



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/045/20, ARCELORMITTAL

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 María 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 ArcelorMittal Spain Holding, S.L. y sus filiales ArcelorMittal Madrid, S.L., ArcelorMittal Comercial Perfiles España, S.L. y ArcelorMittal Commercial Spain, S.L. (en adelante, y por todas, ARCELORMITTAL) 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 1 de junio de 2020 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por ARCELORMITTAL, 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.

El recurso se presenta en plazo en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que interrumpió plazo de diez días previsto en el citado artículo 47 de la LDC desde el día 15 de marzo de 2020, habiendo sido reanudado el 1 de junio de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma declarado.

2. Con fecha 2 de junio 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 ARCELORMITTAL.
3. Con fecha 9 de junio de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procedía desestimar el recurso interpuesto por ARCELORMITTAL.
4. Con fecha 12 de junio de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a ARCELORMITTAL un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 9 de junio de 2020.
5. Con fecha 3 de julio de 2020, ARCELORMITTAL remitió el escrito de alegaciones al informe de la DC de 9 de junio de 2020.
6. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 23 de julio de 2020.
7. Es interesada en este expediente de recurso: ArcelorMittal Spain Holding, S.L. y sus filiales ArcelorMittal Madrid, S.L., ArcelorMittal Comercial Perfiles España, S.L. y ArcelorMittal Commercial Spain, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

ARCELORMITTAL 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 considera que no ha tenido acceso al documento al que se refiere el auto judicial que podría contener alguna referencia a los indicios con los que contaría la CNMC para ordenar la inspección, por lo que no ha podido comprobar si el Juzgado competente llevó a cabo el control previo de legalidad exigido por la jurisprudencia, esto es, que el interesado era titular del domicilio en el que se autorizaba la entrada y que la misma tenía apariencia de legalidad, era necesaria y proporcional.

Asimismo, señala que la orden de investigación citada **vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio** ya que:

- no cumple con los requisitos legalmente establecidos y desarrollados jurisprudencialmente, dado el **carácter demasiado genérico del objeto y alcance de la inspección que ordenaba**. En este sentido entiende que (i) el mercado a investigar - tanto desde la perspectiva del producto como del ámbito geográfico, (ii) el ámbito temporal de las prácticas investigadas y, por último, (iii) el vínculo concreto de ARCELORMITTAL con las prácticas investigadas en el marco de la información reservada, no se encuentran bien definidos y por lo tanto no permiten a las empresas afectadas conocer qué es lo que se está investigando y los elementos sobre los que se realiza la inspección.
- la inspección ordenada se llevó a cabo **sin indicios comprobables que la justificasen**, tal y como requiere la normativa y la jurisprudencia que va citando en su recurso, por lo que cualquier actuación de investigación derivada de ella es arbitraria y desproporcionada y, por ende, contraria a Derecho.

Asimismo, la recurrente también señala que la actuación inspectora **vulnera su derecho de defensa** ya que los inspectores impidieron o dificultaron a sus abogados externos verificar que la misma respetaba el objeto y el alcance de la orden de investigación, así como el deber de confidencialidad en relación con las comunicaciones privilegiadas y documentos personales. Por último, señala ARCELORMITTAL que, el acta de inspección incluye una dirección de correo personal y las direcciones de correo electrónico profesional de los empleados que fueron inspeccionados, que es una información de carácter personal, tal y como ha confirmado la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), y debería ser censurada de la versión del acta de inspección que se incorpore al expediente administrativo.

Por todo ello solicita a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC que se anulen tanto la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 como las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma, por cuanto le producen indefensión y perjuicio irreparable en el sentido del artículo 47 de la LDC y que, por tanto, deberán privarse de toda validez y efectos. Asimismo, solicita que se proceda a la devolución inmediata de la totalidad de la documentación recabada y que se eliminen del acta de inspección los correos electrónicos de los empleados que fueron inspeccionados.

1.2. Informe de la Dirección de Competencia

En su informe de 9 de junio de 2020 la DC propone la desestimación del recurso interpuesto por ARCELORMITTAL 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, en la medida en que las mismas **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.

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 26 de febrero de 2020 que autorizaba la entrada en la sede de ARCELORMITTAL. Asimismo, considera que el juez autorizó la misma porque si estimó suficiente la información que le trasladó la DC para poder realizar **el control de legalidad de la actuación administrativa exigido por la jurisprudencia**, a diferencia de lo alegado por la recurrente.

Por lo que se refiere al contenido de la citada orden de investigación afirma que **cumple con las exigencias del artículo 13.3 del RDC**, así como lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia. En concreto señala que en la orden se delimita adecuadamente el objeto, alcance y finalidad de la inspección, precisando los mercados investigados y la naturaleza de las conductas investigadas, añadiendo unas prácticas y un mercado que no fueron objeto de investigación en la inspección realizada en 2018 en la misma sede, y máxime estando en fase de información reservada, donde no se exige dar una información detallada y exhaustiva, contraria al efecto útil de la inspección.

