



Roj: **SAN 2088/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2088**

Id Cendoj: **28079230062023100255**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/04/2023**

Nº de Recurso: **838/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000838 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06343/2019

Demandante: METALÚRGICA GALAICA S.A. y MEGASA SIDERÚRGICA, S.L. "MEGASA"

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a catorce de abril de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **838/2019** promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **METALÚRGICA GALAICA S.A. y MEGASA SIDERÚRGICA, S.L. "MEGASA"**, contra la Resolución de fecha 14 de marzo de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente R/AJ/113/18, MEGASA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por METALÚRGICA GALAICA, S.A y MEGASA SIDERURGICA, S.L contra la orden de investigación expedida el 20 de noviembre de 2018, por la Directora de Competencia y la actuación inspectora posterior llevada a cabo en la sede de la empresa.

Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo:

"Declare que no son conformes a derecho la Orden de Investigación del Director de Competencia de la CNMC de 20 de noviembre de 2018, la actuación inspectora desarrollada en la sede de MEGASA los días 27 y 28 de noviembre del mismo año y la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 14 de marzo de 2019, dictada en el Expediente R/AJ/113/18, asunto MEGASA, que confirma la validez de aquéllas.

Ordene a la CNMC que devuelva a MEGASA todos los documentos recabados durante la inspección realizada en su sede y se abstenga de utilizarlos en las Diligencias Previas DP/0002/18 o en cualquier otro procedimiento que la CNMC pudiera eventualmente incoar.

(iii) Condene en costas a la Administración demandada".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se concedió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 8 de febrero de 2023, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 14 de marzo de 2019, dictada en el expediente R/AJ/113/18, MEGASA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por METALÚRGICA GALAICA, S.A y MEGASA SIDERURGICA, S.L contra la orden de investigación expedida el 20 de noviembre de 2018 por la Directora de Competencia y la actuación inspectora posterior llevada a cabo en la sede de la empresa .

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

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

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. Por orden de la Directora de Competencia de 20 de noviembre de 2018, se autorizó la inspección de la sede de las empresas METALÚRGICA GALAICA S.A. y MEGASA SIDERÚRGICA S.L por su posible participación en prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el "mercado de compra de chatarra para la producción de acero, consistente en la coordinación de su comportamiento para fijar los precios de compra de dicho producto a sus suministradores".
2. Mediante auto de 26 de noviembre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ferrol, se autorizó judicialmente la inspección en la sede de las empresas METALÚRGICA GALAICA S.A y MEGASA SIDERÚRGICA S.L. ambas pertenecientes al grupo MEGASA.
3. Con fecha 27 de noviembre de 2018, se inició la inspección en la sede de las referidas empresas, tras la entrega a sus representantes de la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 y el auto de 26 de noviembre de 2018 que autorizaba la inspección.
4. Las actuaciones de inspección se prolongaron hasta el 28 de noviembre de 2018, a las 14:47 horas, levantándose a su término la correspondiente acta.
5. Con fecha 12 de diciembre de 2018, la representación de METALÚRGICA GALAICA S.A, y MEGASA SIDERÚRGICA S.L interpuso recurso administrativo ante la CNMC, contra la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 y la actuación inspectora realizada al amparo de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC.



6. Con fecha 20 de diciembre de 2018, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso en el que proponía la desestimación del recurso porque, a su juicio, la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018 y la posterior actuación inspectora en ningún caso produjeron indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente, no reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. Al citado informe se adjuntaba el acta de la inspección desarrollada los días 27 y 28 de noviembre de 2018.

7. El día 30 de enero de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de MEGASA.

8. La Sala de Competencia resolvió el recurso en su reunión de 14 de marzo de 2019, resolución que constituye el objeto del presente recurso.

SEGUNDO. La resolución recurrida expone que la orden de investigación de 20 de noviembre de 2018, precisa de manera suficiente los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC de acuerdo con la jurisprudencia recaída en la materia.

Así, expone la resolución recurrida que en relación a su objeto y finalidad, la orden indica que " *La CNMC dispone de información según la cual empresas de los Grupos ARCELORMITTAL, CELSA y MEGASA habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de compra de chatarra para la producción de acero, consistente en la coordinación de su comportamiento para fijar los precios de compra de dicho producto a sus suministradores*", y por ello, " *el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivas para la fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica*".

La Dirección de Competencia, circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas y no se remite a todo el contenido del artículo 1 de la LDC, sino únicamente a la " *fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero*".

En cuanto a su alcance la orden expresamente indica que la inspección persigue " *determinar todos los hechos pertinentes relativos a los posibles acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivas y al contexto en el que se aplican, así como la identidad de todos los participantes*" en las conductas investigadas.

