

RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE CEPSA

R/AJ/141/22

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 8 de marzo de 2023.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/141/22 CEPSA, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por Compañía Española de Petróleos S.A, Cepsa Comercial Petróleo SAU, Cepsa Card SAU, Compañía Española Distribuidora de Petróleos, SA, y Cepsa Trading S.A.U. (en adelante todas ellas **CEPSA**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de investigación de 15 de noviembre de 2022, así como las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en ejecución de la misma entre los días 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de noviembre de 2022, la DC adoptó una Orden de Investigación en la que se autorizaba la realización de una inspección en la sede de la Compañía Española de Petróleos S.A.U (CEPSA), CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A (CEPSA COMERCIAL), CEPSA CARD, S.A, (CEPSA CARD) y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A (CEDISPSA), a partir del día 28 de noviembre de 2022, pudiendo continuar hasta el 2 de diciembre de 2022
2. Mediante Auto nº 182/2022, 18 de noviembre de 2022, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, autorizó la entrada en la sede de las empresas CEPSA, CEPSA COMERCIAL, CEPSA CARD, S.A y CEDISPSA, ubicada en Torre Cepsa, Paseo de la Castellana, 259 A.
3. El 14 de diciembre de 2022, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U, CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A , CEPSA CARD, S.A, y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A y CEPSA TRADING, SAU (en adelante todas ellas CEPSA), 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 inspección de 15 de noviembre de 2022, y la actuación inspectora realizada en ejecución de ésta entre los días 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022.
4. Con fecha 15 de diciembre de 2022, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (DC) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por CEPSA.
5. Con fecha 22 de diciembre de 2022, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del recurso al considerar que no concurren los requisitos del artículo 47 de la LDC.
6. Con fecha 11 de enero de 2023, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de CEPSA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
7. El día 13 de enero de 2023, las recurrentes tuvieron acceso al expediente.
8. El día 3 de febrero de 2023, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de CEPSA.

9. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 8 de marzo de 2023.
10. Son interesados en este expediente de recurso:
- COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U,
 - CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A ,
 - CEPSA CARD, S.A,
 - COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A
 - CEPSA TRADING, SAU

En adelante (CEPSA o las recurrentes)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra la Orden de Inspección de 15 de noviembre de 2022 y la actuación inspectora llevada a cabo por la DC en la sede de las recurrentes entre los días 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.

2. Pretensiones de las recurrentes.

En su recurso CEPSA solicita que la Sala de Competencia acuerde anular la Orden de Inspección, así como las actuaciones inspectoras desarrolladas por la DC en la sede las recurrentes, ordenando a la DC la íntegra devolución a las empresas inspeccionadas y a CEPSA TRADING, de los documentos copiados

durante la inspección, y en particular los identificados en el apartado 4 de su escrito por estar protegidos por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente o por encontrarse fuera del ámbito de la Orden de Inspección.

3. Motivos del recurso.

La recurrente considera que la orden de inspección ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio, generándole indefensión con el consiguiente perjuicio irreparable.

A juicio de CEPSA, la orden de inspección no aporta elementos que acrediten la necesidad de llevar a cabo una medida tan restrictiva, y el objeto y finalidad de la inspección, tal y como está redactado en la orden es excesivamente amplio y genérico.

En segundo lugar, en cuanto al desarrollo de la actuación inspectora, las recurrentes alegan que la metodología usada por la CNMC para llevar a cabo la primera copia de documentación electrónica en los ordenadores y dispositivos móviles de los directivos y empleados de las empresas investigadas se realizó sin aplicar criterios de búsqueda predeterminados, vulnerando su derecho de defensa, a la inviolabilidad de domicilio y el secreto de comunicaciones de sus empleados, traspasando los límites impuestos en el Auto judicial.

Del mismo modo, sostienen que la metodología seguida posteriormente durante la revisión y filtrado de la documentación copiada no hace sino abundar en la vulneración de sus derechos, dado que no asegura que no se haya podido copiar y acceder a lo largo de la inspección a documentos protegidos por el secreto profesional, documentos que no estén relacionados con la inspección o que tengan carácter personal de los directivos y empleados investigados.