En cuanto a la **falta de indicios comprobables** alegada por ARCELORMITTAL señala que la CNMC ha satisfecho las exigencias requeridas en cuanto a la provisión al órgano judicial de los elementos de juicio necesarios para decidir la entrada en el domicilio de la recurrente, sin que se deba dar traslado al investigado de todos los datos facilitados al juez y que estén a su disposición, debiendo mantener la confidencialidad de los mismos en el marco de una información reservada.

Por último, considera **que no se ha vulnerado el derecho de defensa de la recurrente** en relación al acceso a las herramientas informáticas utilizadas y al método de trabajo del equipo inspector, avalado por la jurisprudencia. Además, señala que ni durante la inspección ni al interponer el recurso ARCELORMITTAL ha identificado documentos personales o protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, mientras que el Tribunal Supremo indicó que este tipo de documentos exigían un comportamiento activo por el inspeccionado para su identificación.

Con respecto a la identificación de determinadas direcciones de correo electrónico en el acta de inspección, señala que la información recabada en la inspección tiene

cauteladamente carácter confidencial y en ningún caso se incorporará al expediente público hasta que no se haya sustanciado su confidencialidad en el momento oportuno.

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

ARCELORMITTAL en el escrito de alegaciones remitido el 3 de julio de 2020 tras conocer el informe de la DC de 9 de junio de 2020, considera que este último no desvirtúa los argumentos esgrimidos en su recurso por lo que se remite íntegramente al mismo y reitera los motivos de impugnación ya expuestos.

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 esta doctrina jurisprudencial a continuación se examina la posible existencia de indefensión o perjuicio irreparable derivada de la actuación administrativa impugnada en el recurso interpuesto por ARCELORMITTAL.

TERCERO. – Ausencia de perjuicio irreparable

Respecto a la existencia de **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).

La recurrente no individualiza de forma clara cuál es el concreto perjuicio irreparable ocasionado, sino que alega genéricamente que la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 y las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma le producen indefensión y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos. En este punto refiere una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio contemplado en el artículo 18.2 de la Constitución Española, motivada por las siguientes razones:

- La orden de investigación no cumple con los requisitos legalmente establecidos dado el **carácter demasiado genérico del objeto y alcance de la inspección** que ordenaba.
- **Inexistencia de indicios comprobables** que pudieran justificar la inspección.

Esta Sala, 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, OP; R/0148/13, Renault; R/0149/13, BP España y R/DC/0001/14, Almendra y Miel) ha descartado la existencia de perjuicio irreparable cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la CE. Es por ello que en el presente apartado procede analizar si la actuación inspectora realizada durante los días 3 a 5 de marzo de 2020, al amparo de la orden de investigación de 24 de febrero de 2020, ha supuesto una vulneración de dicho derecho fundamental o no, causando en el primer caso, un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la recurrente.

Antes de entrar a valorar separadamente los dos principales motivos alegados por la recurrente por los que considera que la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio, conviene repasar previamente cómo

se desarrolló la inspección por cuanto ello enlaza con otro aspecto alegado por ARCELORMITTAL, esto es la ausencia del control previo de legalidad exigido por la jurisprudencia al Juez en el auto judicial de 26 de febrero de 2020 por el cual se autorizó la inspección.

Como se expone en el informe de la DC de 9 de junio de 2020, la inspección se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 27 de la LCNMC, siguiendo lo dispuesto en la orden objeto de discusión y también en el auto nº 51/2020 de 26 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid de concesión de autorización de entrada en el domicilio de la recurrente (y el auto del día siguiente que rectificó errores materiales de éste).

Una vez que se informó a la empresa del objeto y contenido de dicha orden de investigación y del auto judicial, su abogada interna firmó el correspondiente recibí, accediendo a la práctica de la inspección, tal y como se indica en el acta de la misma (párrafo 18). Asimismo, de la lectura de ésta se desprende que la empresa recibió el citado auto judicial, por lo que debemos entender que cuando en el apartado PRIMERO punto 4 de su recurso señala que no tuvo acceso al contenido del auto a lo que se está refiriendo es a la documentación que la DC facilitó al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al solicitar la autorización de entrada, cuestión esta que analizaremos más adelante.

En cualquier caso y por lo que se refiere al control previo de legalidad exigido por reiterada jurisprudencia¹ para verificar: i) que el interesado era el titular del domicilio en el que se autorizaba la entrada; ii) que la entrada en el domicilio de ARCELORMITTAL tenía apariencia de legalidad y, iii) que la entrada en dicho domicilio era necesaria y proporcional, esto es, que se iba a llevar a cabo de tal modo que no se produjeran más limitaciones al derecho a la inviolabilidad del domicilio que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto en cuestión, no podemos coincidir con la recurrente en que dicho control no se haya llevado a cabo.

