

RESOLUCIÓN

COFARES ALCOBENDAS

R/AJ/040/24

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 mayo 2024

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/040/24 COFARES ALCOBENDAS, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA y COFARSA SERVICIOS FINANCIEROS COMPLEMENTARIOS, S.A. (en adelante, **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 la Dirección de Competencia de 14 de febrero de 2024 y contra la actuación inspectora realizada los días 26 a 29 de febrero de 2024 en la sede de COFARES sita en la Avenida de Europa, 17, Alcobendas, Madrid (en adelante, **sede COFARES ALCOBENDAS**).

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	3
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
2.1. Objeto de la presente resolución	3
2.2. Pretensiones de la recurrente e informe de la Dirección de Competencia.....	4
2.2.1. Objeto del recurso.....	4
2.2.2. Informe de la Dirección de Competencia.....	5
2.2.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia	7
2.3. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC	7
2.3.1. Ausencia de Indefensión	7
2.3.2. Perjuicio irreparable	18
3. RESUELVE.....	19

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 11 de marzo de 2024 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por COFARES conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LDC, impugnando la orden de inspección de 14 de febrero de 2024 y la actuación inspectora realizada los días 26 a 29 de febrero de 2024 en la sede COFARES ALCOBENDAS por vulnerar el derecho de inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (**CE**), así como lo dispuesto en los artículos 40 y 49.2 de la 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 (**LCNMC**) y el artículo 13 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**) (folios 1 a 94).
- (2) Con fecha 15 de marzo de 2024, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso (folio 95).
- (3) Con fecha 21 de marzo de 2024 la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso en el que propuso su desestimación (folios 96 a 180).
- (4) Con fecha 22 de marzo de 2024 se admitió a trámite el recurso concediendo a COFARES un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones (folio 181).
- (5) Con fecha 16 de abril de 2024 COFARES presentó escrito de alegaciones al informe sobre el recurso elaborado por la Dirección de Competencia (folios 190 a 201).
- (6) La Sala de Competencia ha resuelto este recurso en su reunión de 21 de mayo de 2024.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Objeto de la presente resolución

- (7) La presente resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por COFARES el 11 de marzo de 2024 al amparo del artículo 47 de la LDC contra la orden de inspección de 14 de febrero de 2024 (folios 48 a 54) y la actuación inspectora realizada los días 26 a 29 de febrero de 2024 en la sede COFARES ALCOBENDAS (folios 55 a 90).
- (8) El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Competencia 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 CNMC] en el plazo de diez días".

2.2. Pretensiones de la recurrente e informe de la Dirección de Competencia

2.2.1. Objeto del recurso

- (9) COFARES solicita al Consejo de la CNMC, entre otras cosas, que declare la nulidad de la orden de inspección de 14 de febrero de 2024 objeto del recurso.
- (10) Estructura su escrito de recurso en antecedentes de hecho y en fundamentos de derecho:
- (11) En los antecedentes de hecho, relata las consideraciones fácticas, indicando que: (i) COFARES se allanó a lo autorizado en el auto nº42/2024, de 15 de febrero de 2024, del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 8 de Madrid (en adelante, el **auto**) por el que autoriza la entrada en su domicilio; (ii) COFARES no ha podido verificar la suficiencia de los indicios para ordenar la inspección, dado que la Dirección de Competencia no ha especificado dichos indicios, ni su naturaleza ni su relación con posibles conductas infractoras; y (iii) la actuación inspectora excedió los límites de la autorización judicial y legal, recabando documentos no relacionados con el objeto de la orden de inspección y documentos sujetos a lo que califican como secreto profesional.
- (12) En cuanto a los fundamentos de derecho, la recurrente alega la nulidad de la orden de inspección de 14 de febrero de 2024 por: (i) indefensión y falta de motivación; (ii) desconexión entre los supuestos indicios hallados casualmente y el objeto de la inspección; y (iii) desproporción al tener un objeto que cubre todo el negocio de COFARES, existiendo alternativas menos gravosas a la inspección.
- (13) Respecto a la indefensión y falta de motivación de la orden de inspección, COFARES señala que ésta no identifica los indicios previos que motivaron y justificaron la actuación inspectora, reiterando que se produjo una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el hallazgo de dichos indicios que sirvieron de fundamento a la orden. Según la recurrente, dichos indicios no pueden acogerse a la doctrina del hallazgo casual pues COFARES no dispone de elementos para verificar la licitud de su obtención, al no haber recibido ni copia del indicio ni explicación alguna de cómo se ha hallado. Esto supone un déficit de motivación de la orden que le impidió estar en disposición de comprobar la suficiencia de los indicios para ordenar la inspección.
- (14) Asimismo, COFARES alega la nulidad de la orden de inspección por desconexión entre los supuestos indicios hallados y su objeto, indicando que la Dirección de Competencia habría ampliado injustificadamente la búsqueda de información excediendo de dichos indicios. A estos efectos, COFARES aporta

