

**Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 2018 (rec.2817/2015)**

**Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. DEVOLUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN (solicitud de devolución de toda la documentación recabada en visita de inspección, basada en violación de derechos fundamentales en el momento de su incautación por tratarse de documentos confidenciales entre abogado y cliente).

---

**Encabezamiento**

**T R I B U N A L S U P R E M O**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 200/2018**

Fecha de sentencia: 12/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2817/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente  
Lamarca

Transcrito por: PJM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2817/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente  
Lamarca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 200/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 12 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2817/2015, interpuesto por Repsol, S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Gloria Teresa Robledo Machuca y bajo la dirección letrada de D. Alberto Rueda García, contra la *sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 29 de junio de 2015 en el recurso contencioso-administrativo número 38/2014* . Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la *Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 29 de junio de 2015* , desestimatoria del recurso promovido por Repsol, S.A. contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 19 de diciembre de 2013, por la que se desestimaba el recurso formulado por la demandante frente al acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de septiembre de 2013; éste último acordaba la devolución de parte de la documentación recabada en la visita de inspección llevada a cabo los días 27 y 28 de mayo de 2013 en relación con la información reservada tramitada bajo el número S/0474/13.

**SEGUNDO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 30 de julio de 2015, que también acordaba emplazar a los litigantes para su comparecencia ante esta Sala

del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Repsol, S.A. ha comparecido en forma en fecha 14 de octubre de 2015 mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, formulando un único motivo al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, por infracción del *artículo 24.2 de la Constitución*, de los *artículos 6.1, 6.3 y 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* y del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, dictando sentencia que la sustituya por la que, conforme al *artículo 95.2.d) de la Ley jurisdiccional*, entre a conocer del fondo del asunto y estime las pretensiones ejercitadas en el recurso contencioso-administrativo: la declaración de nulidad del acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de septiembre de 2013 y de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de diciembre de 2013 y que se ordene la retroacción de los actuado al momento en que la infracción se produjo y, en consecuencia, declare la nulidad de la actuación inspectora domiciliaria desarrollada en la sede de Repsol los días 27 y 28 de mayo de 2013 en el marco de la información reservada tramitada por la Dirección de Investigación bajo la referencia S/0474/13.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 2 de diciembre de 2015.

**CUARTO** .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso o, subsidiariamente, lo desestime, imponiéndole al actor las costas de la casación.

**QUINTO** .- Por providencia de fecha 31 de enero de 2018 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 6 de febrero de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

Repsol, S.A. interpone el presente recurso de casación contra la *sentencia de 29 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional*. La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la devolución de determinados documentos, salvo cuatro de ellos, requisados en una inspección en materia de defensa de la competencia.

El recurso se articula mediante un motivo, formulado al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Se aduce la infracción del *artículo 24.2 de la Constitución*, de los *artículos 6.1, 6.3 y 8.1 del convenio Europeo de Derechos Humanos* y del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tales infracciones tendrían su causa en la devolución por parte de la

Comisión Nacional de la Competencia de la documentación requisada sin admitir que la incautación había sido improcedente por vulnerar la confidencialidad de la relación cliente-abogado, la inviolabilidad domiciliar y el secreto de las comunicaciones.

**SEGUNDO** .- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia justifica la desestimación del recurso *a quo* con las siguientes consideraciones jurídicas:

" **PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de diciembre de 2.013 en el Expediente R/0154/13, el cual desestima el recurso de reposición formulado contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 26 de septiembre de 2.013 que acuerda la devolución de los documentos intervenidos en la inspección en la sede de la empresa recurrente acordada en virtud de la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2.013.

**SEGUNDO.-** Son hechos acreditados en autos que constan documentalmente en el expediente administrativo y en la propia resolución impugnada que la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 30 de enero de 2013 en el expediente S/0288/10, A.E. Productos petrolíferos, instó a la Dirección de Investigación (DI) a continuar las diligencias de investigación en relación con la denuncia de concertación en materia de precios en determinados momentos puntuales.

La DI, de conformidad con el *artículo 49.2 LDC* , inició una información reservada para verificar la existencia y el alcance de una posible coordinación de conductas entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustible de automoción, que se tramita bajo la referencia S/0474/13.

Con fecha 23 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación (DI) dictó Orden de Investigación mediante la que se ordenaba la inspección de la sede de REPSOL, S.A. (en adelante, REPSOL) en el ámbito de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0474/13. Las actuaciones de inspección amparadas en la citada Orden se desarrollaron en la sede de REPSOL los días 27 y 28 de mayo de 2013.