Al contrario, el Juez, que actúa en este caso como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no desconocía, y así se puede leer en el propio auto, que tenía que efectuar *“la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo, verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias”*

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, F.J. 3.a, 50/1995, de 23 de febrero, F.J. 5, 171/1997, de 14 de octubre, F.J. 3, 69/1999, de 26 de abril, 136/2000, de 29 de mayo, FF.JJ. 3 y 4).

Por todo ello, en el supuesto actual valoró que la actuación administrativa que motivaba la entrada tenía amparo en un fin legítimo tutelado por el ordenamiento jurídico y que dicha entrada era un medio necesario para la consecución de ese legítimo fin, no siendo factible otra vía menos lesiva o constrictiva del derecho afectado. Con la citada inspección se trataba de verificar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas, estimando el juez suficiente la información trasladada por la DC para que éste pudiera realizar el control de legalidad de la actuación administrativa, por lo que concedió la autorización de entrada en la sede de ARCELORMITTAL, considerando que existía título habilitante - la orden de investigación-, con apariencia de legalidad, la constatación de la necesidad de la actuación, habida cuenta de la naturaleza de los hechos a investigar, así como la proporcionalidad de la medida solicitada.

Así las cosas esta Sala considera que la recurrente sí ha tenido posibilidad de comprobar que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo ha llevado a cabo el referido control de legalidad y que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio se ha respetado en este sentido, si bien señala que ARCELORMITTAL tenía la posibilidad de recurrir en apelación la correspondiente autorización de entrada en los términos establecidos en la misma ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Una vez precisado que la empresa tuvo cumplida información respecto al objeto, contenido y finalidad de la inspección, así como del procedimiento que iba a seguir el equipo inspector para seleccionar la documentación (párrafos 31 y siguientes del acta de inspección), nos centraremos en el análisis del contenido de la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 para ver si la misma vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio, tal y como señala la recurrente.

a) Sobre el carácter demasiado genérico del objeto y alcance de la orden de investigación.

La recurrente considera que la orden de investigación que motivó la inspección infringe la normativa relevante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE que reseña a lo largo de su escrito, ya que adolece de una evidente falta de precisión en lo relativo al objeto y finalidad de la inspección. Como consecuencia de este objeto desproporcionado, continúa alegando, los inspectores de la DC recabaron un gran número de documentos que no estaban relacionados con los supuestos indicios que originaron la apertura de las diligencias preliminares en relación con una supuesta práctica concreta en el mercado de la compra de chatarra, vaciando así de contenido la obligación impuesta por la jurisprudencia de definir el objeto y la finalidad de la inspección y permitiéndose la realización de una inspección aleatoria o "*fishing expedition*".

Sin embargo, esta Sala no puede compartir los motivos expuestos por la recurrente que le llevan a tales conclusiones. A la vista del contenido de la orden discutida debemos afirmar que ésta sí cumple con las exigencias del artículo 13.3 del RDC, así como lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia.

En concreto, en relación **al objeto y finalidad de la nueva inspección** en la sede de ARCELORMITTAL, la orden indicaba literalmente que las prácticas a investigar incluían no sólo 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, que ya fue objeto de inspección en noviembre de 2018, sino también la fijación de condiciones comerciales o de servicio y los precios de venta de los productos finales de acero al carbono, en especial de productos largos. Y, por ello, señalaba la orden que:

“(...) el objeto de esta nueva inspección es verificar la existencia de dichas actuaciones por parte de ARCELORMITTAL 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.”

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*", y esta Sala entiende, tras la lectura de la orden de investigación, que la misma se ajusta al contenido exigido en dicho artículo.

Tal y como señala la DC en su informe, esta Sala considera que la orden delimita correctamente el objeto, alcance y finalidad de la inspección, precisando los mercados investigados y la naturaleza de las conductas investigadas, en concreto, la 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, prácticas y mercado estos últimos que no fueron objeto de investigación en la inspección realizada en noviembre de 2018.

Y es que precisamente, el resultado de las inspecciones realizadas en ARCELORMITTAL y en las sedes de otras empresas, junto con la información a la que la DC ha tenido acceso en el marco de la información reservada iniciada, como se indica en la orden de investigación, ha motivado las nuevas inspecciones ordenadas en marzo de 2020, precisándose esta vez, igualmente, el sujeto investigado -ARCELORMITTAL SPAIN HOLDING, S.L. y sus filiales ARCELORMITTAL MADRID, S.L., ARCELORMITTAL COMERCIAL PERFILES ESPAÑA, S.L. y ARCELORMITTAL COMMERCIAL SPAIN, S.L.-, así como la fecha en la que la inspección había de

practicarse a partir del día 3 de marzo de 2020, estando previsto que ésta pudiera continuar hasta el 6 de marzo de 2020.

La interpretación que de estas previsiones hace la jurisprudencia está en línea con estas afirmaciones: así, la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de julio de 2011², indicó que la orden de investigación debía 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.

² Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011, en el ámbito del Expte. S/0192/09 Asfaltos.

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,

“(...) el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36).”

