

RESOLUCIÓN

COFARES

R/AJ/150/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de febrero de 2024.

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/150/23 COFARES, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (**COFARES**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023 y la actuación inspectora llevada a cabo en ejecución de la misma los días 27 a 30 de noviembre de 2023.

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	2
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
2.1. Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente	3
2.1.1. Motivos del recurso y alegaciones del 29 de enero de 2024.....	3
2.1.2. Informe de la DC	5
2.2. Sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio	6
2.2.1. Sobre la atipicidad de la conducta descrita en la orden de inspección	7
2.2.2. Sobre la falta de proporcionalidad de la orden de investigación	9
2.2.3. Sobre la extralimitación de la actuación inspectora.....	12
2.3. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.....	16
2.3.1. Ausencia de indefensión	16
2.3.1.1. Sobre si la documentación está protegida por el secreto profesional	16
2.3.1.2. Sobre el acceso a las actuaciones previas e información obrante en el expediente.....	19
2.3.2. Ausencia de perjuicio irreparable.....	20
3. RESUELVE.....	21

1.ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 13 de diciembre de 2023 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) el recurso interpuesto por COFARES, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra la orden de investigación de 14 de noviembre de 2023 y la actuación inspectora realizada los días 27 a 30 de noviembre de 2023.
- (2) Con fecha 14 de diciembre de 2023, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 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 COFARES.
- (3) Con fecha 21 de diciembre de 2023, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la desestimación del recurso.
- (4) Con fecha 4 de enero de 2024, la Vicesecretaria del Consejo de la CNMC, por delegación del Consejo de la CNMC (Resolución de 13 de junio de 2023, BOE

nº 150 de 24.06.2023) admitió a trámite el recurso de COFARES, concediéndole un plazo de 15 días para que pudiera formular alegaciones.

- (5) El día 9 de enero de 2024, la recurrente tuvo acceso al expediente.
- (6) El día 29 de enero de 2024 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de COFARES.
- (7) La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 21 de febrero de 2024.
- (8) Es interesado en este expediente de recurso: COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (**COFARES**).

2.FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

2.1.1. Motivos del recurso y alegaciones del 29 de enero de 2024

- (9) Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023, y la actuación inspectora llevada a cabo por la DC en la sede de la recurrente entre los días 27 a 30 de noviembre de 2023.
- (10) 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 Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.
- (11) La recurrente solicita que se declare la nulidad de la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023 y de la actuación inspectora realizada a su amparo por vulnerar el artículo 18.2 CE y los artículos 40 y 49.2 LDC, el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**Ley CNMC**) y el artículo 13 RDC. Asimismo, solicita acceso a la denuncia que dio lugar al comienzo de la investigación y a todas las actuaciones previas a la adopción de la orden de investigación.
- (12) COFARES considera preliminarmente que no prestó consentimiento a la entrada en su domicilio, sino que se allanó a lo ordenado por el auto 214/2023, de 20 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 30 de Madrid (**el auto judicial**), por lo que la entrada domiciliaria estaba acotada al contenido del auto judicial.

- (13) En primer lugar, COFARES defiende la atipicidad de la conducta descrita en la orden de investigación, lo que supone una vulneración del artículo 18 CE de acuerdo con lo interpretado por la jurisprudencia. La descripción de la conducta, según la recurrente, es puramente abstracta pues los hechos que pretenden investigarse no determinarían la comisión de una infracción del artículo 1 LDC y 101 TFUE.
- (14) La orden de inspección solo describiría **[CONFIDENCIAL]**.
- (15) En segundo lugar, la recurrente mantiene que la orden de investigación se adoptó con manifiesta falta de proporcionalidad, sin valorarse otras opciones menos invasivas, y sin realizar una instrucción previa en relación con los hechos recogidos en la denuncia.
- (16) En su escrito de alegaciones de 29 de enero de 2024, la empresa añade que la orden de inspección es desproporcionada al optar por una medida de investigación especialmente gravosa para investigar una hipotética infracción de menor importancia y haberse emitido aceptando acríticamente una denuncia sin verificación alguna.
- (17) En tercer lugar, COFARES alega una desconexión manifiesta entre los indicios y el alcance de la documentación incautada. En particular, sostiene que la DC empleó una metodología incorrecta al utilizar términos de búsqueda apartados del indicio original o demasiado amplios y ambiguos con el objetivo de realizar una búsqueda indiscriminada. Esto habría resultado en una incautación de documentos ajenos a la distribución de medicamentos y al objeto de la inspección.
- (18) En su escrito de alegaciones de 29 de enero la empresa añade que lo relevante es si las palabras claves utilizadas en la inspección fueron usadas durante la inspección, pese a que estas palabras claves no tenían nada que ver con el objeto de la inspección. También añade que lo ocurrido con el documento KW_DISTRILAB_v1 pone en cuestión la cadena de custodia y el proceso de exportación de la documentación recabada por la DC.
- (19) Aunque los funcionarios de la DC devuelvan eventualmente la información no relacionada con la investigación, ya se habrían vulnerado los derechos reconocidos en los artículos 18.2 y 18.3 CE.
- (20) Por último, se habría producido un acceso indiscriminado a documentos protegidos por el secreto profesional, a pesar de que la recurrente facilitó un listado donde figuraban los nombres de abogados y dominios de despachos que debían ser objeto de filtrado negativo.