Respecto a los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, se indica también en la citada orden que la investigación podría abarcar, entre otras, las siguientes actuaciones: " *- La inspección del registro de comunicaciones internas. -La inspección del registro de comunicaciones externas, incluido el libro de "faxes" y la correspondencia comercial. - La inspección de las agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa. 8 -La inspección de los archivos físicos e informáticos. -La inspección de ordenadores personales. -La inspección del Libro de Actas del Consejo o de los órganos directivos. -La inspección de los documentos contractuales*".

Identifica que el mercado investigado es el de " *compra de chatarra para la producción de acero*".

Destaca la resolución recurrida que la orden delimita el ámbito procedimental en el que la actuación inspectora tiene lugar, esto es, en el de una información reservada en el que no hay expediente incoado, es decir, todavía no se ha producido la imputación formal de ninguna infracción. Entiende que ello es relevante a la hora de determinar el nivel de detalle exigible a la orden de investigación en lo que a la descripción de los hechos investigados se refiere, pues lo que persigue la Dirección de Competencia es recabar datos que le permitan determinar si "la noticia de la posible existencia de una infracción", a la que se refiere el artículo 49.2 de la LDC se concreta en indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas.

Recuerda la resolución recurrida que no es hasta la formulación del correspondiente pliego de concreción de hechos cuando queda definida la acusación y las personas contra las que se dirige el procedimiento y, por tanto, será entonces cuando se defina con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se circunscriben las conductas investigadas, así como su duración. Es tras la notificación del Pliego de Concreción de Hechos cuando las empresas afectadas disponen de los elementos de juicio necesarios para ejercer su derecho de defensa en relación a esos aspectos.

Advierte la resolución impugnada que la delimitación exacta del mercado -o la caracterización de todos sus elementos- no resulta imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, pues no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir que son



anticompetitivos por su objeto. Por ello, no puede exigirse a la autoridad de competencia una concreción en la delimitación del mercado al inicio de las investigaciones que no se exige cuando el expediente sancionador se resuelve. Al iniciarse una investigación, la identificación del mercado o sector investigado debe permitir a la empresa inspeccionada conocer el objetivo y finalidad de la inspección.

Por esa razón, dice, la identificación del "mercado de compra de chatarra para la producción de acero" incluida en la orden cumple con este requisito, sin que pueda considerarse un mercado de menor precisión que los mencionados por MEGASA en su recurso basados en precedentes anteriores de las autoridades de competencia.

En cuanto a la delimitación temporal de los hechos objetos de investigación, expone la resolución impugnada que el artículo 13.3 del RDC no establece exigencia legal alguna de delimitar el ámbito temporal de los hechos investigados. Admite que en el auto de autorización de entrada se hace referencia a prácticas anticompetitivas que tendrían lugar desde, "al menos, 2015". Sin embargo, esta referencia temporal simplemente reproduce la información trasladada al juez y por esa razón, el auto señala que la información a la que ha tenido acceso la CNMC se remite a prácticas anticompetitivas que se vendrían realizando, al menos, desde 2015.

En la medida en que la información a la que ha tenido acceso la Dirección de Competencia sitúa las conductas objeto de investigación al menos desde 2015, es razonable, dice la resolución recurrida, que la orden de investigación delimite el ámbito temporal de esta forma y para verificar tanto la naturaleza de esos supuestos hechos anticompetitivos como su duración temporal se solicite autorización judicial para inspeccionar la sede de las empresas que estarían implicadas en dichos hechos y dilucidar así, entre otros elementos, el propio ámbito temporal de la posible infracción.

Respecto a la delimitación del ámbito geográfico de la conducta investigada en la orden de investigación quedó definido en el auto de 26 de noviembre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol por el que se autorizó la entrada de acuerdo con la información proporcionada por la propia Dirección de Competencia, auto que fue notificado a MEGASA al mismo tiempo que la orden de investigación impugnada por lo que tuvo conocimiento desde el primer momento de la citada información.

En cuanto 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, advierte la resolución impugnada 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" con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.

Por esa razón, dice la resolución recurrida, la pretensión del recurrente de darle traslado del escrito de la Comisión Europea que dio origen a la investigación, así como de cualquier otra información recibida no es procedente con independencia de que si finalmente se incoa expediente sancionador, a partir de ese momento el interesado tendrá acceso al expediente.

Respecto a que no se permitió a los abogados externos de MEGASA visualizar las pantallas de los ordenadores de los inspectores, impidiendo verificar si la labor inspectora se adecuaba al objeto, alcance y finalidad de la inspección.

La resolución recurrida destaca que en el Acta de Inspección se refleja que los inspectores comunicaron a los abogados externos de la empresa que podrían estar presentes en la sala donde se encontraban los inspectores mientras éstos trabajaban, pero sin acceder a las distintas herramientas de trabajo utilizadas, ya que su conocimiento podría interferir en el desarrollo de la propia inspección.

