

RESOLUCIÓN

COFARES 2

R/AJ/156/23

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/156/23 COFARES 2, 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 29 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	4
2.2. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.....	6
2.2.1. Ausencia de indefensión en la falta de motivación del hallazgo casual	6
2.2.2. Ausencia de perjuicio irreparable.....	10
2.3. Sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio ..	10
2.3.1. Sobre la falta de proporcionalidad en ordenar una inspección.....	10
2.3.2. Sobre la extralimitación de la actuación inspectora.....	12
3. RESUELVE.....	12

1.ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 15 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 29 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 29 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 29 de noviembre de 2023 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. Esta segunda orden de inspección fue entregada durante el curso de la inspección ordenada por la orden de inspección de 14 de noviembre y autorizada por el auto judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº30 de Madrid.
- (12) COFARES señala que la segunda orden de investigación tiene un objeto muy distinto a la primera orden al no coincidir la presunta infracción, la presunta conducta, los sujetos intervinientes, los mercados y el periodo afectado. Considera que no ha podido verificar si los indicios a los que se refiere la segunda orden eran suficientes para ordenar una inspección y que la actuación inspectora conforme a la primera orden de investigación excedía los límites de la autorización judicial y legal.
- (13) En su primer motivo de recurso, COFARES defiende la nulidad de la segunda orden de investigación por indefensión y falta de motivación, en particular, porque no permite enjuiciar la validez del hallazgo casual, ni la suficiencia del indicio que la fundamenta. En las alegaciones de 29 de enero de 2024 indica

que la DC pudo y debió haber identificado el indicio supuestamente hallado casualmente.

- (14) Si bien COFARES considera que la segunda orden haya supuesto una afectación al derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues no se produjo entrada en el domicilio para investigar los hechos, mantiene que se produjo vulneración de ese derecho en el hallazgo del indicio que sirve de fundamento a la segunda orden de inspección.
- (15) Argumenta que el indicio hallado no puede acogerse a la doctrina del hallazgo casual porque no se ha justificado la licitud de su obtención. Ni COFARES ni los órganos jurisdiccionales pueden revisar la conformidad a Derecho de la segunda orden y el indicio no puede acogerse a la doctrina del hallazgo casual porque no se ha justificado la suficiencia del mismo para justificar una inspección. Todo ello supone indefensión para COFARES.
- (16) En su segundo motivo de recurso, COFARES sostiene que han existido irregularidades en la obtención del indicio y que la documentación ilícitamente recabada excede el objeto de la primera orden autorizada por el auto judicial. En particular, considera que la actuación inspectora justificada en la primera orden de inspección se realizó con una metodología incorrecta, lo que incidiría en la nulidad de la segunda orden de inspección. En sus alegaciones de 29 de enero de 2024, COFARES reconoce implícitamente que para evitar reiteraciones innecesarias este segundo motivo de recurso se dirime en el recurso paralelo R/AJ150/23 COFARES contra la primera orden de inspección y la actuación inspectora.
- (17) En el tercer motivo de recurso, COFARES argumenta la nulidad de la segunda orden de inspección por no justificar la proporcionalidad de ordenar una inspección, respecto a otras medidas de investigación.
- (18) En sus alegaciones de 29 de enero de 2024, COFARES responde a la DC en dos puntos adicionales. En primer lugar, que la DC se refiere en su informe a que la práctica investigada se trataría de una estrategia, lo cual no aparece en la orden recurrida. En segundo lugar, COFARES sostiene que no denegó el consentimiento para la realización de la segunda inspección, sino que se sometió a la misma de conformidad con la Constitución y las leyes.

2.1.2. Informe de la DC

- (19) La DC en su informe de 21 de diciembre de 2023, rechaza las pretensiones de COFARES y propone la desestimación del recurso.
- (20) Comienza señalando que resulta irrelevante que el objeto de la primera y la segunda orden difiera, ya que es precisamente por esa diferencia por la que se motiva la segunda orden de inspección en un hallazgo casual y por lo que se

estimó necesario adoptar la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 y que no era suficiente la orden de inspección de 14 de noviembre de 2023.