El 4 de junio la DI acordó la incorporación de toda la documentación en formato papel recabada en la Inspección declarando su confidencialidad provisional. Con fecha 7 de junio de 2013 se formuló por la representación de REPSOL, escrito de recurso contra la inspección realizada, que fue desestimado por el Consejo de la CNC el 24 de julio de 2013 (Expte. R/0142/13, REPSOL).

El 13 de junio de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de REPSOL en el que se solicitaba la devolución de determinados documentos recabados durante la inspección, bien por contener información personal ajena al objeto de la inspección, bien por estar protegida por el secreto profesional o la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Con fecha de 25 de julio REPSOL presentó un nuevo escrito ante la CNC en el que solicitaba la devolución de documentos adicionales por idénticos motivos que en el escrito anterior. El 26 de septiembre de 2013 la DI dictó Acuerdo por el que se procede a la devolución de toda la documentación solicitada por REPSOL salvo cuatro correos electrónicos considerados necesarios para la instrucción.

El 9 de octubre de 2013 mediante correo ordinario y con entrada en la CNC el 14 de octubre de 2013, REPSOL interpuso recurso de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 47 LDC* contra el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de 2013.

El 18 de octubre de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por REPSOL. En dicho informe, la DI propone, por un lado, la inadmisión del recurso en relación con la devolución de la documentación acordada el 26 de septiembre por no reunir los requisitos exigidos por el *artículo 47 LDC* y, por otro, la desestimación en lo referente a los cuatro correos electrónicos cuya devolución no fue acordada. Dicho recurso fue desestimado por la resolución impugnada de 19.12.2013.

**TERCERO-** El presente recurso contencioso-administrativo se fundamenta en la pretensión de la recurrente consistente en considerar que pese a haber tenido lugar la devolución de la documental en el acuerdo impugnado de la DI, correos electrónicos de 1.4.2013, 21 de marzo ( nota Reunión Pascual Olmos, enviado por Blas Oliet, f.328 a 330, entre tres abogados de Repsol), y 8 de marzo de 2.013 (f.325,326, entre abogado y empleados de REPSOL), y la presentación de power point objeto de la reunión de de 12.4.2013 (folio 339), sin embargo, los motivos en que se fundamenta, basados en la consideración de que no se hallan protegidos por la confidencialidad cliente-abogado al no tratarse de abogados externos o no haberse redactado los documentos con el fin de pedir asesoramiento a un abogado externo, vulnera el derecho de defensa recogido en el *art.24.2 de la CE* , *art.8.1 del CEDH* , 6.1 y 6.3.c del mismo texto, *art.32.1 del RD 658/2001, de 22 de junio* , y art.7 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

Por consiguiente, y pese a la doctrina del TJUE en *sentencia de fecha 18 de mayo de 1982 ( AM & amp; Comisión 155/79 )* , e igualmente en la *sentencia Akzo Nobel Chemicals Ltd& amp; Akros Chemicals Ltd Comision , Asuntos T125/03 y T253/03 )* , debe otorgarse igualmente protección a los documentos que hagan referencia a la confidencialidad cliente-abogado, aunque se trate de letrados internos ligados a la propia empresa, conforme a las *STS de 9.7.2012, recurso 2829/11 y 27.4.2012, recuro 6552/2009*. En este sentido, la actora considera que no pudo participar en la selección de documentos durante la inspección, que los tres correos electrónicos y la presentación realizada en la empresa hace referencia a la estrategia de la empresa en el expediente del "efecto lunes", y en la que además, intervinieron abogados externos.

**CUARTO.-** No obstante, las alegaciones expuestas por la recurrente, lo cierto es que la resolución impugnada viene a desestimar el recurso de reposición basándose en la falta de indefensión causada a la recurrente y la falta de perjuicios, por lo que no concurren los motivos expuestos en el *art.47 de la LDC* que justifiquen la interposición del mencionado recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de la DI impugnado de fecha 26.9.2013.

Bajo esta perspectiva la Sala considera que debe confirmarse la resolución impugnada por las siguientes consideraciones:

1.- El acuerdo de la DI impugnado devolvió los documentos que la actora considera protegidos por la declaración de confidencialidad. Por consiguiente, como indica la resolución impugnada dicha resolución de la que es favorable a los intereses de la actora, conforme a las reiteradas solicitudes de devolución de documentos realizadas, y no se trata de obtener un pronunciamiento de nulidad de la intervención de la documentación si el mismo carece de objeto, convirtiéndose así en un mero

pronunciamiento declarativo el relativo a si la protección de confidencialidad en el Derecho español alcanza o no únicamente a los abogados externos, como ocurre en el Derecho Comunitario.