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 cumplía los elementos esenciales exigidos por el artículo 20.4 del Reglamento nº 1/2003. A dicho pronunciamiento del antiguo TPI se ha remitido expresamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2017³, a la que también alude ARCELORMITTAL en su recurso:

“58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017, r. casación núm. 1062/2017, asunto SEMI.

infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99).

61. 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 nº 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 nº 1/2003 y el derecho a recurrir contra esta Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia”.

Siguiendo la citada jurisprudencia el Tribunal Supremo valoró el grado de concreción de la información que ha de contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio social de una empresa, y la extensión del control judicial cuando se trata, como ocurre en este supuesto, de una información reservada, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se

encuentra disponible en una investigación preliminar. Así, expresamente el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 31 de octubre de 2017 literalmente señala que:

“La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.

Esto es, el examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción”.

Pues bien, dicho esto, es evidente que la orden de investigación impugnada en este caso concretaba de manera suficiente el objeto, la finalidad y el alcance de la misma cumpliendo así con los requisitos exigidos por el artículo 13.3 del RDC, extremo que también estimó el juez cuando llevó a cabo dicho análisis- y unido a la información que le aportó la CNMC para que pudiera contar con elementos de juicio suficientes para realizar dicho examen- decidió conceder la autorización de entrada en el domicilio de la recurrente, como ya hemos visto anteriormente.

En cuanto a la delimitación del **mercado** objeto de la investigación, tanto desde el punto de vista del mercado de producto como desde el punto de vista geográfico o sector a investigar, también señala la recurrente que hay una falta de concreción contraria a la normativa. En relación a ello el TJCE ha manifestado en su sentencia de 25 de junio de 2014, recaída en el asunto C-37/13 *Nexans France SAS y Nexans SA*⁴; a la que alude también ARCELORMITTAL en su recurso, cuál debe ser el contenido de la orden de investigación, destacando que ésta no puede contener de forma precisa determinada información porque de lo que se trata precisamente en ese momento es de verificar la misma:

“(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

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

período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]”.

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

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.

En cuanto a la definición de mercado en los expedientes de concentración económica que se refiere ARCELORMITTAL en su recurso, 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, como sucede en el presente caso. En este sentido conviene subrayar de nuevo, 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*”.

Además, por lo que respecta al ámbito geográfico, esta Sala quiere señalar, que al igual que sucede con la delimitación temporal de los hechos objeto de investigación, que es otra de las alegaciones de la recurrente, son aspectos que tampoco aparecen recogidos entre el contenido de preceptiva inclusión en la orden de investigación de acuerdo con lo indicado en el artículo 13.3 del RDC.

Efectivamente, por lo que se refiere a **la falta de delimitación temporal** de la orden de investigación que refiere ARCELORMITTAL, la propia recurrente reconoce que “*la jurisprudencia ha establecido que la autoridad de competencia no tiene la obligación de definir el periodo concreto de las prácticas investigadas*”⁵. A esto debemos añadir que precisamente es para verificar tanto la naturaleza de los hechos supuestamente anticompetitivos como su duración temporal para lo que se lleva a cabo la inspección en la sede de las implicadas.

Esta misma Sala ya se ha pronunciado anteriormente acerca de la dificultad de delimitar temporalmente la conducta, aludiendo también a reiterada jurisprudencia de la UE, como la también alegada por ARCELORMITTAL relativa al asunto Deutsche Bahn AG de 6 de septiembre de 2014, concluyendo que⁶:

“(…) esta Sala considera razonable que con anterioridad a la inspección no sea posible determinar con detalle absoluto desde cuándo podían haberse venido produciendo las prácticas investigadas y que, en la medida en que la información a la que ha tenido acceso la DC sitúa las conductas objeto de investigación, al menos en el año 1998, tal como indica en su Informe, resulte perfectamente adecuado que la Orden de Inspección delimite el ámbito temporal de forma acorde, precisamente, por su coincidencia con la liberalización del mercado. En análogo sentido, la sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2014 (asunto Deutsche Bahn AG, párrafo 76) aclara: “[...] la Comisión no está obligada ni a efectuar una calificación jurídica precisa de las presuntas infracciones, ni a dar a conocer a la empresa todas las informaciones de que dispone, ni a indicar el período en el que tuvo lugar, a su juicio, la presunta infracción (sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 58)”.