un cuadro comparativo del contenido de la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023¹ y de la orden de 14 de febrero de 2024 objeto del recurso, alegando que sus diferencias demuestran el incremento injustificado del objeto de la investigación y, en consecuencia, la patente indefensión de COFARES.

- (15) En consecuencia, COFARES alega la nulidad de la actuación inspectora por ser desproporcionada tanto en su diseño (al tener un objeto que cubre todo el negocio de COFARES) como en su ejecución, dado que la documentación recabada excede el objeto de la orden de inspección y del auto, manifestando que resulta llamativo que el tiempo adicional (transcurrido desde la anterior inspección), no haya sido usado por la Dirección de Competencia para acotar el objeto de la inspección y asegurar la proporcionalidad de la actuación inspectora, sino para realizar una búsqueda indiscriminada y desproporcionada de documentación (que la recurrente califica como “*fishing expedition*”).
- (16) Por último, la recurrente alega la nulidad de la orden recurrida por existir alternativas a la inspección menos gravosas. La recurrente indica a estos efectos que la Dirección de Competencia no tiene un “*derecho*” a inspeccionar, sino una facultad de inspección sujeta a un deber estricto de proporcionalidad que evalúe la herramienta menos onerosa para el administrado. COFARES alega que la orden recurrida no justifica la proporcionalidad de ordenar la inspección y que, además, las supuestas pruebas de las conductas se ubicarían en documentos contractuales que podían haberse solicitado mediante requerimientos de información. Como consecuencia de lo anterior, COFARES señala que la Dirección de Competencia “*escogió llevar a cabo dos inspecciones, lo cual, además de desproporcionado, fue la opción más perjudicial para COFARES obligando a la empresa a soportar una nueva inspección (doble) habiendo pasado menos de tres meses desde la anterior*”.

2.2.2. Informe de la Dirección de Competencia

- (17) Frente a lo alegado por COFARES la Dirección de Competencia propone la desestimación del recurso, por no concurrir indefensión ni perjuicio irreparable.
- (18) En un primer bloque del informe, la Dirección de Competencia analiza las alegaciones de COFARES relativas a la supuesta nulidad de la orden de inspección. En concreto, sobre la indefensión y falta de motivación de la orden recurrida, la Dirección de Competencia defiende que el contenido de esta cumple todas las indicaciones formales y materiales exigidas legal y jurisprudencialmente. También considera que respeta las exigencias de la jurisprudencia nacional sobre la aplicación de la doctrina del hallazgo casual, en el sentido de que el material probatorio encontrado se produzca con ocasión de

¹ COFARES interpuso recurso contra dicha orden (R/AJ/150/23), que fue desestimado por el Consejo de la CNMC, cuya resolución no es firme por haber sido objeto de recurso ante la Audiencia nacional.

una entrada y registro que cuente con la necesaria habilitación y se desarrolle de forma idónea y proporcionada. Asimismo, indica la Dirección de Competencia que la orden de inspección recurrida presenta de manera extensa y detallada el contenido legalmente exigido en cuanto al objeto y finalidad de la inspección, motivada sobre la base de indicios suficientes y obtenidos legalmente, para la que se obtuvo la correspondiente autorización judicial, cumpliéndose así la garantía del artículo 18 de la CE.