2.- La pretensión que formula la actora en este proceso debe hacerse valer en la impugnación frente a la inspección acordada, en el recurso 482/2013, en la que se deberá examinar entre otras cuestiones, la validez de la selección de documentos intervenidos por la DI, por lo que la pretensión de nulidad de la inspección constituye una desviación procesal, ajena al objeto del presente recurso contencioso-administrativo, y como tal debe ser desestimada.

3.- No cabe invocar la actora los perjuicios derivados por el uso de dicha documentación, los tres correos y la presentación para la estrategia a seguir en el procedimiento respecto al "efecto lunes" en la medida en que el mencionado uso sólo podrá entenderse lesivo para la actora si ese posible descubrimiento de la estrategia de defensa tiene su plasmación en el pliego de concreción de hechos o en la propuesta de resolución que en su caso, se dicte.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso, sin que sea necesario entrar en el examen de las demás cuestiones que plantea la actora, que deberán ser examinadas, en su caso, en la impugnación de la inspección realizada." (fundamentos jurídicos primero a cuarto)

**TERCERO** .- Sobre la impugnación del acuerdo de devolución de parte de la documentación requisada.

Se impugnaba en la instancia una resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de diciembre de 2013, que desestimó el recurso entablado contra el acuerdo de la División de Investigación de la anterior Comisión Nacional de la Competencia de 26 de septiembre de 2013, por el que se le devolvió a la mercantil recurrente la documentación requisada en una inspección desarrollada en sus oficinas en el marco de una investigación reservada, menos cuatro correos electrónicos.

La sentencia recurrida resuelve, en definitiva, que el objeto de su solicitud inicial era la devolución de los documentos requisados, por lo que obtuvo una respuesta favorable por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia. Y afirma que la pretensión de que se declare la nulidad de la intervención de la documentación en virtud de la protección de la confidencialidad de la relación cliente-abogado y demás derechos invocados ha de hacerse en la impugnación de la propia inspección. Entiende también la Sala de instancia que el hipotético perjuicio derivado del uso de la documentación requisada, incluidos los correos no devueltos, sólo podría entenderse efectivo en caso de que su contenido se plasme en el pliego de concreción de hechos (fundamento de derecho cuarto).

La parte funda el motivo en la vulneración que se habría producido de su derecho de defensa, de la inviolabilidad domiciliar y del secreto de las comunicaciones, como consecuencia de una inspección y requisita de documentos desproporcionada. Sostiene que la violación de sus derechos se habría consumado por el hecho mismo del ejercicio desmedido de las facultades de investigación y que, por lo tanto, la devolución no sana dicha violación de derechos, dado que tal devolución se justifica en que los documentos no eran relevantes para la investigación. Su pretensión, en definitiva, es que se reconozca la citada vulneración y en consecuencia, la invalidez de

la requisita de documentos confidenciales, pues afectaban a su estrategia de defensa y a la relación cliente-abogado. Su recurso administrativo, afirma, no estaba encaminado sólo a la devolución de los documentos, sino que trataba de invalidar la calificación jurídica contenida en el acuerdo de devolución que negaba el carácter confidencial de los documentos requisados.

Tiene razón la Sala de instancia y debe rechazarse el motivo. La parte formula una pretensión que es ajena a la naturaleza propia del recurso contencioso administrativo, cual es dirigir su recurso contra la motivación de un acto administrativo, no contra su parte dispositiva, a la vez que incurre en una clara desviación procesal.

Digamos primero, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, que los recursos tanto administrativos como contencioso administrativos se formulan contra la parte dispositiva de los actos y resoluciones judiciales, no contra su fundamentación, pues es la parte dispositiva la que constituye la decisión que modifica la realidad jurídica. La motivación, aun siendo imprescindible y obligada, constituye tan solo la explicación de las razones del acto administrativo o de la resolución judicial propiamente tales, configurados por la parte dispositiva. Así pues, la parte dispositiva se justifica en la motivación del acto o resolución impugnada, pero no cabe sustantivar la motivación e impugnar ésta por sí misma aunque la parte dispositiva haya resultado favorable a las pretensiones deducidas en el recurso. Sea o no errónea una motivación, como regla general el acto administrativo o la resolución administrativa será conforme a derecho si lo es la decisión que se adopta en su parte dispositiva. Así resulta de los *artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992* en los que se establece que son los actos administrativos el objeto de los recursos de esa naturaleza, o el *artículo 1 de la Ley de esta Jurisdicción* cuando establece que son los actos administrativos el objeto de las pretensiones que se pueden formular ante la misma, no las razones que justifican las resoluciones de que se trate.