2.1.2. Informe de la DC

- (21) La DC en su informe de 21 de diciembre de 2023, rechaza las pretensiones de COFARES y propone la desestimación del recurso.
- (22) En primer lugar, la DC considera que el objeto de la conducta investigada tal y como está definida en la orden de investigación es típica. La orden de investigación se refiere a los intercambios de información que, según las Directrices Verticales¹, pueden vulnerar el artículo 101 TFUE, al igual que el artículo 1 LDC]. Considera que la recurrente hace una interpretación parcial y sesgada del objeto de la inspección consignado en la orden de inspección y omite información que refleja la potencial naturaleza anticompetitiva de dichos intercambios de información.
- (23) Considera también que la naturaleza de las prácticas investigadas, esto es, los intercambios de información anticompetitivos, determina que la actuación inspectora era una medida necesaria y la más adecuada para recabar la información relevante. Sin la realización de dicha actuación, no se podrían verificar o completar los indicios trasladados en la denuncia.
- (24) Asimismo, la DC realizó las comprobaciones y actuaciones previas necesarias y correspondientes y obtuvo una autorización judicial de entrada. No debía trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debía 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. De no haber tenido la orden de inspección un contenido proporcional, concreto y verosímil, la inspección y la consiguiente autorización en la entrada no habría sido autorizada por el juez.
- (25) En segundo lugar, la DC señala que el “Anexo 4 KW_Distrilab-v1”, **[CONFIDENCIAL]**.
- (26) Asimismo, la DC mantiene que la relación de palabras clave constituye un instrumento de ayuda al proceso de análisis y selección de información, que, por lo tanto, no determina por sí mismo el único criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNMC.
- (27) La proporcionalidad del procedimiento de análisis y selección de los documentos ha sido validada por el TS en su sentencia de 27 de febrero de 2015 y, contrariamente a lo que afirma la recurrente, no ha existido un copiado masivo e indiscriminado de documentación.

¹ Véase los párrafos 100 y siguientes de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales (2022/C 248/01).

- (28) Por tanto, concluye la DC que la actuación inspectora por parte del equipo inspector fue conforme a derecho, proporcionada, recabando un porcentaje ínfimo de la totalidad de información que se analizó, y de acuerdo con el procedimiento y metodología delimitados por la normativa y jurisprudencia.
- (29) En tercer lugar, respecto de la información afectada por el secreto profesional y el privilegio legal abogado-cliente, la DC expone que durante la inspección se consultó de manera expresa a las personas inspeccionadas sobre la existencia de documentos de esta naturaleza y estos manifestaron no disponerlos. Durante la inspección, las personas inspeccionadas contaron con asistencia jurídica experta y se identificó una serie de correos electrónicos de los despachos de abogados que permitió descartar este tipo de información.
- (30) Asimismo, la DC de oficio ha eliminado determinados correos electrónicos, aunque estos no han sido identificados por la compañía, que es a quien compete solicitar la confidencialidad de estos documentos. Respecto a la cadena de correos con asunto **[CONFIDENCIAL]** únicamente se hace una mera mención en uno de los correos a que el abogado interno ha verificado con el abogado externo su análisis. La DC considera que dicha afirmación no puede considerarse como una comunicación confidencial abogado-cliente.
- (31) En cuarto lugar, la DC señala que toda la información recabada es cautelarmente confidencial. Considera que la información presente en una información reservada no debe trasladarse a la inspeccionada. Será una vez incoado un expediente sancionador, en su caso, cuando los interesados podrán acceder a todos los indicios con los que contaba la DC en el momento de ordenar la inspección.
- (32) Por último, la DC considera la inexistencia de indefensión alguna en perjuicio de COFARES, pues la actuación inspectora es un acto de trámite, no definitivo y sin un efectivo contenido sancionador. Asimismo, considera que COFARES no ha concretado ni especificado la existencia de perjuicio irreparable alguno derivado del ejercicio de la actuación inspectora.

2.2. Sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio

- (33) Dado que el recurso se interpone en virtud de lo que dispone el art. 47.1 de la LDC y se motiva una vulneración del artículo 18.2 CE, esta Sala verificará primero si la orden de inspección de 14 de noviembre y la actuación inspectora vulneraron el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente y, segundo, si se ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a COFARES.
- (34) Concretamente, y en relación con la actuación inspectora realizada, ésta se realizó de acuerdo con lo dispuesto en la orden de inspección de 14 de

noviembre de 2023 y contando con el auto judicial de 20 noviembre de 2023, que autorizó el acceso de los funcionarios de la CNMC. Además, a la finalización de la inspección, a las 18:30 horas del 30 de noviembre de 2023, el acta de inspección fue firmada por dos funcionarios de la CNMC y por un representante de la cooperativa, como consta en el párrafo 155 de la mencionada acta.