- (19) En relación con la alegación de COFARES sobre una supuesta falta de conexión entre los indicios hallados y el objeto de la inspección y la supuesta falta de proporcionalidad por tener un objeto supuestamente más amplio que cubriría todo el negocio comercial de COFARES, la Dirección de Competencia niega, por un lado, la existencia de una desconexión entre los indicios de la orden de 29 de noviembre de 2023 y los de la de orden de 14 de febrero de 2024 objeto del recurso, pues considera que son los mismos y tienen la misma fuente. Señala que la única diferencia es que la Dirección de Competencia dispuso de más tiempo y de más elementos de análisis para redactar la orden recurrida, por lo que lógicamente pudo precisar con mayor detalle los términos y características de la práctica objeto de la investigación. Asimismo, defiende la Dirección de Competencia que la orden de inspección recurrida no puede calificarse como desproporcionada, precisamente por detallar con especial precisión y detalle los elementos esenciales de la investigación, lo cual, a su juicio, no solo no perjudica a COFARES, sino que le beneficia al proporcionarle información completa del objeto, efectos y alcance de las prácticas investigadas.
- (20) Sobre la alegación de la recurrente según la cual existen alternativas menos gravosas a la inspección, pudiendo haberse solicitado la información mediante instrumentos menos gravosos para COFARES, la Dirección de Competencia recuerda que la proporcionalidad y necesidad de la inspección ha sido refrendada por la autorización de entrada del auto de 15 de febrero de 2024, motivo por el cual considera que no cabe sino reiterar la proporcionalidad de la orden recurrida.
- (21) En un segundo bloque del informe, la Dirección de Competencia analiza las alegaciones de COFARES sobre la supuesta extralimitación de la actuación inspectora. En concreto, la recurrente identifica una supuesta incautación de documentos no relacionados con el objeto de la orden de inspección recurrida. La Dirección de Competencia señala al respecto que el hecho aislado de que exista cierta documentación supuestamente no relacionada con el objeto de la investigación, *quad non*, no implica que la actuación inspectora no fuese proporcionada y estuviera exclusivamente destinada al objeto recogido en la orden. Al contrario, la Dirección de Competencia señala que los datos facilitados en los párrafos (43 a 66) del acta de la inspección demuestran que no existieron requisas generales ni volcados masivos de documentación.

- (22) Sobre las acusaciones del recurrente relativas a una supuesta incautación de documentos sujetos a secreto profesional, la Dirección de Competencia recuerda que COFARES tuvo la posibilidad de cumplir sin problemas con su obligación de identificar de manera individualizada los posibles documentos protegidos por el secreto profesional. En todo caso, la Dirección de Competencia se compromete, sin perjuicio de lo anterior, a proceder a la eliminación del archivo contenedor de la información grabada por el equipo inspector una vez revisados y confirmados los correos identificados por COFARES que estarían supuestamente amparados por el secreto profesional.
- (23) En definitiva, la Dirección de Competencia concluye que no se ha producido indefensión ni perjuicio irreparable a COFARES, pues la orden de inspección cumplía los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos y la actuación inspectora realizada en consecuencia fue proporcionada y ajustada a Derecho.

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

- (24) En sus alegaciones al informe de la Dirección de Competencia, formuladas tras el correspondiente acceso al expediente, COFARES reitera lo señalado en su recurso, a cuyo contenido nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias en el cuerpo de la presente resolución.

2.3. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC

- (25) 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 únicamente si la orden de investigación y la subsiguiente actuación inspectora recurrida han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, debiendo desecharse el análisis de cualquier otra alegación no relacionada con dichos motivos de impugnación.

2.3.1. Ausencia de Indefensión

- (26) 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 material². 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 STC 15/1995, de 24 de enero.

2.3.1.1. Sobre la falta de motivación del hallazgo casual y de la suficiencia del indicio que dieron origen a la orden de inspección

(27) COFARES alega la existencia de indefensión y falta de motivación por no permitir la orden recurrida enjuiciar la validez del hallazgo recabado en la previa inspección en noviembre de 2023 ni la suficiencia del indicio que la fundamenta.