Estos argumentos se han confirmado en múltiples resoluciones de esta Sala a recursos de inspecciones en que dicha cuestión también se ha planteado y han sido avalados por

⁵ Página 14 del escrito de recurso de ArcelorMittal Spain Holding, S.L. (folio 17)

⁶ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 4 de febrero de 2016, Expte. R/AJ/121/15 CORREOS EXPRESS; de 18 de mayo de 2017, Expte. R/AJ/121/17 ALTADIS y de 11 de octubre de 2017, R/AJ/047/17 IMASA.

numerosa jurisprudencia nacional. En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su reciente sentencia de 27 de diciembre de 2019, citando jurisprudencia de la UE, incluida la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1989, asunto *Dow Chemical*, a la que alude ARCELORMITTAL⁷:

“(...) que SJUE de 17 de octubre de 1989 Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, afirmó que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección toda la información de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar (apartado 45). Y respecto del alcance de esta facultad reconoce que «quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas». Precisa todavía más la STJU de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13, cuando afirma en su punto «[t]eniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, (...), la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha [...]». Como ya dijimos en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2019, recurso 286/2015, sin apartarnos de la STS de 31 de octubre de 2017, recurso 1062/2017, y ciñéndonos al contenido de la Orden que nos ocupa, constamos es suficientemente explícito en las razones y el objeto en que se centra la investigación, a pesar de que parte de la información a la que ha podido acceder tenga el carácter de reservada y no pueda ser totalmente explicitada...”

La última de las cuestiones que alega la recurrente en relación a la indefinición del objeto y alcance de la inspección que conducen en última instancia a la vulneración de la inviolabilidad de su domicilio social, es la ausencia en la orden de investigación de mención alguna al **vínculo concreto de ARCELORMITTAL con las prácticas investigadas** en el marco de las diligencias previas DP/0002/18. A este respecto esta Sala debe recordar que lo que se exige a la DC no es que traslade al investigado todos los datos que estén a su disposición, sino que aporte información suficiente al juez para que éste pueda contar con los elementos de juicio necesarios que le permitan fundar la procedencia de la solicitud de entrada en el domicilio para la realización de la inspección. Dicha exigencia, fue satisfecha por la DC pues así se puso de manifiesto explícitamente

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019 (rec. 624/2015), dictada en el ámbito del Expte. S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES.

en el propio auto judicial por lo que también en este punto deben descartarse las alegaciones de la recurrente.

En definitiva, esta Sala debe desestimar el motivo alegado por ARCELORMITTAL en cuanto al incumplimiento por la Orden de Investigación de los requisitos legales y jurisprudenciales, ya que el contenido de aquélla, tal y como se ha expuesto, respeta las exigencias establecidas tanto por el citado artículo 13.3 del RDC como por la jurisprudencia relevante al efecto, sin que quepa apreciar un carácter exploratorio en la actuación inspectora.

b) Sobre la inexistencia de indicios comprobables que pudieran justificar la inspección.

La recurrente considera que la segunda inspección realizada en su sede es nula de pleno derecho por vulnerar su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por cuanto la orden de investigación de 24 de febrero de 2020 no incluye ningún indicio comprobable que la justifique. En este sentido apoya sus argumentos en la obligación- establecida por la normativa y diversa jurisprudencia que cita a lo largo de su escrito-, de explicitar, aunque sea mínimamente, los indicios con los que cuenta y que se pretenden confirmar, es decir, *“siempre que indique con claridad los indicios que pretende comprobar”* (en palabras del TJUE en asuntos como *Dow Chemical* o *Nexans*).

Nada tiene que objetar esta Sala con respecto a dicha exigencia ni con respecto a la jurisprudencia que la confirma si bien considera que la alegación debe desestimarse por cuanto la DC, tal y como hemos ido viendo a lo largo de la presente resolución, sí ha satisfecho las exigencias requeridas en cuanto a la provisión al órgano judicial de los elementos de juicio necesarios para decidir la procedencia de la entrada en el domicilio de la recurrente, sin que quepa exigir la revelación a ARCELORMITRAL de la información facilitada al juez.

Como hemos visto en el propio auto judicial se indicaba la existencia de una información remitida por la CNMC al juez que tenía carácter reservado o confidencial, lo que implica su tratamiento como tal por el órgano jurisdiccional, al que incumbe no exponer datos que frustren el efecto útil de la investigación, pero al mismo tiempo le permite contar con información más precisa sobre la viabilidad de la entrada solicitada. Sin embargo, una cosa es que la CNMC aporte la información necesaria al órgano judicial para que éste pudiera contar con elementos de juicio suficientes que le permitan fundamentar adecuadamente la pertinencia de la entrada en el domicilio, y otra muy diferente- y así lo confirma la jurisprudencia- es que dichos indicios o información facilitada deba trasladarse al inspeccionado, máxime cuando directamente en la misma se contempla su carácter reservado o confidencial.

La reciente sentencia de 20 de diciembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que la DC cita en su informe de 9 de junio de 2020, corrobora esta forma de proceder concluyendo lo siguiente en relación a la petición de la apelante de acceder a

la información facilitada por la CNMC al órgano judicial al solicitar autorización de entrada para la realización de una inspección domiciliaria, destacando la necesidad de mantener la confidencialidad de la información de la que dispone la DC en el marco de una información reservada⁸:

“Por tanto, en la medida en que se refiere la otra parte a información de un expediente que se encuentra en información reservada (con las características citadas; no ha habido acceso de las partes todavía, ni alegaciones o identificación de información sensible en el mismo), no debería darse acceso al mismo, ya que, entre otros motivos, podrían verse comprometidos derechos de defensa de las otras partes investigadas.”