En tercer lugar, alegan que se han copiado documentos fuera del objeto de la investigación y protegidos por el secreto profesional.

En este sentido, identifican un documento protegido por el secreto profesional cliente abogado-externo (correo electrónico de fecha 3 de agosto de 2022), así como 28 documentos en los que abogados internos especializados en competencia de las empresas inspeccionadas respondían a consultas realizadas por empleados y directivos de las empresas inspeccionadas.

Por otro lado, señalan que se han copiado numeros documentos que se encuentran fuera del ámbito temporal de la inspección, así como documentación del responsable de negocio de Trading de CEPSA, negocio que se desarrolla por una compañía Cepsa Trading, que no estaba entre aquellas respecto de las

que la Orden de Inspección así como el Auto judicial, había autorizado a investigar.

4. Informe de la DC.

La DC en su informe de 12 de enero de 2022, rechaza las pretensiones de CEPSA y propone la desestimación del recurso.

En primer lugar, señala que la orden de investigación cumplía con los requisitos establecidos tanto en el artículo 13.3 del RDC como en la doctrina jurisprudencial nacional y de la UE, sin que se pueda hablar de imprecisión o falta de concreción de su objeto.

Respecto al grado de concreción y extensión de los datos aportados al inspeccionado y recogidos en la Orden de Investigación, la DC considera que la misma es suficiente, dado el carácter preliminar de la investigación, por lo que no se puede pedir mayor concreción fáctica, tal y como ha declarado la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, así como el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2017.

La DC recuerda que, en el presente caso, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, concedió la autorización de entrada una vez valorada que la actuación administrativa estaba amparada en un fin legítimo tutelado por el Ordenamiento jurídico, que la entrada se planteaba como un medio necesario y proporcional para la consecución de ese legítimo fin, y que se cumplían la totalidad de los requisitos establecidos jurisprudencialmente.

En cuanto al desarrollo de la actuación inspectora, la DC señala que los inspectores desarrollaron su labor inspectora con pleno respeto a lo establecido en la orden de investigación recurrida y en el auto judicial, limitando al máximo la información finalmente recabada.

Respecto al carácter masivo de la información recabada, la DC indica que si bien se accedió inicialmente a unos 35 millones de megas de información, finalmente fueron recabados tan solo 2.718, 41 megas, lo que representa 0,008% del total inicialmente seleccionado. Concretamente de los 588.807 correos electrónicos que se copiaron, tan solo se han recabado 2.866, lo que representa el 0.5% del total.

En relación a la información recaba del empleado del negocio de Trading, señala la DC que ni durante la inspección, ni tampoco en el presente recurso, las recurrentes han aportado prueba alguna que demuestre en qué empresa del

grupo está contratada dicha persona, y en concreto, si es empleado de CEPSA TRADING.

Además, tal y como señaló el jefe de equipo durante la inspección (párrafo 97 del Acta de inspección), el artículo 40.7 de la LDC establece que las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que la Directora de Competencia haya autorizado y que dicha obligación comprende a matrices, filiales o empresas que formen parte del mismo grupo empresarial de las empresas inspeccionadas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en la medida en que exista una conexión directa entre estas y los hechos investigados.

Por tanto, en la medida que el equipo inspector consideró que existía una conexión directa entre las empresas inspeccionadas y la filial en la que desempeñaba su trabajo dicho trabajador, las empresas recurrentes estaban obligadas a someterse a la inspección autorizada por la Orden de Inspección de 15 de noviembre de 2022.

Respecto a la selección de documentación con una fecha fuera del ámbito temporal de la Orden de investigación, la DC señala que la Orden indica “desde al menos enero 2022 y hasta la actualidad”, lo que no excluye que pudiera encontrarse información sobre su existencia previa o sobre actos preparatorios, lo cual también forma parte del objetivo de la inspección, por lo que no estaría fuera del ámbito de la Orden de inspección recurrida.