En el caso de autos, la parte solicitó la devolución de la documentación requisada y mediante el acuerdo de la División de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de septiembre de 2009 obtuvo lo que pretendía, a excepción de cuatro correos electrónicos. Frente a dicho acuerdo la parte fundó su recurso administrativo, al amparo de lo dispuesto en el *artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia*, aduciendo que la devolución no subsanaba los perjuicios irreparables producidos, dados los motivos en que se basaba la devolución, y calificaba los no devueltos como confidenciales ajenos al objeto de la inspección dos de ellos o relacionados con su defensa jurídica los otros dos.

En su resolución de 19 de diciembre de 2013 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desestimó dicho recurso administrativo, ateniéndose a que el acto impugnado, ni por los documentos devueltos ni por los no devueltos, incurría en los supuestos contemplados en el *artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia*, esto es, indefensión o perjuicio irreparable.

En tales circunstancias, hemos de señalar que en puridad, frente al acuerdo de 26 de septiembre de 2009 de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia devolviendo la documentación a excepción de cuatro correos electrónicos, solo cabía impugnar la no devolución de estos correos, no la motivación por la que se justificaba la devolución del resto, aspecto del recurso que bien podría haber sido inadmitido. En cualquier caso, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desestimó correctamente el recurso al

entender que en ningún caso se incurría en indefensión o perjuicio irreparable, supuestos contemplados por el *artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia* y al amparo del cual se había interpuesto el recurso.

A este respecto ha de señalarse que el procedimiento regulado en el *artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia* no puede ser entendido como una posibilidad de duplicar la reacción frente a resoluciones que pueden ser impugnadas por sí mismas y que efectivamente lo fueron, como ocurre en este supuesto con la inspección e incautación de documentos.

En contra de lo que entiende Repsol y de acuerdo con lo afirmado por la Sala de instancia, la pretensión que formula la recurrente -la declaración de irregularidad de la inspección que determinó la requisita de documentos confidenciales atinentes a la relación cliente-abogado- ha de residenciarse en la impugnación de dicha inspección, que Repsol efectivamente formalizó y que constituye el objeto del recurso contencioso administrativo 482/2013 ante la misma Sala de instancia. Es sobre tal actuación administrativa de inspección e incautación de documentación respecto de la que la parte deberá acreditar la desproporción y, en su caso, su invalidez, por cualesquiera razón, sea por el contenido atinente a su derecho de defensa de los documentos requisados, sea por otra posible conculcación de derechos.

También acierta la Sala de instancia cuando rechaza que el acto originario impugnado en el presente procedimiento (el acuerdo de devolución por las razones en que se fundamenta) pueda haber causado perjuicios irreparables por sí mismo. De ser irregular la incautación de la documentación, sólo se consumirían tales perjuicios irreparables en caso de que, habiendo sido reputados los documentos como indebidamente requisados en el procedimiento judicial en el que se impugnó la inspección, su contenido (incluso, en su caso, de los devueltos) pudiera servir para la incriminación de la recurrente inspeccionada.

Digamos finalmente que la pretensión deducida tanto en vía administrativa como ante la jurisdicción, pretendiendo invalidar la incautación de una documentación en un recurso dirigido contra un acuerdo de devolución de dicha documentación constituye una clara desviación procesal, ya que el acuerdo impugnado no es el causante de la vulneración de los derechos que la parte aduce (confidencialidad derivada de la relación cliente-abogado, inviolabilidad domiciliar, secreto de las comunicaciones), sólo imputable, en su caso, a la actuación de inspección e incautación de documentos y, en ningún caso, al acuerdo de devolución parcial de los mismos.

#### **CUARTO** .- Conclusión y costas.

En atención a las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho hay que rechazar el motivo y declaramos no haber lugar al recurso de casación. En virtud de lo dispuesto en el *artículo 139.2 y 3 de la Ley jurisdiccional*, se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto ,desestimar el recurso de casación interpuesto por Repsol, S.A. contra la *sentencia de 29 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 38/2014* .

2. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Firmado.-