Es más, en la citada sentencia el Tribunal valora así la solicitud de la recurrente en conocer la información trasladada por la CNMC al juez al solicitar la autorización de entrada para realizar una inspección en fase de información reservada:

“No obstante, parece ser que lo que la parte apelante busca es conocer al detalle el objeto, circunstancias y desarrollo de las diligencias de investigación. Sin embargo, el conocimiento de dicha tramitación excede del objeto del presente procedimiento, limitado a la autorización de una entrada en domicilio y a la comprobación de la concurrencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles (...).”

En aquel caso como en el presente la investigación se encontraba en fase de información reservada y en la misma impera un tratamiento confidencial de la información obtenida por la autoridad de competencia, particularmente cuando, como también ocurre en este caso, la información deriva de otras inspecciones practicadas por la CNMC y así se indica explícitamente en el Auto autorizando la entrada en el domicilio de ARCELORMITTAL, al igual que la confidencialidad de la información facilitada por la CNMC al juez:

“(...) Se solicita por la representación de la Administración que no se incluya en la presente resolución y solo se conozca por el proveyente el contenido del documento que se aporta como Anexo o Documento 2, por contener información cuyo conocimiento por los interesados puede afectar a la investigación en curso, y, tratándose de actuaciones previas de un posible procedimiento sancionador, se consideran aplicables por analogía las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 302 regula el secreto del sumario, por lo que procede declarar secreto, sin acceso por las empresas implicadas, el referido documento, hasta el momento en que finalice la investigación (...).”

En definitiva, esta Sala coincide con la DC en que la recurrente carece de justificación en sus alegaciones, que se basan en una información a la que no ha tenido acceso por

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2019, rec. apelación 120/2019.

cuanto va exclusivamente dirigida al juez, que es quien debe conceder la autorización de entrada.

CUARTO. - Ausencia de indefensión

ARCELORMITTAL alega que la actuación inspectora de la DC durante la segunda inspección vulneró sus derechos de defensa ya que se impidió o dificultó que sus abogados externos pudiesen verificar que la actuación inspectora respetaba plenamente el objeto y el alcance de la orden de investigación, así como el deber de confidencialidad en relación con las comunicaciones privilegiadas y documentos de carácter personal.

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 defensa⁹:

“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».”

Asimismo, esta Sala recuerda que el ejercicio del derecho de defensa de la recurrente 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, sin que se pueda circunscribir a una única actuación, como puede ser la negativa a aceptar que los abogados externos visualicen las pantallas o accedan a los criterios de búsqueda de información del equipo inspector.

En todo caso, y atendiendo a las alegaciones de ARCELORMITTAL esta Sala debe concluir, en consonancia con el informe de la DC de 9 de junio de 2020, que no se ha producido la indefensión que la recurrente manifiesta.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

En primer lugar de la lectura del acta se puede ver cómo el jefe del equipo inspector solicitó a la recurrente al inicio de la inspección *“una sala de trabajo que pueda ser usada por los inspectores de la CNMC durante la inspección, en la que podrán estar presentes la empresa y/o sus abogados externos, si bien no podrán 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”* (párrafo 20 del acta). No consta en el acta que la recurrente se opusiera a dicha petición ni a las condiciones en que habría de desarrollarse la labor inspectora o, como alega ahora la recurrente, ninguna instrucción por parte del equipo inspector negando a los abogados externos la entrada en la sala de trabajo facilitada por ARCELORMITTAL al equipo inspector.

Es más, en este caso, en el párrafo 57 del acta de inspección se hace constar que a las 10:35 horas del 3 de marzo de 2020 se personaron en la sede de ARCELORMITTAL abogados externos de esta empresa, estando éstos presentes desde ese momento en la sala de trabajo facilitada al equipo inspector. Precisamente fueron los abogados externos los que, cuando el jefe del equipo inspector les solicitó que se distanciasen del equipo informático donde se realizaban las búsquedas, manifestaron que *“dicha medida no se encuentra justificada y que para garantizar que los inspectores realizan una actuación adecuada y respetuosa con los derechos del interesado dicha actuación debe ser objeto de observación directa por parte de los representantes de la empresa. Sin embargo, el jefe de inspección señaló que “la empresa no podrá tener acceso a las distintas herramientas ni a los criterios de búsqueda utilizados por el equipo instructor para seleccionar la información relevante para la investigación, puesto que el conocimiento de dichos criterios podría poner en riesgo la efectividad de la inspección. Indica como ejemplo que el conocimiento de dichos criterios podría, eventualmente, facilitar la localización y destrucción de información durante el curso de la inspección”*. (párrafos 78 y 79 del acta de inspección).