Por último, en relación al posible acceso a documentación protegida por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente, la DC argumenta que a lo largo de la actuación inspectora, el equipo inspector solicitó en numerosas ocasiones la activa colaboración de las empresas y personas inspeccionadas a los efectos de localizar las comunicaciones afectadas por el secreto profesional abogado-cliente, como consta en el acta de inspección, sin que se indicara por la empresa o sus abogados externos documentos que pudieran ser considerados como tales. Por lo tanto, las recurrentes no cumplieron durante la inspección con el comportamiento activo que imponen las jurisprudencias nacional y comunitaria para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente.

.

En consecuencia, dado que la información recabada en la inspección se encuentra en información reservada y cautelarmente confidencial, no habiendo realizado ningún uso de dicha información, sostiene la DC no se puede alegar violación del derecho de defensa de las recurrentes.

Respecto de la documentación identificada por las recurrentes relativa a correos con abogados internos de la empresa, la DC señala que la jurisprudencia confiere esta protección únicamente a las comunicaciones entre asesores jurídicos externos y sus clientes vinculadas a la defensa jurídica de la empresa en materia de competencia.

Por último, respecto al correo electrónico de 3 de agosto de 2022 entre el asesor senior de CEPSA y los abogados externos del Despacho Allen & Overy, la DC acepta la eliminación y no incorporación al expediente.

5. Alegaciones de las recurrentes al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones de 3 de febrero de 2023, las recurrentes se ratifican en lo expuesto en su escrito de recurso, y manifiestan que nada de lo expuesto por la DC en su informe desvirtúa sus alegaciones.

CEPSA solicita que se requiera a la DC para que amplíe el expediente remitiéndoles la totalidad de los antecedentes relativos a la orden de inspección y la actuación inspectora, lo que debería incluir las denuncias y la solicitud de mandamiento judicial.

Asimismo, solicita que la DC aporte certificado que acredite que la DC ha procedido a la eliminación y no incorporación al expediente del correo electrónico de fecha 3 de agosto de 2022.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por CEPSA supone verificar si la orden de investigación de 15 de noviembre de 2022, y la subsiguiente actuación inspectora recurrida han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes, lo que conllevaría la estimación del recurso.

2.1. Ausencia de Indefensión.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa, nunca potencial o abstracta. Esto es, una indefensión material¹. Debe

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

comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por CEPSA se ha producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material en el sentido que acabamos de exponer.

2.1.1 Sobre la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Las recurrentes sostienen que la orden de investigación de 15 de noviembre de 2022 y las actuaciones inspectoras desarrolladas entre los días 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022, han vulnerado su derecho a la inviolabilidad de domicilio contemplado el artículo 18 de la CE, y artículo 8 del CEDH, generándole indefensión.

Pues bien, comenzado por la alegación de CEPSA de que la orden de inspección no aporta elementos que acrediten la necesidad de llevar a cabo una medida tan restrictiva, y el objeto y finalidad de la inspección, tal y como está redactado en la orden es excesivamente amplio y genérico, esta Sala considera que la misma debe ser rechazada.

La inspección llevada a cabo los días 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022, se realizó de acuerdo con las facultades de inspección previstas en el artículo 40 de la LDC, en cumplimiento con la Orden de Inspección de 15 de noviembre de 2022 y el correspondiente Auto nº182/22 emitido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº31 de Madrid de 18 de noviembre de 2022 por el que se autorizaba la entrada en la sede de CEPSA ubicada en la TORRE CEPSA del Paseo de la Castellana, 259A, 28046 Madrid para la realización de la inspección.

Desde el comienzo de la inspección, las empresas recurrentes tuvieron cumplida información y conocimiento del objeto de la Orden de Inspección tal y como consta en el acta de la inspección, que fue firmada por los representantes legales de las empresas.

En el caso que nos ocupa, los indicios que motivaron la actuación investigadora fueron expuestos en la orden de investigación que aquí se cuestiona. En efecto, la orden de inspección expresamente hacía referencia a dos denuncias recibidas el 21 de marzo de 2022, y posteriormente el 28 de julio de 2022, en la que se denunciaba la participación de CEPSA en supuestas conductas prácticas anticompetitivas contrarias a los artículos 1 y 2 de la LDC, y que dieron lugar a la apertura de las diligencias previas DP 058/22.