(28) En relación con esta alegación, como acertadamente trae a colación el informe de la Dirección de Competencia sobre el recurso, basta acudir a la orden de inspección para comprobar que la misma indica de manera expresa, prolija y detallada el objeto y la finalidad de la inspección:

[CONFIDENCIAL]

(29) Asimismo, la orden también contiene una definición de mercado detallada que se circunscribiría al *“mercado español de la distribución mayorista de medicamentos, productos sanitarios y de parafarmacia, así como en los mercados conexos (i) de venta minorista en línea/online de productos de parafarmacia a través de plataformas informáticas, y (ii) de prestación de servicios informáticos para la asesoría a las oficinas de farmacia y otros servicios complementarios, desde, al menos, junio de 2021 hasta la actualidad.”* (folio 53 del expediente de recurso)

(30) Del mismo modo, la orden describe de manera precisa y concreta las conductas potencialmente infractoras, detallando los términos de la práctica de vinculación comercial objeto de inspección, la duración de dicha práctica e incluso precisando los potenciales efectos anticompetitivos que se estarían produciendo en el mercado:

[CONFIDENCIAL]

(31) Por todo lo anterior, a juicio de esta Sala, resulta incontrovertido que la orden recurrida cumple sobrada y extensamente con los requisitos de motivación predeterminados en la normativa y la jurisprudencia.³

(32) Por otro lado, según COFARES, el indicio que sirve de fundamento a la orden recurrida no puede acogerse a la doctrina del hallazgo casual por no disponer de los elementos necesarios para verificar si dichos indicios se han obtenido conforme a los parámetros exigidos por la jurisprudencia.

(33) Al respecto, tras el análisis de los antecedentes fácticos relacionados con la alegación, cabe indicar que el hallazgo casual se produjo en el marco de una entrada autorizada judicialmente, estando el objeto de la orden de inspección de

³ Por todas, véanse las SSTS 4102/2017 de 31 de octubre de 2017 (Rec. 1062/2017) y 2762/2023 de 19 de junio de 2023 y la SAN de 24 de mayo de 2021 (Rec. 2/2019).

14 de noviembre de 2023 correctamente acotado y definido⁴, detectando, en el curso de dicha inspección, información reveladora de un presunto ilícito diferente. Por tanto, fue una actuación lícita y proporcionada, en el curso de la cual tuvo lugar el hallazgo casual de los indicios que permitieron realizar la posterior inspección que está siendo objeto de análisis en la presente resolución.

- (34) En todo caso, tal y como ha señalado la Dirección de Competencia en su informe, la inspección impugnada ha sido autorizada judicialmente mediante auto, por lo que la misma ha sido ya objeto de escrutinio judicial, valorándose como suficientes los indicios y como proporcionada la actuación ordenada por la orden ahora recurrida.
- (35) Por ello, a juicio de esta Sala, la actuación inspectora ha cumplido con los requisitos señalados por la jurisprudencia sobre la aplicación de la doctrina del hallazgo casual⁵, que viene a exigir que el material probatorio encontrado se produzca con ocasión de una entrada y registro que cuente con la necesaria habilitación y se desarrolle de forma idónea y proporcionada.
- (36) En relación con la alegación referida a la imposibilidad de revisar la legalidad de los indicios hallados por no haberse recibido copia ni explicación alguna de los mismos, debemos remitirnos al contenido del acta de la inspección llevada a cabo los días 27 a 30 de noviembre de 2023 (folios 105 a 145 del expediente de recurso), donde figuran los indicios que dieron lugar a la orden de inspección de 29 de noviembre de 2023 que fueron localizados, como indica la Dirección de Competencia, en el curso del análisis del buzón de correo electrónico del **[DATO PERSONAL]**, directivo de la cooperativa y Director del Departamento de Distribución y Acceso al Mercado.
- (37) Por tanto, los mencionados indicios son conocidos por COFARES al haber sido recabados en su sede, en el buzón de correo electrónico de un directivo específicamente identificado por la Dirección de Competencia y, además, constan en la información recabada por los inspectores durante la inspección, cuya copia fue entregada a COFARES al final de la inspección de noviembre de 2023.
- (38) En todo caso, se le recuerda a la recurrente que no existe una obligación para esta autoridad de comunicar al destinatario de una inspección toda la

⁴ Véase al respecto lo señalado por este Consejo en la resolución de 21 de febrero de 2024 (Expte. R/AJ/150/23 COFARES) dictada en relación con el recurso presentado por el mismo recurrente contra la orden de inspección dictada el 14 de noviembre de 2023 y las actuaciones inspectoras relacionadas.

⁵ Por todas, véanse las SSTS 249/2019 de 26 de febrero de 2019 (Rec. 6696/2017), 790/2016 de 6 de abril de 2016 (Rec. 113/2013).

información de que disponga sobre supuestas infracciones⁶ ni existe ninguna obligación legal en fase de información reservada de trasladar los indicios concretos a la recurrente⁷.

