional señaló que *“comparte las apreciaciones de la Comisión Nacional de la Competencia cuando manifiesta que la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que un determinado documento se encuentre protegido. Lo contrario llevaría a la absurda conclusión de que el silencio de la entidad inspeccionada, sin advertir del carácter confidencial de ciertos documentos, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección”*.

Por último, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de abril de 2012 (recurso nº 6552/2009 DF, Asunto Stanpa) también señaló expresamente el deber de un comportamiento activo por parte del inspeccionado: *“(...) exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, no resultando aceptables las meras alegaciones*

genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados”.

Por todo ello, no puede aceptarse que durante la inspección se produjera el incumplimiento de la protección de la confidencialidad que corresponde a las comunicaciones abogado-cliente señalada por MEGASA en su recurso. Y tampoco puede entenderse vulnerado el derecho a la defensa de la empresa por cuanto en el curso de la inspección, tal como se desprende del acta, se prestó una especial atención para evitar la copia de aquella documentación que pudiera estar amparada por la confidencialidad abogado-cliente, siendo irreprochable la actuación inspectora.

Además, de la lectura del acta- párrafos (68) (69) y (70)- también se desprende que la forma de analizar y seleccionar la documentación por parte del equipo inspector, así como de recabar la documentación en soporte electrónico se ha llevado a cabo con todas las garantías y sistemas de seguridad, quedándose el archivo digital original de la documentación en poder de la empresa, junto con una copia fidedigna, asegurando, además, que la copia digital en poder de la CNMC no ha sido modificada.

En todo caso se debe recordar, como ya hiciera la DC, que en el párrafo (44) del acta de inspección se señala que la información recabada durante la inspección tiene cautelarmente carácter confidencial y que, una vez analizada en la sede de la CNMC toda la documentación recabada, la DC comunicará a la empresa qué documentación va a ser incorporada al expediente con el fin de que, en su caso, solicite de forma individualizada y motivada qué documentos considera confidenciales; en ningún caso dicha información será incluida en el expediente público mientras no se haya sustanciado la confidencialidad de ésta. Por ello la información recabada en la inspección de MEGASA sigue siendo cautelarmente confidencial, sin que ésta se haya incorporado al expediente.

En definitiva, de todos los elementos enumerados en los apartados anteriores esta Sala llega a la conclusión de 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. contra la Orden de investigación 24 de febrero de 2020 y la actuación inspectora realizada los días 3 a 5 de marzo de 2020 en la sede de la empresa.

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