Asimismo, en el acta de inspección se indica también que, tras haber permitido uno de los investigados el acceso a su cuenta de correo electrónico personal, que según su propia declaración era utilizada también con fines de carácter profesional, el jefe del equipo inspector decidió proceder a la descarga del contenido de ese buzón de correo en los equipos informáticos de los inspectores, a fin de realizar un análisis de su contenido y poder seleccionar la información relacionada con el objeto de la investigación, manifestando el investigado no tener objeción a dicha actuación. Fue entonces cuando los abogados externos de la empresa manifestaron la desproporción de dicho modo de operar, considerando que *“el análisis de dicha cuenta de correo debería de producirse directamente en el ordenador del [investigado] y realizando búsquedas y selección de la información de manera manual”*, solicitando que *“en caso de que el equipo inspector realice el análisis de dicha información en los ordenadores de los inspectores, dicha actuación se realice bajo la supervisión de los abogados externos de la empresa”* (párrafos 124 a 127 del acta de inspección).

Con respecto a este particular conviene recordar que en el párrafo (14) de la Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la DC de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia, 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 23 de septiembre de 2014 que estableció la inexistencia de indefensión en relación al acceso a las herramientas informáticas utilizada y al método de trabajo del equipo inspector en la sala de trabajo facilitada por la empresa inspeccionada¹⁰:

“A la vista de lo señalado, este Consejo considera que la alegación de RENAULT de que se impidió a sus abogados o representantes estar presentes durante la revisión documental, lo que a su vez generó que RENAULT no pudiera “controlar a qué documentos electrónicos estaban accediendo los inspectores de la CNC, pues no podía supervisar y verificar el trabajo de selección y filtrado de los funcionarios de la CNC”, no resulta ajustada a los hechos acaecidos y contradice las propias manifestaciones expresadas por RENAULT en sus escritos de recurso. En primer lugar tal interpretación supone, por un lado, desconocer la indicación expresa de los inspectores de que los representantes y abogados de RENAULT podían estar presentes en la sala donde se llevaba a cabo la revisión documental. En segundo término vincula incorrectamente la advertencia de los inspectores de que la presencia de representantes de RENAULT debía articularse de forma que se preservasen las técnicas y los procedimientos informáticos de la inspección, con la consecuencia de que se decidiera no estar presente en la sala de trabajo por parte de los representantes y abogados de RENAULT. Este Consejo no aprecia que exista una relación de causa efecto justificable entre la indicación y advertencia formulada por los inspectores y la conducta protagonizada por los abogados de RENAULT (...).

El interés público implícito a que se preserve la eficacia de las herramientas informáticas y método de trabajo empleados en las inspecciones debe conjugarse con el interés de las inspeccionadas a realizar un seguimiento razonable del desarrollo de la inspección que se realiza en su sede.

Este Consejo, por tanto, no considera admisible la argumentación que realiza RENAULT en su recurso, respecto a que se le impidió el acceso a la sala de filtrado y revisión de la documentación inicialmente recabada: “(...) el verdadero proceso de revisión de la información se produjo en un momento posterior, en la sala asignada al equipo inspector de la CNC. Ése es el proceso en el que Renault quiso estar presente –sin interferir en absoluto en las labores de los inspectores– y es a lo que la DI se negó, como se desprende del Acta de Inspección y del Acta Notarial”. Al contrario de lo que sostiene la recurrente, este Consejo estima que el abandono de los abogados de RENAULT de la sala donde se realizaba el sucesivo filtrado de la información en formato electrónico respondió exclusivamente a un

¹⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

acto voluntario de RENAULT, del que no cabe responsabilizar a los inspectores ni por extensión a la DI”.

Asimismo, la Audiencia Nacional en sus sentencias de 12 de junio y 21 de julio de 2014¹¹, entre otras, ha confirmado la inexistente indefensión causada a la empresa inspeccionada en relación al acceso por los abogados externos a las distintas herramientas y criterios de búsqueda utilizados por el equipo inspector para seleccionar la información relacionada con los hechos objeto de investigación, puesto que el conocimiento de dichos criterios podría poner en riesgo la efectividad de la inspección:

“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”.

Así pues, esta Sala considera que no se puede considerar que la negativa a aceptar que los abogados externos visualicen las pantallas o accedan a los criterios de búsqueda de información del equipo inspector durante la inspección suponga una vulneración del derecho de defensa de a ARCELORMITTAL.

Asimismo, de la lectura del acta se puede observar como el equipo inspector explicó detalladamente cómo se desarrollaría la inspección y como alentó a ARCELORMITTAL a que ejerciera sus derechos de defensa a lo largo de toda la inspección y a que colaborase¹² localizando e identificando los documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa, para que tras un análisis somero por el equipo de inspección, y si este así lo considera procedente, dichos documentos claramente individualizados e identificados por la empresa, fuesen eliminados de la información inicialmente recabada. En todo caso también se señaló que 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 de la empresa y que encuentre en el transcurso del análisis

¹¹ Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014, rec. 3/2013 BP ESPAÑA y de 21 de julio de 2014, rec. 5572013, RENAULT ESPAÑA, S.A. y RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A., confirmando la citada Resolución del Consejo de la CNC de 23 de septiembre de 2013, Expte. R/0148/13 RENAULT.