- (35) Conviene comenzar señalando, por tanto, que la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023 establece que:

[CONFIDENCIAL]

2.2.1. Sobre la atipicidad de la conducta descrita en la orden de inspección

- (36) Esta Sala considera, en contra de lo alegado por la recurrente, que del objeto de la inspección reproducido en el párrafo (35) resulta evidente que el objeto de la conducta investigada puede ser típico, sin perjuicio de que se lleve a cabo el necesario procedimiento sancionador para determinar y confirmar la existencia de la conducta.
- (37) En primer lugar, la naturaleza de la competencia (real o potencial) entre los distintos sujetos intervinientes en la conducta definida, ya sea esta horizontal o vertical, tendrá que ser determinada en el procedimiento sancionador, en su caso. Como bien conoce la empresa, tanto los acuerdos horizontales como los verticales son conductas típicas bajo el artículo 101 TFUE y 1 LDC. Asimismo, son infracciones muy graves conforme al artículo 62 LDC.
- (38) La orden de inspección parece referirse a un intercambio de información en el contexto de **[CONFIDENCIAL]**. Esto, sin embargo, no deja de ser una conducta típica y calificada por la ley con la misma gravedad que un acuerdo horizontal entre competidores directos.
- (39) Sirva como ejemplo que las Directrices Verticales de la Comisión Europea² señala que los intercambios de información en un escenario de distribución dual³ entre un proveedor y un comprador, no directamente relacionados ni necesarios para la aplicación de dicho acuerdo vertical, deberán ser evaluados con arreglo

² Véase los párrafos 100 y siguientes de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales (2022/C 248/01).

³ Podría ser el caso en que un proveedor de bienes o servicios, como un laboratorio farmacéutico también opera en la fase posterior, distribución mayorista a las oficinas de farmacia, compitiendo así con sus distribuidores independientes. Véase párrafo 94 y siguientes de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales (2022/C 248/01).

al artículo 101 TFUE y pueden, en su caso infringir dicho precepto, así como el artículo 1 LDC.

- (40) En este sentido, la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023 no es solo adecuada, sino exhaustiva en lo referente al intercambio de información concreto que se está analizando. Delimita con claridad los aspectos del intercambio de información que, de confirmarse, serían anticompetitivos.
- (41) Tampoco puede pasarse por alto que esta tipicidad de la conducta también fue objeto de análisis por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº30 de Madrid que, precisamente, señaló que los intercambios de información descritos “*de confirmarse, constituirían una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)*”.
- (42) No procede, por tanto, considerar que en abstracto la conducta no sea típica, como argumenta COFARES. La recurrente defiende además una supuesta licitud del intercambio de información descrito en la orden de inspección, así como de sus objetivos, que no corresponde valorar en este momento, una vez constatada que la conducta investigada es típica y puede como tal vulnerar el artículo 101 TFUE y 1 LDC como señala la orden de inspección.
- (43) Asimismo, resulta contradictorio que la empresa considere que se deba analizar por esta Sala si en abstracto el objeto definido en la orden de investigación se refería a una conducta típica (párrafo 43 del escrito de recurso), pero lleve a cabo un ejercicio argumentativo de la licitud del normal funcionamiento de su particular programa de descuentos sin ni siquiera referirse al objeto definido en la orden de inspección (par. 44 a 56 del escrito de recurso) o refiriéndose a concretos documentos incautados durante la inspección (par 48), lo que dista considerablemente de un análisis en abstracto. Como ya se ha señalado, la licitud o ilicitud de la conducta no debe determinarse en el recurso administrativo a la presente orden de investigación y actuación inspectora.
- (44) Además, como señala la DC, la recurrente interpreta sesgadamente la orden de inspección, pues no se está refiriendo a la licitud de los intercambios de información en el contexto de una relación “*transfer*” ordinaria, sino un posible intercambio de información anticompetitivo entre **[CONFIDENCIAL]**.
- (45) Por último, esta Sala puede constatar, sin perjuicio de la remisión al escrito de recurso, que la recurrente en sus alegaciones no responde los argumentos proporcionados por la DC en su informe sobre este extremo de su motivo de recurso.
- (46) En conclusión, esta Sala rechaza que la conducta descrita en la orden de inspección sea atípica y no pueda, de confirmarse, constituir una vulneración del artículo 1 LDC y 101 TFUE como la misma orden de inspección establece.