- (39) Por último, cabe señalar que, a pesar de lo alegado por COFARES respecto a la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en la obtención de dichos indicios, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la no conculcación de dicho derecho cuando existe un auto judicial que autoriza la inspección⁸, indicando que dicho pronunciamiento es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de las empresas sin que pueda apreciarse la nulidad de pleno derecho por lesión del mencionado derecho fundamental. Por este motivo, teniendo en cuenta que la orden de inspección recurrida presenta de manera extensa y detallada el contenido legalmente exigido en cuanto al objeto y finalidad de la inspección, motivada sobre la base en indicios suficientes y obtenidos legalmente y con respaldo en el auto judicial, esta Sala debe concluir que se ha cumplido sobradamente con la garantía del artículo 18 de la CE.

2.3.1.2. Sobre la desconexión entre el hallazgo casual y el objeto de la inspección

- (40) COFARES alega una supuesta falta de conexión entre los indicios hallados en la inspección de noviembre de 2023 y el objeto de la inspección impugnada de 14 de febrero de 2024, al haberse ampliado injustificadamente su objeto en comparación con la previa orden de 29 de noviembre de 2023, excediendo los supuestos indicios que la justificaron.
- (41) De nuevo, y sin ánimo de ser excesivamente reiterativos, basta analizar los hechos fácticos para comprobar que la orden de inspección recurrida de 14 de febrero de 2024 precisa con mayor profusión y detalle la práctica de vinculación comercial investigada que la previa orden de 29 de noviembre de 2023 (folios 43 a 47 del expediente de recurso), incluyendo su posible calificación jurídica, así como el mercado en el que se estarían desarrollando las prácticas: **[CONFIDENCIAL]**
- (42) Además, la orden recurrida describe minuciosamente los términos de la vinculación investigada indicando que **[CONFIDENCIAL]**

⁶ Véase la STJUE de 30 de enero de 2020 *České dráhy A.S. v Comisión Europea*, C-538/18 P y C-539/18 P, (ECLI:EU:C:2020:53).

⁷ Véase la STJUE de 25 de noviembre de 2014 *Orange/Comisión*, T-402/13, (EU: T:2014:99), las SSTS de 19 de junio de 2023 (rec. nº1030/2021) y 4102/2017 de 31 de octubre de 2017 y el ATS de 6 de marzo de 2024 (recurso de casación 310/2024).

⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2021, rec. Nº 705/2017.

- (43) Como puede observarse, la mencionada orden de inspección de 14 de febrero de 2024 es particularmente exhaustiva detallando no solo el mercado, sino también la tipología de productos afectados por la práctica, así como las características esenciales de la conducta investigada, describiendo los detalles de la misma e incluso la vigencia temporal de la vinculación comercial.
- (44) Por este motivo, no llega a entender esta Sala como una mayor precisión y concreción de la orden recurrida respecto a la anterior orden dictada puede ser objeto de crítica y mucho menos considerada como un elemento generador de indefensión.
- (45) Con base en lo anterior, a juicio de esta Sala no existe ninguna desconexión entre los indicios de la orden de 29 de noviembre de 2023 y los de la de orden recurrida, más allá de una mayor concreción de la segunda orden, lo que en ningún caso puede ser considerado como un elemento de indefensión.

2.3.1.3. Sobre la falta de proporcionalidad de la orden y la incautación de documentación recabada ilícitamente

- (46) Por un lado, COFARES alega una supuesta falta de proporcionalidad de la orden recurrida por tener un objeto tan amplio que cubriría todo su negocio comercial.
- (47) Al respecto, cabe señalar que nada impide incluir como ámbito material de una orden de inspección todo el objeto social de una entidad investigada si se es que existieran indicios de que toda su actividad estuviera afectada por las potenciales prácticas anticompetitivas investigadas. En todo caso, y volviendo una vez más a lo referido en los párrafos anteriores, esta Sala considera que la orden de inspección recurrida no puede calificarse como desproporcionada, precisamente porque detalla con especial precisión los elementos esenciales de la investigación.
- (48) Sobre las alegaciones relativas a la supuesta incautación de documentos no relacionados con el objeto de la orden de inspección 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.
- (49) En cuanto a los 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 la relación de palabras significativas *“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” (folio 63 del expediente de recurso). Así lo ha reconocido también el Consejo de la CNMC en diversas ocasiones⁹.