- (21) En relación con la indefensión por falta de motivación, la DC considera que el equipo de inspección actuó conforme a la jurisprudencia y que dentro de la inspección conforme a la primera orden de inspección se detectó información reveladora de un ilícito diferente, en particular, como señala la segunda orden de inspección, los indicios fueron localizados en el correo electrónico de uno de los investigados.
- (22) Añade que corresponde a la DC, y no a la recurrente, en el ejercicio de su potestad reglada atribuida legalmente valorar si los indicios detectados resultan suficientes para ordenar una nueva inspección. No existe además la obligación legal de trasladar los indicios concretos en fase de información reservada, como ha considerado la jurisprudencia.
- (23) También rechaza que la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 no esté motivada pues su objeto está claramente definido y acotado y los indicios y las consecuencias que de ellos se extraen se describen conforme a Derecho.
- (24) En segundo lugar, en relación con la falta de proporcionalidad, la DC considera que el objetivo de la inspección era **[CONFIDENCIAL]** mediante una serie de prácticas presuntamente anticompetitivas. La inspección era, por tanto, la medida más adecuada y necesaria, no resultando los requerimientos de información aptos ni suficientes. Además, dado que ya estaba teniendo lugar una primera inspección, la realización de otra actuación inspectora habría supuesto un trastorno menor para el funcionamiento de COFARES y, de hecho, la orden de inspección preveía su realización en el ámbito temporal de la inspección autorizada por la primera orden de inspección y por el auto judicial. La orden de investigación fue concedida el 29 de noviembre por la tarde y se permitió a la recurrente analizar la misma hasta la reanudación de la inspección al día siguiente, momento en que se denegó el consentimiento a la realización de la inspección.
- (25) En relación con la supuesta extralimitación de la actuación inspectora, la DC se refiere a su informe presentado en el recurso R/AJ/150/23 COFARES. Insiste en que la actuación inspectora no ha supuesto un copiado masivo e indiscriminado de documentación.
- (26) Por último, la DC considera que en el presente caso COFARES no ha identificado en qué medida la orden de inspección que ordenaba a la cooperativa someterse a una actividad inspectora, que no llegó a producirse dado que la cooperativa denegó su sometimiento a la misma, ha generado una indefensión o perjuicio irreparable.

2.2. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC

- (27) Con carácter general, esta Sala aprecia que algunos motivos de recurso de la empresa son inoperantes en tanto la orden de investigación objeto del recurso, si bien ha sido emitida por la Directora de Competencia y recibida por la recurrente, tras la denegación del consentimiento por parte de la cooperativa, no condujo a ninguna actuación inspectora. En este sentido, ya sea admitida o no la solicitud de nulidad de la orden de investigación por parte de la recurrente, la orden de inspección no ha producido efectos jurídicos porque no ha sido ejecutada por la administración pública.
- (28) La ausencia de efectos jurídicos determina, por tanto, que esta orden de investigación concreta sea un acto de mero trámite y como tal no debiera ser susceptible de impugnación¹. Ello conllevaría la inadmisión del recurso. No obstante, teniendo en cuenta que el contenido de la orden de investigación se refería expresamente a la posibilidad de interponer recurso ante el Consejo de la CNMC, como prevé el artículo 13.3 RDC, esta Sala va a analizar los argumentos de la empresa².
- (29) 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 recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, si bien, conforme a lo expuesto, conviene partir de que difícilmente puede un acto administrativo que no ha producido efectos jurídicos generar un perjuicio, sea este reparable o irreparable, o una indefensión material y no meramente teórica.

2.2.1. Ausencia de indefensión en la falta de motivación del hallazgo casual

- (30) La recurrente plantea que el primero de sus motivos de recurso, el referido a la falta de motivación de la licitud del hallazgo, le habría generado indefensión.
- (31) Es doctrina del Tribunal Constitucional (TC) 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 material³. Debe comprobarse, por tanto, si la indefensión alegada por COFARES se ha

¹ En este sentido, STS, de 10 de julio de 2019, recurso n.º 410/2018.

² En similar sentido, STC 43/1992, de 30 de marzo. Recurso de amparo 582/1990.

³ STC 15/1995, de 24 de enero.

producido y, de haberse producido, si ha dado lugar a una indefensión material en el sentido expuesto.