El acta refleja que tanto el representante de MEGASA como los abogados externos continuaron presentes durante el resto de la inspección en la sala de trabajo del equipo inspector, aunque sin visualizar directamente las pantallas de los ordenadores de los inspectores.

Destaca la resolución recurrida que el acta de inspección pone de manifiesto que solo se obtuvieron copias de archivos digitales de tres personas de la empresa investigada, en concreto, del CEO, la responsable de compra de chatarra y el director de compras de chatarra lo que demuestra, que la actuación inspectora no constituyó en ningún caso una *fishing expedition*.

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 domiciliar y no tuvieran ningún impedimento para desarrollar cuantas verificaciones consideraran necesarias sobre la documentación original, con independencia de su pretensión de visualizar directamente las pantallas de los ordenadores del equipo inspector durante la selección final de dicha documentación.

Destaca que la fuente o archivo digital original de la documentación electrónica recabada continuaba en poder de la propia empresa, lo que permitía identificar cualquier documento privilegiado, personal o ajeno al objeto de la inspección con mayor celeridad que los propios inspectores para poder señalarlo específicamente ante estos.

Además, el acta de inspección acredita que, antes de proceder a cualquier verificación, los inspectores solicitaron expresamente a las personas investigadas que identificasen la documentación afectada por la confidencialidad abogado- cliente o de carácter personal que pudiera hallarse entre los archivos digitales que se iban a inspeccionar, siendo descartados los documentos abogado-cliente que fueron identificados por uno de los directivos de la empresa así como la documentación de carácter personal que se localizó en dicho momento.

Por todo ello, considera la resolución impugnada que la actuación inspectora desarrollada por la CNMC no pudo causar ninguna indefensión a MEGASA ni imposibilitó que los abogados externos verificasen que la actuación inspectora respetaba el objeto y el alcance de la inspección y, en concreto, el deber de confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Por último, sostiene MEGASA que la actuación inspectora le causó indefensión al recabarse documentos ajenos a los indicios que motivaron la autorización judicial de la inspección de la Dirección de Competencia.

La resolución recurrida rechaza el argumento porque la referencia que hace el auto citado a prácticas anticompetitivas que tendrían lugar desde "al menos, 2015" no se establece como límite temporal, sino que solo reproduce la información trasladada al juez por la Dirección de Competencia.

TERCERO.- Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación.

Entiende que en la medida en que confirma la validez de la orden que autoriza la inspección en la sede de su empresa vulnera su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado por el artículo 18.2 de la Constitución, infringiendo los arts 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Considera también que la resolución impugnada es nula ya que la Orden vulneró los artículos 27 de la Ley de creación de la CNMC y 13.3 del RDC y generó indefensión a MEGASA, al no concretar correctamente los indicios, objeto, finalidad y ámbito temporal y geográfico de la inspección.

La Orden no definió adecuadamente el objeto y finalidad de la inspección.

Tampoco contiene referencia alguna a la información de la que disponía la DC y con base en la cual se ha decidido ordenar la inspección pues en ningún caso puede la Administración demandada incumplir su obligación legal de incluir la información necesaria en la Orden de investigación amparándose en que estas iban a ser subsanadas posteriormente por un Auto judicial. .

La Orden no define el periodo temporal de la investigación.

A pesar de no existir una obligación stricto sensu de delimitar con precisión la duración de la infracción en el momento preliminar del procedimiento, la Administración demandada sí tenía la obligación, de acuerdo con la jurisprudencia europea, de incluir en la Orden una explicación acerca de la forma en que se estima que la empresa inspeccionada está implicada en la infracción, incluyendo los datos e indicios materiales más importantes que la llevan a sospechar la participación por parte de la empresa en cuestión de la infracción. En este sentido, la información de que la infracción se habría llevado a cabo, al menos, desde 2015, le habría permitido valorar el alcance de su obligación de cooperación en el marco de la inspección.

La Orden no define el ámbito geográfico de la inspección conforme a la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Transmediterránea*, que señalaba "ni se define ni precisa el ámbito territorial al que se refiere la investigación" refiriéndose por tanto claramente a la delimitación del ámbito territorial como elemento necesario que debió ser incluido para incluir en la orden de investigación y asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017.

Entiende también que la Resolución impugnada es nula porque al ratificar la actuación de los inspectores que impidieron 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, vulnera los artículos mencionados en el epígrafe de este fundamento y genera indefensión.