- (50) 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 (folios 60 a 63 del expediente de recurso) se realiza mediante un proceso que consta de diferentes fases sucesivas, hasta determinar la documentación que finalmente será recabada por el equipo inspector.
- (51) 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. No se realiza una labor acrítica introduciendo unas palabras clave y llevándose toda la información, como alega el recurrente, lo que sí resultaría en un copiado masivo e indiscriminado de la información contenida en los servidores de la entidad a inspeccionar.
- (52) 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 CNMC¹⁰:

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

- (53) Como ha descrito la Dirección de Competencia en su recurso, la actuación inspectora utiliza varias herramientas, precisamente para evitar un copiado masivo e indiscriminado de documentación de la entidad. Así, de acuerdo con la relación de copias digitales anexa al acta de inspección de la sede de Alcobendas (folios 178 y 179 del expediente de recurso), inicialmente se tomaron en consideración por el equipo inspector 557.742 correos electrónicos, de los cuales únicamente se han copiado 995, lo que supone el 0,17% de la totalidad de los correos electrónicos inicialmente seleccionados. Asimismo, se

⁹ Entre otras, resoluciones de la CNMC de 7 de junio de 2023 en los expedientes R/AJ/040/23 y R/AJ/038/23, de 27 de septiembre de 2023 en el expediente R/AJ/058/23, de 21 de febrero de 2024 R/AJ/150/23 y de 21 de febrero de 2024 en el expediente R/AJ/150/23.

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

recabaron cerca de 1,5 GB de un total de 881 GB de archivos de unidades locales y de red inicialmente examinados. Es decir, únicamente el 0,17% de la totalidad de la información inicialmente examinada. Por último, únicamente se inspeccionó a 7 empleados de la cooperativa en la sede de Alcobendas (que, en 2021, contaba con más de 3.000 empleados¹¹).

- (54) Los datos anteriores ponen de manifiesto el carácter limitado, proporcionado y acotado de la actuación inspectora a la hora de recabar la documentación, y que dicha actuación en ningún caso puede considerarse desproporcionada ni mucho menos indiscriminada.
- (55) Teniendo en cuenta lo anterior, y en relación con las menciones que hace la recurrente acerca de la información referida a algunos archivos que supuestamente no incluyen ninguna de las palabras de búsqueda consignadas en el anexo al acta, corresponde aclarar que el Tribunal Supremo¹² 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”*.
- (56) Pues bien, parece evidente que el hecho aislado de que exista cierta documentación (señalada en el anexo 1 del escrito de alegaciones de COFARES al informe de la Dirección de Competencia -folio 198 del expediente de recurso-) supuestamente no relacionada con el objeto de la investigación no implica que la actuación inspectora no haya sido proporcionada y exclusivamente destinada al objeto recogido en la orden de investigación. Por el contrario, los datos facilitados por la Dirección de Competencia en el acta de la inspección demuestran que no existieron requisas generales ni volcados masivos de documentación. No puede compartirse, por tanto, el reproche de extralimitación por recabarse documentación ajena al objeto de la inspección.

¹¹ Véase el estado de información no financiera 2021 publicado en la web de COFARES.

¹² Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, rec. nº 790/2016

- (57) Por otro lado, Según COFARES, el equipo inspector habría recabado determinada documentación amparada por el secreto profesional. En concreto, identifica dos correos que “*inequívocamente reflejan asesoramiento jurídico proporcionado por abogado externo en materia de derecho de la competencia*” por parte de un determinado despacho de abogados, sin justificar ni facilitar los elementos de prueba que permitan determinar si dicha correspondencia reúne los requisitos que justifican su protección legal.
- (58) 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.
- (59) Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria ha establecido una serie de requisitos necesarios para poder calificar la información abogado-cliente como privilegio legal¹³, 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.
- (60) Al respecto, como señala la Dirección de Competencia en su informe, se recogen varios párrafos del acta (entre otros, párrafos 51 y 52) en los 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, los inspectores alentaron a los inspeccionados, en presencia de abogados internos y/o externos, para que identificaran, en su caso, información o documentación de este carácter, así como que se proporcionara las identidades de abogados y despachos externos.
- (61) En relación con esta cuestión, como consta en el acta de la inspección (párrafos 148 a 181), durante las actuaciones se 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

¹³ 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.

inspeccionados, a excepción de uno, manifestaron no disponer de documentos de esta naturaleza.