2.2.2. Sobre la falta de proporcionalidad de la orden de investigación

- (47) La recurrente alega la medida especialmente gravosa que es una inspección, sin que la DC haya valorado otras opciones menos invasivas, lo que supondría la falta de proporcionalidad de la orden de inspección.
- (48) Esta Sala reconoce, como manifiesta la recurrente, que la actuación inspectora tiene los límites establecidos en el derecho a la inviolabilidad del domicilio. No obstante, no existen derechos ilimitados y la restricción de un derecho fundamental tiene su fundamento bien en la CE o bien en el respeto de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7º; 2/1982 fundamento jurídico 5º y 110/84 fundamento jurídico 5º).
- (49) En este sentido, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), expuesta, entre otras, en las sentencias de 21 de diciembre de 2010 (Caso Sociedad Canal Plus y otros contra Francia), 2 de abril de 2015 (Caso Vinci Construcción y GTM Génie Civil et Services contra Francia) o 4 de abril de 2023 (UAB Kesko Senukai Lithuania contra Lituania), que, en relación con el derecho de respeto del domicilio, consagrado en el artículo 8 CEDH, ha sostenido que las visitas domiciliarias efectuadas en los locales de empresas, que tienen por objeto la búsqueda de pruebas de prácticas colusorias posiblemente imputables a las mismas, son posibles y deben ser proporcionadas al legítimo objetivo perseguido.
- (50) Por eso mismo, el Tribunal Constitucional señala que los dos títulos habilitantes para que la autoridad entre en un domicilio son el consentimiento y la autorización judicial. El primero es más débil que el segundo, por cuanto, no solo en defecto de consentimiento del titular sino también en contra de él puede la autoridad pública penetrar en el domicilio si está habilitada a tal efecto por una autorización judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero).
- (51) En este caso, como se reconoce por la propia recurrente, la actuación inspectora se llevó a cabo como consecuencia de la autorización judicial concedida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº30 de Madrid. En estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio).
- (52) La achacada falta de proporcionalidad en la elección de la actuación inspectora por parte de la CNMC frente a otras medidas de investigación previstas en el ordenamiento jurídico confunde, a juicio de esta Sala, el título habilitante de la actuación inspectora y el acto administrativo recurrido.
- (53) Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2020 (rec. casación 2966/2019) el juez competente para la concesión del auto no actúa con

una suerte de automatismo formal (STC 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (STC 139/2004, de 13 de septiembre), sino que comprueba que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de la ejecución del acto administrativo y que, en su caso, la medida se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (STC 139/2004, de 13 de septiembre).

- (54) Al conceder la autorización judicial de entrada el juez ya ha valorado que la citada orden de inspección cumple las formalidades legales, tanto formales, en cuanto al contenido de la orden de inspección, como materiales. De esta manera, comprueba la finalidad para la que se solicita la entrada y si la entrada en el domicilio es un medio adecuado y proporcionado para la finalidad que se pretende. Se recuerda que justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es recabar evidencias que acrediten, en su caso, la posible infracción de cara a contar con indicios racionales que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, como exige el artículo 49.1 de la LDC, posibilitando la identificación de los presuntos infractores y su grado de participación en la conducta ilícita.
- (55) Por ello, el control de necesidad y proporcionalidad de la medida inspectora a la que se refiere la recurrente es realizado y garantizado por la intervención judicial y, dado que ha sido este el título habilitante de la inspección, el argumento es inoperante en un recurso frente a la orden de investigación y la actuación inspectora que no realizan ese control de necesidad y proporcionalidad⁴.
- (56) En este sentido, sin perjuicio de que la existencia de una autorización judicial de entrada y registro no impide fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa en su integridad⁵, también es preciso recordar que el instrumento de reacción frente a dichas órdenes iniciales y otros actos administrativos de trámite que admite el artículo 47 LDC tiene el ámbito objetivo de conocimiento de evitar la indefensión y los perjuicios irreparables. De modo que si el control de proporcionalidad y necesidad de la actuación inspectora ha sido realizado por el juez que ha emitido el auto judicial, el debate en sede administrativa, el que corresponde a esta Sala, está ya resuelto desde el momento en que se ha acreditado una autorización judicial de entrada y no le compete a esta Sala la revisión de un análisis que no ha tenido naturaleza administrativa y que está sujeto al recurso de apelación correspondiente.

⁴ En este sentido STS, de 30 de septiembre de 2013, FD 7. ECLI:ES:TS:2013:4722

⁵ STS, de 10 de diciembre de 2014 ECLI:ES:TS:2014:5266

- (57) Sin perjuicio de ello, esta Sala recuerda que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de julio de 2012⁶, y asumiendo la jurisprudencia de la UE⁷ a propósito de la finalidad y extensión del ejercicio de las potestades reconocidas a las autoridades de competencia, confirmó la posibilidad de que estas busquen elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados.

24 Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas.