Critica que se impidiese a los abogados externos visualizar las pantallas de los inspectores cuando éstos realizaban la inspección porque impide verificar si la inspección se adecuó al contenido de la Orden de



inspección y no existe mecanismo de control alguno que permita verificar si los inspectores adecuaron su actuación a lo estipulado en la Orden de investigación.

El mero hecho de que pregunten a los empleados por la identificación de sus datos de carácter personal o por las comunicaciones privilegiadas entre abogado y cliente no sirve de nada si se imposibilita la verificación por parte de los representantes legales de la empresa de que la actuación inspectora se ajusta a la legalidad.

En ningún lugar del Acta se justifica por qué la pretendida visualización de las pantallas de los ordenadores durante la inspección por los abogados externos podría haber supuesto un obstáculo para la labor inspectora ni se ha razonado qué justificaría una limitación tan excesiva del derecho de defensa cuando la práctica habitual de la Comisión Europea es permitir esta visualización por parte de los representantes legales de la empresa.

Si se permite a los inspectores visualizar la documentación a puerta cerrada, nada impide a un inspector leer el contenido íntegro de un documento que no está cubierto por la orden de inspección y ocultarlo. Consecuentemente, si dicho inspector decide (voluntaria o involuntariamente) no solicitar una copia del documento la empresa no sabrá nunca que ya ha sido leído. Es evidente entonces que esta forma de proceder priva a los abogados externos de realizar su función de defensa, vulnera derechos fundamentales y sería impensable en el marco de una inspección llevada a cabo por la Comisión Europea.

De acuerdo con todo lo anterior, la imposibilidad de visualizar las pantallas de los inspectores mientras éstos revisaban los documentos impidió a MEGASA ejercer sus derechos de defensa durante la inspección, al impedirse señalar la información de carácter privado, privilegiado o ajena al objeto de la investigación, motivo por el que debe anularse la Resolución impugnada.

Por último, denuncia que los indicios en los que se basó la Dirección de Competencia y por los cuales el juzgado autorizó la entrada en el domicilio social de MEGASA se iniciaban el año 2015. Por tanto, en ningún caso debieron incautarse documentos anteriores a 2015 al ser éstos ajenos al objeto y la finalidad de la inspección.

CUARTO.- Entrando a examinar la legalidad de la Orden de Investigación de 20 de noviembre de 2018 ahora impugnada, podemos anticipar que no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliar reconocida en el artículo 18.2 de la CE por cuanto la investigación y el registro domiciliario en la sede de la mercantil recurrente ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien los artículos 8.6 de la LJCA y 91.2 de la LOPJ- atribuyen competencia para autorizar, en su caso, la entrada domiciliar una vez analizada la citada Orden de Inspección y tras comprobar que la entrada domiciliar cumplía con los requisitos de adecuación, razonabilidad y proporcionalidad ponderados los intereses que estaban en juego y, entre ellos, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En este caso, la autorización de entrada y de registro domiciliario se ha adoptado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Ferrol quien, a solicitud de la CNMC e *inaudita parte*, dictó auto en fecha 26 de noviembre de 2018 .

Conviene recordar que el Juez al que se solicita la autorización judicial para la entrada en un domicilio conforme al art. 8.6 de la LJCA es el que debe realizar la ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto y de prevenir eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -juez de garantías-reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio y 136/2000, de 29 de mayo).

El hecho de no ser el mismo órgano judicial que conocerá del resultado de la actuación inspectora no significa que actúe con una suerte de automatismo formal (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre), sino que deberá comprobar (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad "prima facie"; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se llevará a cabo de tal modo que las limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución serán las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo, o 139/2004, de 13 de septiembre).

En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 13 de octubre de 2020, rec. 3997/2019 que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000, analiza la posible vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar cuando la entrada en el domicilio se ha autorizado por el órgano judicial competente para autorizar las entradas y registros domiciliarios, como es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Y en dicha sentencia se dice que:



"El primer motivo del recurso invoca la causa de nulidad descrita en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015), por haber lesionado la orden de investigación su derecho a la inviolabilidad del domicilio, susceptible de amparo constitucional.

Aunque la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de carácter instrumental, establecido para defender y garantizar el ámbito de privacidad de la persona, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya desde la sentencia 137/1985 , ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor de protección según indica la STC 69/1999 (FJ 2), con matices que no vienen al caso.

La inviolabilidad del domicilio se concreta en la interdicción de la entrada y registro domiciliario, de forma que fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (STC 22/2003 , FD 3, y las que allí se citan).

Por tanto, al margen de los casos de flagrancia y consentimiento del titular, el registro será constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial (STC 8/2000 , FD 4), que cumpla los parámetros exigidos constitucionalmente.

En este caso, la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente fue acordada por la Orden de inspección del Director de Investigación de la AVC, de fecha 24 de junio de 2016 y contó con autorización judicial acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Bilbao, en auto de 27 de junio de 2016 , que obra en el expediente.