¹² Así por ejemplo párrafos 27, 75, 86, 87, 120, 121 del acta de inspección.

de la documentación recabada, aunque su confidencialidad no se hubiera solicitado previamente por la empresa durante la inspección.

Sin embargo, en ningún momento durante la inspección ni al interponer el recurso ARCELORMITTAL ha identificado documentos personales o protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, por lo que no ha cumplido con la carga de la prueba que la jurisprudencia impone al inspeccionado para identificar este tipo de documentos de especial protección. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012 (recurso nº 6552/2009 DF, Asunto Stanpa) señaló esta exigencia de llevar a cabo 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 lo que se refiere al acceso a información relacionada con el objeto de la investigación que pueda contenerse en los buzones de correos utilizados por los directivos inspeccionados, sobre todo teniendo en cuenta las pautas utilizadas por el personal inspector, esta Sala considera, en concordancia con la DC, que tampoco supone una vulneración del derecho de defensa de la recurrente. Como hemos señalado previamente el equipo inspector comunicó a la recurrente su necesidad de colaborar con la identificación de aquellos documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas, así como de información contenida en las comunicaciones abogado-cliente, y en todo caso el mero acceso a dicha información no constituye una vulneración del derecho de defensa de la empresa. Además, como hemos visto, una vez comunicado a uno de los directivos inspeccionados que se iba a descargar su buzón de correo electrónico personal para su análisis, no hubo objeción alguna por parte del investigado, tras haber él mismo facilitado el acceso a dicha cuenta, una vez analizado someramente su contenido en presencia del investigado y de los abogados externos y constatada la existencia de información de carácter profesional (párrafos 123, 124, 126 y 128).

El acta de inspección recoge igualmente las explicaciones facilitadas por el jefe del equipo de inspección al investigado y los abogados externos para justificar la necesidad de proceder a la descarga del contenido de la citada cuenta de correo electrónico, así como las garantías para el tratamiento de la información que de este modo pudiera recabarse, destacando la entrega a la empresa al término de la inspección de una copia de la información finalmente recabada, así como el borrado seguro del resto de la documentación analizada (párrafo 133) y el deber de secreto de los miembros del equipo inspector (párrafo 134).

Por último, conviene recordar, como ya hizo la DC en su informe, que en el acta de inspección se señala que la información recabada en la inspección tendrá cautelarmente carácter confidencial y que, una vez analizada 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, en el plazo de diez días, la empresa solicite de forma individualizada y motivada qué documentos considera confidenciales, por lo que en

ningún caso dicha información será incluida en el expediente público mientras no se haya sustanciado la confidencialidad de ésta (párrafo 40).

Por ello, respecto de la identificación de determinadas direcciones de correo electrónico en el acta de inspección, una de ellas, según ARCELORMITTAL, de carácter personal (párrafo 163) y otras tres de carácter profesional (párrafos 163, 164 y 165), así como también del anexo al que se hace referencia expresa en el párrafo (171) del acta de inspección, que recoge la información sobre los correos electrónicos tipo web mail así como los números de los teléfonos móviles examinados por el equipo inspector, esta Sala debe recordar que las cuestiones relativas al tratamiento de datos personales en el ámbito de instrucción de expedientes basados en la LDC han sido objeto de una consulta a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por parte de la CNMC. La AEPD dio respuesta a la misma en su informe AEPD 022147/19 de 31 de enero de 2020¹³.

Si bien el tratamiento de los datos personales no se encuentra incluido dentro del ámbito de la confidencialidad y los datos personales no son susceptibles de ser declarados confidenciales, el artículo 5.1.c del Reglamento (UE) 2016/679¹⁴ (o Reglamento General de Protección de Datos, RGPD) establece un principio general de minimización de datos. De este modo quedan amparados los tratamientos de datos personales que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que dichos datos son tratados.

En consecuencia, los datos personales recabados en el marco de un procedimiento de defensa de la competencia deben ser objeto de una valoración para determinar si son necesarios para la tramitación y resolución del expediente, debiendo ser suprimidos y no tratados aquellos datos personales que no sean necesarios. La recurrente, llegado el momento oportuno, podrá solicitar su minimización, motivando ésta, y una vez hecho eso será la DC la encargada de valorarla, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDC) y que dicha información puede ser eventualmente necesaria para determinar si los hechos objeto de investigación

El tratamiento de datos de carácter personal como consecuencia de la instrucción de procedimientos sancionadores, tiene por finalidad permitir a la CNMC cumplir con la misión de interés público que tiene asignada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.e) del RGPD: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”*, habiendo sido atribuida dicha competencia por una norma con rango de ley conforme a lo exigido por el artículo 8.2 de la LOPD.

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo

¹³ <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0074.pdf>

¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (RGPD)

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 ARCELORMITTAL 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 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.