- (32) Con relación al derecho de defensa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia 1894/2007 de 7 de febrero de 2007, entre otras, ha declarado que *"tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador"*, matizando que *"esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite"*. Como se ha señalado, difícilmente una orden de inspección que no ha conllevado actuación inspectora alguna puede provocar una indefensión material.
- (33) Esta Sala no puede aceptar que las alegaciones sobre la falta de motivación del hallazgo casual supongan una indefensión a la recurrente.
- (34) Ha señalado el Tribunal Supremo⁴:

"El supuesto litigioso se plantea por la posibilidad –que efectivamente se dio en el caso de autos- de que en la práctica del registro se obtengan documentos o material que resulten ajenos al objeto de la investigación que determinó la autorización judicial, pero que sean reveladores de otras posibles actividades ilícitas. [...] lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

[...]partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro - desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se

⁴ Véase, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2012, rec.nº 113/2013.

*encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas.”
(énfasis añadido)*

- (35) Frente a lo alegado por la recurrente, se observa que los inspectores de competencia actuaron conforme a lo establecido por la citada jurisprudencia. Así, en el marco de una entrada autorizada judicialmente, estando el objeto de la primera orden de inspección correctamente acotado y definido, conforme se ha resuelto en el recurso paralelo, se detectó en el curso de la inspección, información reveladora de un ilícito diferente. Se siguió el procedimiento adecuado tras el hallazgo, haciendo entrega de una segunda orden de inspección.
- (36) Además, corresponde a la Dirección de Competencia y no a la recurrente, valorar si los indicios detectados durante el curso de la actuación inspectora resultan suficientes para acordar una nueva orden de inspección. En este sentido, la ordenación de una inspección cuando se considere necesario forma parte del ejercicio de una potestad reglada atribuida legalmente a la Dirección de Competencia por lo dispuesto en el artículo 40.2 LDC.
- (37) Los indicios que dieron lugar a la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 fueron localizados en el curso del análisis del buzón de correo electrónico de uno de los investigados conforme a la primera orden de inspección (párrafo 120 del acta de inspección). Los inspectores explicaron a la recurrente (párrafos 35 y siguientes del acta) el procedimiento para llevar a cabo el análisis de la documentación, y fue durante dicho análisis, limitado a lo establecido en el auto y en la primera orden de inspección, en el que apareció el documento indiciario en cuestión. Además, durante la inspección de la zona de trabajo de la misma persona física estuvieron presentes, en todo momento, acompañando a los inspectores de competencia, abogados internos y externos de la recurrente (párrafo 137 del acta), que, en ningún momento manifestaron que la revisión realizada por los inspectores estuviese siendo desproporcionada o genérica.
- (38) La propia orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 explica de forma detallada los indicios detectados **[CONFIDENCIAL]**
- (39) Por ello, no resulta razonable pretender una mayor concreción del objeto de la inspección, ni una mayor descripción de los indicios suficientes para ordenar la inspección, sin perjuicio de que estos no dejen de ser indicios. La motivación de la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 se ha realizado de forma particularmente exhaustiva y se señala, incluso, el plazo temporal que se prevé pudiera afectar a la conducta investigada.
- (40) No hay que olvidar que la Audiencia Nacional ha señalado que: *“resulta excesivamente desproporcionado exigir en la solicitud de autorización de registro y entrada domiciliaria, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, datos de 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 no se conocen o no están suficientemente identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia”.

- (41) Por ello, más allá de lo expuesto en la orden de inspección recurrida, no existe ninguna obligación legal en fase de información reservada de trasladar los indicios concretos a la recurrente, de acuerdo con la jurisprudencia nacional y de la UE.
- (42) En este sentido, el Tribunal de Justicia de la UE ha señalado que: *“si bien para acreditar que la inspección resulta justificada la Comisión está obligada a exponer detalladamente, en la decisión por la que ordena una inspección, que dispone de datos e indicios materiales fundados que le llevan a sospechar la existencia de la infracción de cuya comisión es sospechosa la empresa objeto de la inspección (véase la sentencia de 6 de septiembre de 2013, Deutsche Bahn y otros/Comisión, T 289/11, T 290/11 y T 521/11, EU:T:2013:404, apartados 172 y jurisprudencia citada), no cabe exigir a la Comisión que indique en la fase de investigación preliminar, además de las presunciones de infracción que se propone comprobar, los indicios, esto es los datos que le llevan a considerar la posibilidad de una infracción del artículo 102 TFUE. En efecto, tal obligación alteraría el equilibrio que la jurisprudencia establece entre la preservación de la eficacia de la investigación y la protección del derecho de defensa de la empresa interesada (sentencia de 25 de noviembre de 2014, Orange/Comisión, T 402/13, EU: T:2014:991, apartado 81).”*
- (43) En este mismo sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de junio de 2023⁵ confirma lo siguiente:

“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 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

⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2023 rec. nº1030/2021.

procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de infracción”.