El auto de autorización de entrada y registro fue recurrido en apelación por la empresa impugnada, que alegó diversos motivos de impugnación, como la falta de competencia de la AVC en el procedimiento de inspección, de la que ya hemos tratado en esta sentencia, la falta de justificación de las razones por las que se inició la inspección y se ordenó el registro y la ausencia de delimitación respecto del objeto de investigación, entre otros motivos, y el recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, de 22 de diciembre de 2016 , que examinó y rechazó todos los motivos de impugnación.

En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad.

Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE , sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

La citada sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 en su fundamento de derecho cuarto dispuso que:

"4. De conformidad con lo expuesto, nuestro examen ha de iniciarse por el análisis de la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, sólo en caso de verificación de defectos con relevancia constitucional en el marco de la lesión del derecho constitucional sustantivo, procedería examinar qué pruebas sustentaron la convicción del Tribunal para declarar los hechos probados y fundamentar la condena del recurrente y si a ellas les afecta la prohibición de valoración de pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales.

A tal efecto ha de partirse de los defectos atribuidos en la demanda de amparo a la resolución judicial que autorizó la medida de injerencia en la intimidad domiciliaria, en particular, la ausencia de motivación y proporcionalidad de dicha resolución.

La carencia de motivación se habría materializado en que el Auto de 19 de diciembre de 1990 utilizó un modelo impreso que no satisfaría las exigencias mínimas de motivación y que, a pesar de lo argumentado en la Sentencia de instancia y en el Auto del Tribunal Supremo, ni podría ser integrado con la solicitud policial, ni, aunque pudiera serlo, supliría las carencias de la resolución judicial, dado que también adolecería de la misma falta de exteriorización de los indicios de criminalidad que afectaría a ésta y cuya concurrencia podrían justificarla dado el art. 550 en relación con el art. 546, ambos de la LECrim . Por tanto, ni el Auto judicial ni la solicitud policial exteriorizan la suficiente información que permite "realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida". Pues la alusión a "noticias confidenciales", aunque se consideren fidedignas, no podría fundar en este caso una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales. Por último, el Auto tampoco podría completarse con el "ulterior atestado policial", como hizo la Sentencia de primera instancia, pues, si bien, revela una mayor información, "no subsana la parquedad del oficio mismo que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada, y lo único que podrá estar llamado a integrar la resolución judicial".

Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente, ha de partirse de que "ninguna entrada o registro



podrá hacerse en él [domicilio] sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio , FJ 8), que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (STC 126/1995, de 25 de julio , FJ 2; 139/1999, de 22 de julio , FJ 2; en el mismo sentido SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31 ; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5 ; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34 ; 171/1999, de 27 de septiembre , FJ 10).

A este respecto, ha de señalarse que "no se da garantía alguna cuando la resolución, aún de órgano judicial, se produce con un mero automatismo formal" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero , FJ 31, 137/1985, de 17 de octubre , FJ 5, 126/1995 , FJ 3, 139/1999 , FJ 2), pues la autorización judicial "vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental" (STC 50/1995 , FJ 5). Por tanto, la exigencia de motivación de la autorización judicial constituye la vía de verificación de la existencia de la ponderación judicial requerida como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999 , FJ 10).

Consecuencia de todo ello es que la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998 , FJ 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, FJ 10). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999 , FJ 8, 166/1999 , FJ 8, 171/1999 , FJ 10).

Como ha recordado recientemente este Tribunal recogiendo la doctrina de la STC 49/1999 , "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (STC 49/1999 , FJ 8). Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios, en buenas razones o fuertes presunciones (SSTEDH caso Klass, caso Lüdi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1), o indicios de la responsabilidad criminal (art. 579.2)".

Podemos así concluir que el artículo 8.6 de la LJCA otorga efectivamente un mecanismo de control al Juez Contencioso- Administrativo, a los efectos, de preservar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, erigiéndose, dicho mecanismo de control en un auténtico filtro a efectos de evitar comportamientos arbitrarios de la Administración cuya interdicción viene proclamada por el artículo 9.3 de la Constitución y, específicamente, a través de la necesidad de que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como impone el artículo 103.1 de la CE.

Y, por ello, en el análisis de la posible vulneración de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio tiene trascendencia que, en el caso concreto, la entrada y registro domiciliario se haya efectuado bajo los parámetros del auto judicial citado por cuanto corresponde al órgano judicial al acordar dicha autorización efectuar un control de la garantía constitucional analizada teniendo en cuenta los intereses enfrentados con arreglo a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad. Y aunque, es cierto, que el auto judicial acordando la entrada y el registro domiciliario ya ha efectuado un primer control respecto de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, ello no impide, sin embargo que esta Sala, ante la que se ha impugnado la Orden de Investigación, pueda examinar la validez y corrección jurídica de la citada Orden de Investigación con arreglo a parámetros de legalidad ordinaria recogidos en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Precepto que especifica cuales son los requisitos de la Orden de Investigación en cuanto que debe indicarse el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos inspeccionados, 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.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, en la que precisó que "el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y



registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso la Orden de inspección- enjuicie ésta en su integridad".