- (62) Por otra parte, como consta en el acta, aunque la cooperativa proporcionó un listado con los nombres de despachos de abogados externos que asesoran a la entidad en materia de competencia (párrafo 146 del acta), tal y como se recoge en el referido párrafo del acta de inspección *“El jefe del equipo inspector recuerda que la obligación de identificar de manera individualizada los documentos concretos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las relaciones abogado- cliente recae sobre la entidad”*.
- (63) La duración de cuatro días de la inspección y con 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.
- (64) Además, aunque COFARES alega la imposibilidad de identificar la documentación supuestamente amparada por secreto profesional debido a que, una vez trasladada la información a la sala de trabajo no se permitió a la entidad tener acceso a las distintas herramientas ni a los criterios de búsqueda utilizados por el equipo inspector, corresponde señalar que la jurisprudencia¹⁴ es pacífica al establecer que no se produce indefensión de la empresa inspeccionada por no tener acceso a las distintas herramientas utilizadas por el equipo instructor para obtener la documentación.
- (65) Por estos motivos, esta Sala concide con la Dirección de Competencia en que no pueden aceptarse las alegaciones de COFARES relativas a que la colaboración de la entidad en la identificación de la documentación amparada por secreto profesional resulta del *“todo imposible por la forma de proceder de la Dirección de Competencia”*, cuyo procedimiento ha sido avalado por una jurisprudencia constante.

2.3.1.4. Sobre la existencia de alternativas menos gravosas a la inspección

- (66) COFARES afirma que la orden de inspección recurrida debe declararse nula por existir alternativas menos gravosas a la inspección, como los requerimientos de información.
- (67) Esta Sala si bien reconoce que la actuación inspectora tiene los límites establecidos en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no existen derechos

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2018, rec. núm 34572016.

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).

- (68) 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 Lituania 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.
- (69) En el caso de la actuación inspectora objeto del recurso se llevó a cabo con la autorización judicial correspondiente. Dicha intervención judicial constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio).
- (70) 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.
- (71) 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 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (STC 139/2004, de 13 de septiembre).
- (72) 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.

- (73) Por ello, el control de necesidad y proporcionalidad de la medida inspectora a la que se refiere la recurrente ha sido 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 proporcionalidad¹⁵.
- (74) 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 integridad¹⁶, 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 de la 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.
- (75) Sin perjuicio de ello, esta Sala recuerda que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de julio de 2012¹⁷, y asumiendo la jurisprudencia de la UE¹⁸ 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.

¹⁵ En este sentido STS, de 30 de septiembre de 2013, FD 7. ECLI:ES:TS:2013:4722

¹⁶ STS, de 10 de diciembre de 2014 ECLI:ES:TS:2014:5266

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012 R/ 2829/2011 Expte. 14/2007 Consenur

¹⁸ 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

- (76) 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 concreto¹⁹.
- (77) Así, precisamente la naturaleza de las prácticas investigadas que 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 Dirección de Competencia no podría verificar o completar los indicios localizados como consecuencia del hallazgo casual durante el desarrollo de la inspección realizada los días 27 a 30 de noviembre de 2023, 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.
- (78) En conclusión, esta Sala considera que la actuación inspectora es 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.

2.3.2. Perjuicio irreparable

- (79) En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pueda prosperar el recurso, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable “*aquel que provoque que 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).
- (80) Teniendo en cuenta que el recurso no alega sobre la base del perjuicio irreparable, no se considera que ni la orden de inspección, ni la actividad inspectora de la Dirección de Competencia haya provocado un perjuicio irreparable a la recurrente.
- (81) En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

¹⁹ Sentencia de 22 de octubre de 2002, ROQUETTE FRÉRES SA, C-94/00, par 77 (ECLI:EU:C:2002:603).

3. RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso presentado por COFARES contra la orden de inspección de 14 de febrero de 2024 y la actuación inspectora realizada los días 26 a 29 de febrero de 2024 en la sede COFARES.

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.