- (44) Por todo ello, esta Sala considera que procede rechazar el motivo de recurso de COFARES.

2.2.2. Ausencia de perjuicio irreparable

- (45) 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 todos, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).
- (46) Teniendo en cuenta que el recurso no alega sobre la base del perjuicio irreparable y debido a que los argumentos de la empresa en relación con la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio se analizarán a continuación, no se considera que ni la orden de inspección, ni la actividad inspectora de la DC haya provocado un perjuicio irreparable a la recurrente.

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

- (47) 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 si la orden de inspección vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente.

2.3.1. Sobre la falta de proporcionalidad en ordenar una inspección

- (48) En cuanto a la falta de proporcionalidad a la hora de ordenar una nueva inspección, esta Sala rechaza los argumentos de la recurrente.
- (49) 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

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

podieran 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.

- (50) 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.
- (51) En este caso concreto, la realización de una inspección era la medida más adecuada y necesaria y un requerimiento de información no resultaba apto ni suficiente. En otros supuestos similares (de artículo 102 TFUE) el Tribunal General ha señalado que⁹:

“dicha institución [la Comisión] podía proceder a tal inspección para asegurar una instrucción adecuada del asunto, en la medida en que las informaciones que buscaba comprendían datos que revelasen la eventual intención de expulsar a los competidores del mercado, mediante la concesión de un trato preferente injustificado a las sociedades del mismo grupo a través de un sistema de descuentos en el suministro de energía eléctrica de tracción. En efecto, es difícil de concebir que tales informaciones pudieran haber llegado a manos de la Comisión, en su caso, como no fuera a través de una inspección. Como subraya con razón la Comisión, una solicitud de información basada en el artículo 18 del Reglamento nº 1/2003 no garantiza que las empresas le remitan documentos que las incriminen, como por ejemplo correos electrónicos.” (énfasis añadido)

- (52) Asimismo, y dado que ya estaba teniendo lugar una primera inspección, la realización de otra actuación inspectora de conformidad con la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 habría supuesto en este caso particular, además, un trastorno menor para el funcionamiento de COFARES.
- (53) Se observa asimismo que la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 preveía realizarse del 29 de noviembre de 2023 al 1 de diciembre. De esta manera la inspección ordenada por la segunda orden de inspección no hubiera excedido, en ningún caso, la duración de la inspección ordenada por la primera orden de inspección, en caso de haberse llevado a cabo.
- (54) También se aprecia que el jefe del equipo inspector hizo entrega de la orden de inspección a las 17:05 horas del día 29 de noviembre de 2023, permitiendo a la

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

⁹ Véase la Sentencia de 6 de septiembre de 2013, Deutsche Bahn y otros/Comisión, T-289/11, (ECLI:EU:T:2013:404).

recurrente analizar la misma hasta la reanudación de la inspección al día siguiente (párrafo 120 y siguientes del acta). Así, la recurrente comunicó a las 9:40 horas del día 30 de noviembre de 2023 la denegación de su consentimiento a la realización de la inspección ordenada por la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 (párrafo 130 del acta).

- (55) Todo lo anterior denota, a juicio de esta Sala, la proporcionalidad de la medida adoptada por la Dirección de Competencia, que de todos modos, como se ha reiterado no llegó a ejecutarse.

2.3.2. Sobre la extralimitación de la actuación inspectora

- (56) Esta Sala constata que la actuación inspectora derivada de la segunda orden de inspección no llegó a producirse por lo que no pudo haber una extralimitación en la misma. Los argumentos de COFARES se dirigen contra la actuación inspectora conforme a la primera orden de inspección, lo cual se resuelve en el recurso paralelo R/AJ/150/23 COFARES y sobre lo que no corresponde pronunciarse a esta Sala en la presente resolución.
- (57) En este sentido, procede rechazar los argumentos de la cooperativa respecto a la extralimitación de la actuación inspectora por ser inoperantes respecto al acto administrativo impugnado.

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 29 de noviembre de 2023.

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.