QUINTO. - Corresponde, por tanto, ahora analizar si la Orden de Investigación respeta en su contenido y forma las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Se trata de determinar cuál debe ser el alcance de la información que debe recogerse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario y evitar así una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

En todo caso, debemos recordar que la información reservada, cualquiera que pueda ser su origen afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora y ello incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".*

En consecuencia, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que o bien no se conocen o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Para determinar cuál debe ser el alcance de la información que debe contemplarse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario es preciso acudir a la jurisprudencia comunitaria que ha precisado los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T-339/04), señala:

"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.

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 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".

La entidad recurrente sostiene que la Orden de Investigación vulnera el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y que debe anularse dada (i) la falta de definición del alcance, objeto, ámbito y finalidad de la inspección, (ii) el impedir a los abogados externos de MEGASA comprobar que la actuación inspectora se ajustaba a la legalidad, y (iii) obtenerse documentos que excedían del ámbito temporal amparado por el Auto lo que le ha impedido ejercer adecuadamente su derecho de defensa y paralelamente permitir a los inspectores intervenir documentación a la que de otro modo no habrían podido acceder.

Como hemos relatado, la parte actora censura el carácter genérico de la Orden de Investigación en cuanto a la definición del mercado y al ignorar los indicios que justifican a juicio de la DC esa inspección en su sede.

Ya hemos expuesto, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el



procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que:

"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas".

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice:

"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"Así pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, 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. 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. Legislación citada CE art. 18 (...) 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".*

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"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 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no cabe sostener que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición ni realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. Si la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe en los estadios preliminares de la investigación con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

La doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que, la Orden de Investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada - DP/0002/18 - al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia y, por ello, ordena el registro para comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador. Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40:

"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los



locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE , tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".

Pues bien, teniendo en cuenta que la Orden de Investigación impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenido por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, debe relativizarse la exigencia de una mayor concreción de los indicios que se tenían. Y, en el caso analizado, se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario que garantiza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, en la Orden se concretan las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren.

Concretamente, la Orden de Investigación identifica desde su primer párrafo las actividades económicas afectadas al decir que " *La CNMC dispone de información según la cual empresas de los Grupos ARCELORMITTAL, CELSA y MEGASA habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de compra de chatarra para la producción de acero, consistente en la coordinación de su comportamiento para fijar los precios de compra de dicho producto a sus suministradores*", y por ello, " *el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistentes, en general, en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivos para la fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica*".

Además, la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas. Con ello la Dirección de Competencia limita su actuación objetiva a ese tipo de conductas y no a otras también tipificadas por la LDC como restrictivas de la competencia (art. 2 y 3) y ni siquiera se remite a todo el contenido del artículo 1.1 de la LDC, sino que se limita exclusivamente a " *fijación de los precios de compra de chatarra para la producción de acero a sus suministradores de chatarra* ", dejando al margen de la inspección numerosas conductas también previstas en el art. 1 como la limitación de la producción o la distribución, el control o limitación del desarrollo técnico o las inversiones, el reparto de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación en las condiciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, etc.

Concluimos, por ello que la Orden de Investigación realizada dentro de la información reservada DP/0002/18 permitía identificar al recurrente los elementos esenciales de la investigación que exigía la entrada y registro en su sede pues a la vista de su contenido podía conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar cuál era el mercado afectado en el que actuaba la recurrente " *mercado de compra de chatarra para la producción de acero*" así como el ámbito material de su actuación " *coordinación de su comportamiento para fijar los precios de compra de dicho producto a sus suministradores*".

No estamos, por ello ante una inspección genérica dirigida a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatórias en general para ver si se encontraba algún elemento de esa naturaleza pues, como se ha expuesto, la recurrente podía saber perfectamente qué es lo que se buscaba en relación con ella y una prueba de que los inspectores sabían perfectamente lo que buscaban es que solo obtuvieron copias de archivos digitales de tres personas de la empresa investigada, en concreto, del CEO, la responsable de compra de chatarra y el director de compras de chatarra, vinculada por tanto su actividad al objeto de la investigación identificado en la orden.

Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica , sin que sea exigible en ese momento una relación fáctica más extensa y concreta como sostiene la parte actora.