- (58) La STJUE, de 22 de octubre de 2002, en el asunto C-94/00 Roquette Frères SA también recuerda que corresponde a las autoridades de competencia decidir sobre la necesidad de una inspección cuando así lo requiera la investigación, aunque ya se disponga de indicios o incluso de elementos probatorios, con el fin de verificar la existencia de una infracción teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto⁸.
- (59) Así, frente a la afirmación de la recurrente, precisamente la naturaleza de las prácticas investigadas consistentes en intercambios de información anticompetitivos como se describen en el objeto de la orden de inspección determinan que la realización de la actuación inspectora era no solo la medida más adecuada, sino necesaria para recabar la información relevante. Sin la realización de una inspección, por tanto, la DC no podría verificar o completar los indicios trasladados en la denuncia, pues, a diferencia de lo planteado por la recurrente, la realización de requerimientos de información no resulta una medida útil para obtener documentos que no son fácilmente identificables a priori y, consecuentemente, podría poner en peligro la realización de una inspección posterior de manera eficaz.
- (60) Por otro lado y conforme a lo señalado en el párrafo anterior, el hecho de que sea la primera medida formal y exteriorizada de investigación posterior a la denuncia y, aunque la recurrente presume que la DC no habría verificado los extremos de la denuncia o su verosimilitud simplemente por la supuesta cercanía

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012 R/ 2829/2011 Expte. 14/2007 Consenur

⁷ Asuntos acumulados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-97/87, 98/87 y 99/87, Dow Chemical Ibérica, S.A. y otros c. Comisión y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. p. 2033

⁸ Sentencia de 22 de octubre de 2002, ROQUETTE FRÉRES SA, C-94/00, par 77 (ECLI:EU:C:2002:603).

entre la denuncia y la realización de la inspección, la obtención de la autorización judicial, con el mencionado control de necesidad y proporcionalidad consecuente, prueba lo contrario.

- (61) Al respecto, además, como ha señalado la jurisprudencia, “*la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados. Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, [...] pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación*”.⁹ No cabe, por tanto, presumir qué verificaciones y comprobaciones había realizado o no el órgano instructor.
- (62) Por último, esta Sala no puede aceptar que la conducta investigada sea de menor importancia, ni que no exista una especial gravedad, en caso de confirmarse. Ya se ha señalado que el legislador ha valorado la gravedad de este tipo de conductas al tipificar todas las infracciones del artículo 1 LDC y 101 TFUE, ya sean de naturaleza horizontal o vertical, en el artículo 62.4 LDC como infracciones muy graves.
- (63) En conclusión, esta Sala considera que el motivo del recurso de la empresa respecto a la falta de proporcionalidad de la orden de inspección es, en primer lugar, inoperante, porque debiera dirigirse contra el auto judicial que realizó el control de necesidad y proporcionalidad de la inspección y que constituyó el título habilitante de la entrada en la sede de COFARES. En segundo lugar, debe ser también desestimado pues la actuación inspectora es efectivamente adecuada y proporcional teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta investigada y la falta de idoneidad y utilidad de otras medidas de investigación, cumpliendo la orden de investigación con las exigencias legales y jurisprudenciales. Por último, no cabe aceptar que la conducta investigada no pueda ser especialmente grave.

2.2.3. Sobre la extralimitación de la actuación inspectora

- (64) Esta Sala considera la actuación inspectora por parte del equipo inspector fue conforme a derecho, proporcionada y de acuerdo con el procedimiento ordinario delimitado por la normativa y jurisprudencia para este tipo de actuaciones.
- (65) En cuanto a los 650 correos que, según la recurrente, no responderían a ninguno de los términos de búsqueda consignados como anexo al acta, es necesario recordar que, tal y como se explicó durante la inspección y señala el acta (párrafo 37) la relación de palabras clave “*constituye un instrumento de ayuda al proceso de análisis y selección de información, que por lo tanto no determina por sí*

⁹ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2022, rec. nº 204/2016.

*mismo el único criterio de búsqueda o selección de la información a recabar por la CNMC*¹⁰.

- (66) El procedimiento de análisis y selección de documentos que se emplea durante la inspección, y que se explicó a la recurrente al inicio de la inspección (párrafos 35 a 39 del acta de la inspección) se realiza mediante un proceso que consta de diferentes fases sucesivas. El proceso comienza en los despachos y equipos o dispositivos informáticos seleccionados, donde se realiza una evaluación inicial con el objetivo de realizar una primera selección de información que se analizará en detalle en la sala de trabajo. Una vez trasladada la información a la sala de trabajo habilitada por la cooperativa para los inspectores, se aplican distintas herramientas y criterios de búsqueda para determinar la documentación que finalmente será recabada por el equipo inspector.
- (67) El proceso de selección de información durante la inspección ha sido el detallado en el acta de inspección y sobre el que fue informada la cooperativa por el equipo inspector. La documentación finalmente recabada durante la inspección ha sido aquella que tras su examen por el equipo inspector se ha considerado que pudiera ser relevante para la investigación.
- (68) No se realiza una labor acrítica introduciendo unas palabras clave y llevándose la información. De lo contrario, no sería necesaria la presencia del equipo inspector durante cuatro días en la sede de la entidad inspeccionada realizando una selección discriminatoria de los documentos e información que a priori tienen que ver con la investigación y descartando aquellos que aunque puedan tener relación con una palabra clave no son relevantes para la investigación. Ello es lo que resultaría de un copiado masivo e indiscriminado de la información contenida en los servidores de la entidad a inspeccionar.
- (69) Dicho procedimiento ha sido validado por el Tribunal Supremo que, en su sentencia de 27 de febrero de 2015, señala lo siguiente respecto a la proporcionalidad de la actuación inspectora de la CNMC¹¹:

“Asimismo, se hizo constar la selección de los ordenadores de los empleados susceptibles de contener información relevante para la investigación 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,

¹⁰ Ver también resoluciones de la CNMC de 7 de junio de 2023 en los expedientes R/AJ/040/23 y R/AJ/038/23 y de 27 de septiembre de 2023 en el expediente R/AJ/058/23.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015, rec. casación 1292/12, en relación con el Expte. R/0046/10, TRANSMEDITERRÁNEA.

declarándose, finalmente, toda la documentación incautada cautelarmente confidencial.”

- (70) Por todo ello, contrariamente a lo que afirma la recurrente, la actuación inspectora no ha supuesto un copiado masivo e indiscriminado de documentación de las empresas. Así, de acuerdo con la relación de copias digitales anexa al acta, inicialmente se recabaron por el equipo inspector 592.237 correos electrónicos, de los cuales finalmente solo se han recabado 4.506, lo que supone el 0,7% de la totalidad de los correos electrónicos inicialmente seleccionados. Asimismo, se recabaron cerca de 0.7 GB de un total de 179,14 GB de archivos de unidades locales y de red inicialmente examinados. Es decir, únicamente el 0.3% de la totalidad de la información inicialmente recabada. Por último, únicamente se inspeccionó a 5 empleados de la cooperativa (que, en 2021, contaba con más de 3.000 empleados¹²).
- (71) Los datos anteriores ponen de manifiesto el carácter limitado, proporcionado y acotado de la actuación inspectora a la hora de recabar la documentación. Sin perjuicio de que el porcentaje no sea por sí mismo suficiente, como manifiesta la recurrente, pone de manifiesto la labor discriminatoria realizada por el equipo inspector, lo que cuestiona la recabación indiscriminada alegada.
- (72) En relación con las menciones que hace la recurrente acerca de la información referida a otros proveedores de COFARES, el Tribunal Supremo¹³ ha señalado que:

“de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación”.

- (73) Pues bien, parece evidente que el hecho aislado de que exista cierta documentación (la recurrente menciona 7 correos) de otros proveedores de COFARES, no implica que la actuación inspectora no fuese proporcionada y estuviera exclusivamente destinada al objeto recogido en la orden de

¹² Véase el estado de información no financiera 2021 publicado en la web de COFARES.

¹³ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, rec. nº 790/2016

investigación. Parece razonable y la recurrente no alega ni prueba lo contrario que un documento que tenga relación con el intercambio de información descrito en la orden de investigación puede mencionar a terceras empresas, sin que el propio hecho de que se refieran a estas empresas implique, ni demuestre que no estén relacionados con el objeto de la investigación.

- (74) Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 2015 ha manifestado respecto de una investigación por prácticas contrarias a la competencia, que carece de eficacia para la detección del ilícito limitar en exceso el objeto de la investigación.
- (75) Por otra parte, las cuestiones en relación con la existencia de una segunda orden de investigación¹⁴, entregada en el curso de la inspección, el 29 de noviembre de 2023, serán analizadas por esta Sala en el recurso correspondiente que es el R/AJ/156/23. El ámbito objetivo del presente recurso no gira en torno a la existencia de un hallazgo casual que haya justificado la orden de investigación y la Dirección de Competencia no ha señalado que la documentación recabada conforme a esta orden de investigación se justifique por el mismo, por lo que no corresponde a esta Sala pronunciarse sobre este argumento planteado en su escrito de recurso por COFARES y que no es más que una afirmación de lo que no podría hacer la DC para justificar lo que la recurrente considera información ilegalmente recabada y que, como se ha señalado, no es tal.
- (76) Por último, en relación con el documento identificado por la recurrente como “Anexo 4 KW_Distrilab_v1”, se trata, como ha señalado la DC, **[CONFIDENCIAL]**.
- (77) Al respecto, cabe indicar que las palabras de búsqueda utilizadas directamente por el equipo inspector son las que se entregaron a la cooperativa tal y como consta en el párrafo 154 del acta. Como puede apreciarse se ciñen al ámbito de la orden de investigación y de la autorización judicial de entrada. No cabe, por tanto, acoger la pretensión de la recurrente sobre una posible actuación inspectora desproporcionada y al margen del ámbito permitido por la orden de investigación, cuestión, en todo caso, que no acredita en su recurso en el que se limita a realizar suposiciones genéricas no acreditadas, más aun cuando el procedimiento de análisis y selección de documentos se explicó a la Cooperativa, tal y como recoge el acta de la inspección y se ha vuelto a detallar en el presente recurso.
- (78) En conclusión, esta Sala considera que se deben rechazar los argumentos de la recurrente referentes a la extralimitación de la actuación inspectora por parte del equipo inspector pues no se aprecia que no haya sido realizada conforme a

¹⁴ Véase párrafos 120 a 122 del acta.

derecho, de manera proporcionada y siguiendo el procedimiento ordinario delimitado por la normativa y jurisprudencia para este tipo de actuaciones.

2.3. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC

- (79) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por COFARES supone verificar si la orden de investigación y la subsiguiente actuación inspectora recurrida han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso. La recurrente solo plantea que dos de sus argumentos incidan directamente en sus derechos de defensa.

2.3.1. Ausencia de indefensión

- (80) 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 material¹⁵. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por COFARES se ha producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material el sentido que acabamos de exponer.

2.3.1.1. Sobre si la documentación está protegida por el secreto profesional

- (81) La recurrente señala que el equipo inspector incautó documentación referida al secreto profesional lo que infringiría sus derechos de defensa.
- (82) Respecto de la información afectada por el secreto profesional y el privilegio legal abogado-cliente, la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso STAMPA, de 27 de abril de 2012 (rec. 6552/2009), señaló que la carga de la prueba compete a quien solicita la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. De este modo, cuando una empresa sometida a inspección invoca la protección de la confidencialidad para negarse a presentar la correspondencia mantenida con su abogado, debe facilitar los elementos de prueba que permitan determinar si dicha correspondencia reúne los requisitos que justifican su protección legal. Añade el Tribunal Supremo que la finalidad de ello es 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.

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

- (83) Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria ha establecido una serie de requisitos necesarios para poder calificar la información abogado-cliente como privilegio legal¹⁶, que obliga, en cualquier caso, a la cooperativa, en este caso, a proporcionar las explicaciones y los elementos útiles para probar que dicha correspondencia cumple los requisitos que justifican su protección legal.
- (84) Como señala la DC en su informe, se recoge en varios párrafos del acta (entre otros, párrafos 31 a 33) que se solicitó a la entidad y su personal la identificación de documentos que pudieran estar relacionados con su intimidad o que se trataran de comunicaciones abogado-cliente para ser descartados por la CNMC y, durante la inspección, se pidió también que identificaran los abogados y despachos externos.
- (85) De esta manera, el equipo inspector tras un análisis somero podía descartar estos documentos que estuvieran claramente individualizados e identificados por la cooperativa, siendo eliminados de la información inicialmente recabada por los inspectores.
- (86) En relación con esta cuestión, como consta en el acta de la inspección (párrafos 138 a 142), durante las actuaciones consultó de manera expresa a cada persona inspeccionada sobre la existencia de documentos de esta naturaleza en los dispositivos y servicios que han sido investigados. Todos los inspeccionados manifestaron no disponer de documentos de esta naturaleza.
- (87) Ante la solicitud mencionada del equipo inspector, la cooperativa proporcionó una relación de direcciones de correo y dominios de internet de los despachos de abogados externos con los que trabaja la entidad (párrafo 101 del acta), que permitieron al equipo inspector descartar determinada información de esta naturaleza.
- (88) La duración de cuatro días la inspección y la presencia desde los primeros momentos y durante toda la actuación inspectora de asistencia jurídica experta en materia de competencia, así como la insistencia al efecto del equipo inspector y el número relativamente limitado de personas inspeccionadas, ponen de manifiesto que COFARES pudo cumplir sin problemas con su obligación de identificar de manera individualizada los posibles documentos protegidos por el secreto profesional y que durante la inspección no realizó.
- (89) No obstante, COFARES ha manifestado en el presente recurso la existencia de una serie de documentos concretos que, a su juicio, estarían sujetos a secreto profesional. Solo identifica de manera individualizada un único correo electrónico enviado el 7 de septiembre de 2022, y hace referencia genérica a un total de

¹⁶ Véase, entre otras, la Sentencia de 17 de septiembre de 2007, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals / Comisión, T-125/03, ECLI:EU:T:2007:287, párrafos 117 y siguientes.

quince correos relacionados con el asunto **[CONFIDENCIAL]**, sin identificar de manera individualizada estos correos electrónicos.