La Orden recurrida indicaba que el objeto de la inspección era *“verificar la existencia, en su caso, de posibles prácticas colusorias contrarias a la libre*

competencia por parte de las operadoras refineras verticalmente integradas (REPSOL, CEPSA y BP) desde al menos enero 2022 y hasta la actualidad, en el mercado de la distribución de combustibles de automoción en España, consistentes en:

- *Un incremento de los precios mayoristas de venta de combustible a los distribuidores minoristas independientes, por encima del incremento de las cotizaciones internacionales;*
- *La aplicación de descuentos adicionales condicionados al uso de tarjetas de fidelización y pago por los clientes finales en la distribución minorista, para ampliar el fondo de comercio de dichas tarjetas y compensados mediante el incremento de los márgenes de comercialización mayorista, con el objetivo de erosionar los márgenes comerciales de los distribuidores minoristas independientes y eliminar la competencia en la distribución minorista, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por artículos 1 y 2 de la LDC, y 101 y 102 del TFUE, dada su posible afectación al mercado intracomunitario”.*

Respecto al grado de concreción y extensión de los datos aportados al inspeccionado y recogidos en la Orden de investigación, tal y como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de septiembre de 2017:

“De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción”.

En esta misma línea, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2017:

"(...) 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”.

Como puede comprobarse de la lectura del Auto judicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, concedió la autorización de entrada una vez valorada que la actuación administrativa estaba amparada en un fin legítimo tutelado por el Ordenamiento jurídico, que la entrada se planteaba como un medio necesario y proporcional para la consecución de ese legítimo fin, y que se cumplían la totalidad de los requisitos establecidos jurisprudencialmente:

“el presente caso, los requisitos extrínsecos del principio de proporcionalidad, como es que la medida de entrada e inspección se encuentre legalmente prevista y que se acuerde por el órgano administrativo legalmente señalado, se cumplen según los antecedentes ya consignados”.

En relación a la concreción de las conductas a investigar, el Auto señala que la:

“Orden de investigación/inspección cuenta con la apariencia de legalidad y se ajustaría prima facie al criterio de la STS de 31 de octubre de 2017, al proporcionar una suficiente concreción en cuanto al objeto de la investigación, describir esencialmente las conductas que se pretendían investigar, los mercados de producto y geográfico en los que estas se desarrollaban y reflejar los elementos indiciarios que justificaron su dictado como medio de acceder a la sede de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U., CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A., CEPSA CARD, S.A. y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A, en el marco de la inspección iniciada”.

Asimismo, indica el Auto respecto de los requisitos intrínsecos de proporcionalidad que *“(r)esulta la solicitud adecuada y necesaria dado que no existe otra forma menos gravosa para preservar la intimidad y secretos de las mercantiles inspeccionadas que la entrada en su domicilio. De otra forma no es posible acceder a la documentación acreditativa de tales prácticas, puesto que en principio no puede hallarse en otro lugar que no sea en su domicilio o dependencias, siendo forzoso entrar en ellos si se quiere tener acceso a tal documentación e investigar las conductas prohibidas, sin que quepa imaginar otra forma de inspección menos gravosa para ello”.*

Respecto al grado de concreción de los indicios aportados, el Auto afirma que *“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”.*

La Orden recurrida, cumple por tanto, las formalidades legales, tanto formales, en cuanto al contenido de la orden de inspección, como materiales, siendo la finalidad para la que solicita la entrada, la de verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, siendo la entrada en el domicilio un medio adecuado y proporcionado para la finalidad que se pretende.

Respecto a la posible violación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria por una orden de inspección que cuenta con la preceptiva autorización judicial, la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2021, indicó que *“la Orden de Inspección(...) ahora impugnada no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la Constitución por cuanto la inspección y el registro domiciliario ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico -artículo 8.6 de la LJCA y artículo 91.2 de la LOPJ- le ha atribuido competencia para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez que ha analizado la orden de inspección y comprueba que la entrada domiciliaria cumple los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que están en juego, y entre ellos el derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria.”*

Por todo lo anterior, considera esta Sala que la alegación de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas recurrentes debe ser rechazada.

2.1.2 Sobre el desarrollo de la actuación inspectora.

Las recurrentes alegan que el equipo inspector realizó un copiado masivo de documentación, fuera del objeto de la investigación, durante la inspección, vulnerando el derecho de defensa de las empresas inspeccionadas (artículo 24 de la CE), el secreto de las comunicaciones de sus empleados (artículo 18.2 CE), así como los límites impuestos a la actuación inspeccionada por el Auto judicial de *“evitar comportamientos arbitrarios y más intromisiones de las estrictamente necesarias”*.

Tal y como consta en el acta de inspección, que fue firmada por los representantes legales de las empresas, desde el comienzo de la inspección, las empresas recurrentes tuvieron cumplida información y conocimiento del procedimiento y metodología que iba a seguir el equipo inspector en relación con el filtrado y selección de la documentación. La inspección se llevó a cabo de manera razonable y de la forma menos gravosa para el funcionamiento de la empresa.

Respecto al carácter masivo de la selección realizada por el equipo inspector, tal y como señala la DC de las cinco empresas incluidas en la orden de inspección con un número de empleados aproximadamente de 6.900, se inspeccionaron tan solo a 11 personas.

En la relación de copias digitales que se entregó a las empresas inspeccionadas al finalizar la inspección, y como reconocen las propias recurrentes en su escrito de alegaciones, la información finalmente recabada no fue masiva ni indiscriminada, sino todo lo contrario, lo que demuestra la minuciosidad del trabajo del equipo inspector en el filtrado de la información y la proporcionalidad de su actuación.

Aunque el equipo inspector accedió inicialmente a unos 35 millones de megas de información, finalmente fueron recabados tan solo 2.718,41 megas, lo que representa 0,008% del total inicialmente seleccionado. Concretamente de los 588.807 correos electrónicos que se copiaron, tan solo se han recabado 2.886, lo que representa 0,5% del total.

A juicio de esta Sala, estas cifras muestran que los inspectores desarrollaron su actividad con diligencia, proporcionalidad y respeto a lo establecido en la orden de investigación recurrida y en el auto judicial, limitando al máximo la información finalmente recabada.

Respecto al supuesto carácter masivo de la documentación seleccionada y recabada durante una actuación inspectora, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2015 denegó dicha calificación:

“Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la inspección realizando, frente a lo que por la actora se alega, una labor discriminatoria por parte de los inspectores recabando finalmente, por ejemplo en el caso de los correos electrónicos, una mínima parte que impide, en fin, hablar de desproporción, máxime si tenemos en cuenta los criterios específicos y razonados de búsqueda que dieron lugar a la copia de una selección muy concreta de documentos y no, como se dice, a una copia masiva e indiscriminada de los archivos de los ordenadores, declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.

Del mismo modo, la Audiencia AN en su sentencia de 21 de julio de 2016 rechazó la naturaleza indiscriminada de la actuación inspectora teniendo en cuenta el número de personas inspeccionadas: *“la ejecución de la inspección se realizó dentro de los márgenes de la proporcionalidad exigida por el ordenamiento jurídico para garantizar tanto el respeto a los derechos fundamentales como la*

eficacia de la actividad investigadora de la CNC. Según consta en el Acta de inspección la inspección se ejecutó en los ordenadores de cinco personas concretas en una empresa que cuenta con una plantilla de más de 17.000 trabajadores. Como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 2012: " Parece difícil, en efecto, sostener la tesis del carácter indiscriminado de la búsqueda y de la ausencia de criterios de selección si, al final, la cuestión se reduce al rastreo y copia de archivos de únicamente tres ordenadores."

Respecto de **la información recabada del empleado del negocio de Trading**, tal y como señaló el jefe de equipo durante la inspección (párrafo 97 del Acta de inspección), el artículo 40.7 de la LDC establece que las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que la Directora de Competencia haya autorizado y que dicha obligación comprende a matrices, filiales o empresas que formen parte del mismo grupo empresarial de las empresas inspeccionadas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en la medida en que exista una conexión directa entre éstas y los hechos investigados.

En todo caso, tal y como se informó durante la inspección, una vez analizada en la sede de la CNMC toda la documentación recabada en la inspección, la Dirección de Competencia comunicará a la empresa qué documentación recabada en la inspección va a ser incorporada al expediente (párrafo (79) del Acta de inspección).

En cuanto a la **selección de documentación con una fecha fuera del ámbito temporal de la Orden de investigación**, coincide esta Sala con la DC, en que la Orden no excluye que pudiera encontrarse información sobre su existencia previa o sobre actos preparatorios, lo cual también forma parte del objetivo de la inspección, por lo que no estaría fuera del ámbito de la Orden de inspección recurrida, ya que su objeto delimita a *"posibles prácticas colusorias contrarias a la libre competencia por parte de las operadoras refineras verticalmente integradas (REPSOL, CEPSA y BP) desde al menos enero 2022 y hasta la actualidad"*.

Por último, respecto al posible **acceso a documentación protegida por el secreto de las comunicaciones abogado-cliente**, tal y como se deduce del acta de inspección a lo largo de la actuación inspectora, el equipo inspector solicitó en numerosas ocasiones la activa colaboración de las empresas y personas inspeccionadas a los efectos de localizar las comunicaciones afectadas por el secreto profesional, sin que se indicara por la empresa o sus abogados externos documentos que pudieran ser considerados como tales.

Por lo tanto, las recurrentes no cumplieron durante la inspección con el comportamiento activo que impone la jurisprudencia, por todas, Sentencia del

Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente.

"La real protección de los intereses en juego está dirigida a conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia".

"(...) 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".

El que ahora, en el ámbito del recurso, hayan identificado tales documentos protegidos no implica que la DC haya vulnerado dicha confidencialidad, para lo cual las recurrentes deberían demostrar que se ha hecho uso de esa información.

En efecto, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 27 de abril de 2012) , para que se dé dicha vulneración, es necesaria la realización de alguna actuación de la Administración que, a través de la información abogado-cliente incautada, haya provocado indefensión; y desde estas premisas, se concluye que no cabe apreciar vulneración en la actuación administrativa litigiosa porque al no ser constitutiva de uso de la información obtenida en el registro no pudo causar indefensión material en la forma en que esta ha sido definida por el Tribunal Constitucional.

En atención a lo anterior, dado que la información recabada en la inspección se encuentra en información reservada y cautelarmente confidencial, no habiendo realizado la DC ningún uso de dicha información, no se puede alegar violación del derecho de defensa de las recurrentes.

Respecto de la documentación identificada por las recurrentes relativa a correos con abogados internos de la empresa, tal y como señala la DC, la doctrina administrativa española en materia de defensa de la competencia, así como la judicial, siguiendo los precedentes comunitarios en materia de

privilegio legal, confiere esta protección únicamente a las comunicaciones entre asesores jurídicos externos y sus clientes vinculadas a la defensa jurídica de la empresa en materia de competencia, como se ha confirmado por las anteriores sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Por último, en relación con el correo electrónico de 3 de agosto de 2022 entre el asesor senior de CEPSA y los abogados externos del Despacho Allen&Overy, la DC en su informe de 22 de diciembre de 2022, ha aceptado su eliminación y no incorporación al expediente.

2.2. Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En anteriores recursos planteados frente a actuaciones inspectoras de la autoridad de competencia se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa inspeccionada en los términos señalados por el Tribunal Constitucional. En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, como es el caso que nos ocupa.

Así, del análisis desarrollado en el apartado anterior en relación con la proporcionalidad de la inspección y su adecuación a la orden de investigación y al auto judicial que lo amparaba no puede deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de las recurrentes.

Por todo ello, esta Sala considera que la actividad inspectora de la DC fue proporcionada y ajustada a derecho, por lo que ninguno de los mencionados actos de la DC ha causado indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes.

Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

2 RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso presentado por COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U, CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A , CEPSA CARD, S.A, -COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A y CEPSA TRADING, SAU, contra la Orden de inspección de 15 de noviembre de 2022, y la actuación inspectora realizada entre los días 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, 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.