Por ello concluimos que la Orden de Investigación cumple en cuanto a su contenido las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

SEXTO. - Denuncia también la actora que se impidiese a los abogados externos visualizar las pantallas e los inspectores cuando éstos realizaban la inspección.

Hay que partir del art. 40 de la Ley 15/2007 que describe las facultades de inspección e impone a las empresas la obligación de someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado con el límite de que los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley.



A su vez, el art. 13.2 del reglamento dispone que el personal autorizado para proceder a realizar una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita de la persona titular de la Dirección de Competencia que indique 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.

No establece el modo en que ha de llevarse a cabo la inspección mas allá de remitirse al contenido de la orden de investigación, respetar en su desarrollo los derechos fundamentales de la empresa investigada y no causarla indefensión.

Las normas aplicables no exigen que los abogados de la empresa puedan visualizar las pantallas que los inspectores utilizan cuando éstos realizaban la inspección como medio de controlar su desarrollo por lo que no se vulnera precepto alguno con independencia de verificar si esa forma de actuar de la inspección vulnera algún derecho de la actora o le causa indefensión.

A partir de aquí debemos salir al paso de la afirmación de la actora porque el lugar donde se realizó no era una habitación cerrada como parece decir la demanda pues como refleja el Acta, el equipo de inspección solicitó a los representantes de la empresa " *una sala de trabajo que pueda ser usada por el equipo durante la inspección, en la que podrán estar presentes la empresa y/o sus representantes, 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 de la propia inspección.*" A ello respondió la empresa ofreciendo la Sala de reuniones en la que ya se encontraban y en la que se realizó la inspección. Es decir, que no fue el equipo inspector el que impuso la ubicación para eludir algún tipo de control por parte de los abogados de la empresa.

No ofrece duda que ha de existir un equilibrio en el ejercicio de las amplias facultades de investigación de las que goza la inspección y el respeto de los derechos de la empresa inspeccionada. Debe existir un control para evitar extralimitaciones pero este no exige que para llevarlo a cabo sea imprescindible que los abogados externos visualicen las pantallas en los que los inspectores estaban seleccionando los documentos relacionados con el objeto de la inspección, con el fin de que la empresa pudiera verificar que realmente se atienden al objeto de la inspección.

Ese control debe y puede hacerse y en el presente caso existió. En este sentido, no es cierto que no exista mecanismo de control alguno que permitiera verificar si los inspectores adecuaron su actuación a lo estipulado en la Orden de investigación.

Hubo un control previo porque como refleja el acta " *se informó a la empresa que la búsqueda y selección de documentos se centrará en los hechos mencionados en la orden de investigación entregada a la empresa, basándose en criterios objetivos, proporcionados y relacionados con el objeto de la investigación y a lo largo de la inspección podrá pedirse explicaciones o aclaraciones sobre hechos relacionados con la inspección a cualquier representante o miembro de la empresa. Por eso, se pidió a D. Leopoldo que diera las instrucciones oportunas para que colaboren con los inspectores para proporcionar la información que pudiera ser requerida en relación con claves de acceso, organización de los archivos físicos y/o informáticos, etc .*"

Tampoco es cierta la falta de control de los abogados de la empresa porque tanto el representante de MEGASA como los abogados externos continuaron presentes durante el resto de la inspección en la sala de trabajo del equipo inspector, aunque sin visualizar directamente las pantallas de los ordenadores de los inspectores.

Como refleja el acta hay una primera fase de selección de documentación en papel y formato electrónico. El resultado de esta primera selección de información es copiada y trasladada a los equipos informáticos del equipo inspector donde se somete a sucesivas fases de filtrado mediante la inspección visual del mismo por los inspectores y, eventualmente, mediante la ayuda de otros criterios adicionales de búsqueda basados en el uso de palabras significativas que se entregan a la empresa al finalizar la inspección.

El acta relata que tras el análisis y selección de la información en soporte electrónico, el equipo inspector procede a grabar la información digital recabada en un archivo denominado "MEGASA.zip" que no se puede modificar y que contiene las copias digitales de los ficheros en formato electrónico. Se graban dos copias del archivo contenedor, en dos soportes electrónicos desprecintados en presencia de la empresa y/o de sus representantes legales, quedando uno en poder de la empresa y el otro en poder de la CNMC. Este archivo, además, está protegido por una contraseña.

Por lo tanto, la empresa puede verificar la información que ha sido recabada en formato electrónico utilizando la relación de los documentos en soporte electrónico obtenidos durante la inspección y contenidos en el archivo contenedor y el listado de palabras significativas utilizadas como motores de búsqueda de información relacionada con el objeto de la investigación.

Además, se le entrega una relación de los correos electrónicos recabados durante la inspección.