- (90) La DC ha localizado el correo electrónico de 7 de septiembre de 2022 y de oficio, al no haber sido identificado por la cooperativa inspeccionada, otros 16 correos electrónicos y cuatro documentos adjuntos con el asunto **[CONFIDENCIAL]**. Tal y como se ha notificado a COFARES mediante acuerdo de 20 de diciembre de 2023, la DC ha procedido a su eliminación del archivo contenedor con la información grabada por el equipo inspector. Ello sin perjuicio de que ninguno de los documentos localizados y eliminados fue identificado en ningún momento durante la inspección, y de que, como ya se ha señalado, ninguno de los inspeccionados manifestó tener correos de esta naturaleza.
- (91) Además, en dicha cadena de correos no figura ninguna de las direcciones de correo y dominios de internet de abogados externos facilitados al equipo inspector, sino que se trata de correos internos de empleados de COFARES donde se copian las conclusiones de los abogados externos. Dado que no figuran los dominios o correos electrónicos de los abogados externos facilitados en la inspección, dicha información, no identificada por la recurrente hasta trece días con posterioridad a la actuación inspectora, no pudo ser localizada previamente por el equipo inspector.
- (92) Por otro lado, en relación con la mención genérica de diversos correos con el asunto **[CONFIDENCIAL]**, esta Sala, de acuerdo con la Dirección de Competencia, estima que no se cumplen con los requisitos necesarios para considerarse secreto profesional.
- (93) Ni la documentación referida ni la valoración genérica realizada por la cooperativa permite dar por cumplidos los requisitos legalmente y jurisprudencialmente exigidos. Al contrario, en la cadena de correos con asunto **[CONFIDENCIAL]** únicamente se hace una mera mención en uno de los correos a que el abogado interno ha verificado con el abogado externo su análisis¹⁷. Resulta evidente que dicha afirmación no puede considerarse como una comunicación confidencial abogado-cliente ni de asesoramiento jurídico externo. Frente a lo que afirma la recurrente, no se trata aquí de un supuesto en el que el cliente haya reproducido el contenido de las comunicaciones abogado-cliente.
- (94) En consecuencia, deben rechazarse las alegaciones de la recurrente referidas a la cadena de correos con asunto **[CONFIDENCIAL]**, por no ser información constitutiva de secreto profesional.
- (95) En conclusión, esta Sala rechaza que la identificación de las comunicaciones abogado-cliente y de la documentación sujeta a secreto profesional cumple con

¹⁷ La referencia concreta que se realiza en el correo electrónico, tras exponer el empleado de la recurrente su opinión es la siguiente “Además, lo acabo de verificar con [abogado externo]”.

todas las exigencias legales y jurisprudenciales, por lo que no se ha vulnerado los derechos de defensa de la recurrente.

2.3.1.2. Sobre el acceso a las actuaciones previas e información obrante en el expediente

- (96) Esta Sala también rechaza la solicitud de la recurrente de acceso a las comunicaciones internas y externas de la DC previas a la inspección, sin que de ello pueda derivarse vulneración alguna del derecho de defensa.
- (97) De conformidad con el artículo 31 del RDC, únicamente *“(u)na vez incoado el expediente los interesados podrán acceder a éste y obtener copias individualizadas de todos los documentos que integren el expediente [...] y sin que se pueda formular solicitud genérica sobre el expediente”*.
- (98) Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 18 de septiembre de 2017, indica expresamente lo siguiente¹⁸:

“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”.

- (99) Además, en fase de información reservada y con carácter previo al desarrollo de una inspección, en ningún caso, como recoge la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2023 confirmando la doctrina ya establecida en su sentencia de 31 de octubre de 2017, esa eventual información o investigación realizada con carácter previo por la Dirección de Competencia, ha de trasladarse a la inspeccionada, indicándose en dicha sentencia que:

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

Esto es, de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2017, rec. 540/2014, dictada en el Expte. S/0430/12 Recogida de papel.

elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNMC. 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”. [...]

“4/ La sentencia recurrida hace asimismo expresa referencia al carácter confidencial de determinados documentos que fueron aportados con la solicitud de autorización de entrada, dejando señalado la sentencia que tanto el Juzgado que dictó el auto de autorización de entrada como la propia Sala que resuelve el recurso de apelación han podido examinar tales documentos, a los que la empresa investigada no ha tenido acceso “...porque ello frustraría el buen fin de la investigación, sin perjuicio de que, lógicamente, la misma sea puesta de manifiesto a la referida empresa en el marco del procedimiento sancionador que, en su caso, se incoe y cuando se incoe” (véanse los fragmentos de los FF.JJ. 4º y 6º de la sentencia recurrida que hemos transcrito en el antecedente segundo).”

- (100) En este sentido, la DC no está obligada en esta fase a dar una información detallada, sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección que es expuesta en la orden de inspección recurrida. La inspección de la DC se ha desarrollado en fase de información reservada, como expresamente contempla el artículo 49.2 LDC, es decir, sin que se haya incoado un expediente sancionador. Así lo refleja el párrafo 9 del acta de inspección.
- (101) Será una vez incoado un expediente sancionador, en su caso, cuando los interesados podrán acceder a éste, de conformidad con el mencionado artículo 31 RDC.

2.3.2. Ausencia de perjuicio irreparable

- (102) 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).
- (103) Teniendo en cuenta que el recurso no alega sobre la base del perjuicio irreparable y habiéndose rechazado los argumentos de la empresa en relación con la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, no se considera que ni la orden de inspección, ni la actividad inspectora de la DC haya provocado un perjuicio irreparable a la recurrente.

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

3.RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso presentado por COFARES contra la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023 y la actuación inspectora realizada los días 27 a 30 de noviembre de 2023 y rechazar su solicitud de acceso a las actuaciones previas e información obrante en el expediente.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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.