Paralelamente, antes de acceder a cualquier documento, los inspectores requirieron a las personas investigadas que identificasen la documentación afectada por la confidencialidad abogado-cliente o de carácter personal que pudiera hallarse entre los archivos digitales que se iban a inspeccionar, siendo descartados los documentos que identificados por los directivos de la empresa formasen parte de la relación abogado-cliente, al igual que la documentación de carácter personal identificada como tal por los miembros de la empresa..

Existen otras garantías relativas al borrado de toda la información intermedia recabada durante la inspección mediante una aplicación informática que impide la recuperación del material borrado y además los equipos informáticos y dispositivos de almacenamiento de información utilizados por el equipo inspector para recabar y procesar información en soporte electrónico están dotados de un sistema de cifrado que impide el acceso a dicha información por parte de terceros.

Por lo tanto, con independencia de la restricción consistente en impedir al representante de MEGASA y a los abogados externos presentes en la sala de trabajo del equipo inspector visualizar directamente las pantallas de los ordenadores de los inspectores en el mismo momento en que ellos recaban la información que esta Sala entiende proporcionada al fin pretendido de no interferir el trabajo de estos, tal restricción no supuso merma alguna del derecho de defensa pues los abogados han dispuesto de los medios de verificar la información electrónica recabada ya que el archivo digital original de la documentación electrónica recabada se mantiene en poder de la empresa.

SÉPTIMO.- Sostiene por último la recurrente que en ningún caso debieron incautarse documentos anteriores a 2015 al ser éstos ajenos al objeto y la finalidad de la inspección porque de admitirse su validez se podría llegar al absurdo de que la Dirección de Competencia tendría capacidad para recopilar documentos de la empresa hasta el límite de prescripción de la infracción, generando una inseguridad jurídica e indefensión inaceptable.

Insiste en que pese al ámbito concreto al que parecen circunscribirse los indicios en poder de la DC, los inspectores revisaron multitud de documentos anteriores a 2015, de hecho un 56,91% de los correos recabados por la DC son anteriores a 2015.

Por otro lado, y siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019, tampoco sería aplicable la doctrina del hallazgo casual a dichos documentos en la medida en que *"no se trata aquí de un hallazgo producido accidentalmente con ocasión de la práctica de una inspección que tuviese una finalidad, sino de un material probatorio que fue encontrado en el curso de un registro que se entendía respaldado" [de acuerdo con la actuación inspectora] "que, en realidad, carecía de virtualidad habilitante"*.

La primera observación que cabe hacer a este motivo impugnatorio es que en relación a los correos intervenidos si la actora puede detectar que el 56,91% de estos es de fecha anterior a 2015, es que el sistema de control de la documentación intervenida por la inspección es eficaz al menos en cuanto a los correos (recordemos que se le facilita una relación de los correos intervenidos) y permite conocer qué documentación de ese tipo se ha recabado y su alcance permitiendo a la actora libremente ejercer su defensa pues conoce perfectamente ese material.

En segundo lugar, el auto judicial que autoriza la entrada en la sede de la empresa se limita a recoger que la solicitud de autorización de la CNMC explica que la Comisión Europea le comunica que, *"al menos desde enero de 2015 se estarían produciendo contactos e intercambios de información entre directivos de empresas de los distintos grupos para la fijación de precios de compra de chatarra para la producción de acero en el territorio español"*.

Se trata de una información que proporciona la Comisión europea a la CNMC, que esta utiliza para amparar su solicitud de entrada y que el Juzgado simplemente la recoge en el auto pero sin posibilidad de contrastarla en ese momento. Prueba de ello es que otorga la autorización de entrada al verificar la razonabilidad de los indicios pero sin que la parte dispositiva contenga limitación temporal alguna a recabar elementos probatorios anteriores a 2015 pues ni siquiera la Comisión dispone del dato cierto ya que solo indica que esos contactos, al menos, se producen desde enero de 2015.

Por esa razón, no apreciamos extralimitación alguna por el hecho de intervenir documentos anteriores a esa fecha pues el auto del Juzgado no impone limitación temporal alguna sin que podamos pronunciarnos ahora sobre la aplicación de la doctrina del hallazgo casual cuando todavía se desconoce el alcance material y temporal de la inspección realizada y su proyección en una eventual resolución sancionadora.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.



OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de METALÚRGICA GALAICA S.A. y MEGASA SIDERÚRGICA, S.L. "MEGASA", contra la Resolución de fecha 14 de marzo de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente R/AJ/113/18, MEGASA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por METALÚRGICA GALAICA, S.A y MEGASA SIDERURGICA, S.L contra la orden de investigación expedida el 20 de noviembre de 2018 por la Directora de Competencia y la actuación inspectora posterior llevada a cabo en la sede de la empresa, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL