



Roj: **SAN 3205/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3205**

Id Cendoj: **28079230062016100300**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **482/2013**

Nº de Resolución: **323/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3205/2016,**  
**STS 3106/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000482 / 2013

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04822/2013

**Demandante:** REPSOL S.A.

**Procurador:** D<sup>a</sup> GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

**Visto** el recurso contencioso administrativo núm. **482/2013** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **REPSOL S.A.**, representada por el Procurador D<sup>a</sup> Gloria Teresa Robledo Machuca frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución dictada en fecha 24 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº R/0142/2013 REPSOL. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado y ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA ISABEL RESA GÓMEZ, Magistrada de la Sección.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizara la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

*"...dicte sentencia por la que declare la nulidad de la Resolución impugnada y, en consecuencia, la nulidad de la actuación inspectora domiciliaria desarrollada en la sede de Repsol los días 27 y 28 de mayo de 2013... Adicionalmente y como consecuencia de lo anterior, declare asimismo que la actuación inspectora referida no puede surtir efectos jurídicos ni ser incorporada a procedimiento administrativo alguno y declare su derecho a la devolución de los documentos incautados como consecuencia de la actuación inspectora, sin que quede constancia de los mismos en los archivos de la Administración".*

**SEGUNDO.** - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.** - No solicitado el recibimiento del pleito a prueba y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 22 de junio de 2016, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada **Ilma. Sra. Dña. ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 24 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº R/0142/13, REPSOL, que resuelve el recurso administrativo interpuesto contra la actuación inspectora de la Dirección de Investigación de 27 y 28 de mayo de 2013, en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0474/13.

Dicha resolución acuerda:

*"ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por REPSOL, S.A., contra la actuación inspectora domiciliaria desarrollada en la sede de la misma los días 27 y 28 de mayo de 2013, en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0474/13.*

**SEGUNDO** .- Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- 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.

2.- 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 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.

3 .- Con fecha 7 de junio de 2013 se formuló por la representación de REPSOL, recurso contra la inspección realizada.

4.- Con fecha 12 de junio de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.

5.- En su informe, emitido el 19 de junio de 2013, la DI propone la desestimación del recurso, por no ser contrarios a derecho los actos realizados por los inspectores con ocasión de la inspección realizada los días 27 y 28 de mayo en la sede de REPSOL, y no haberse producido indefensión ni perjuicio irreparable.

**TERCERO.**- El artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone:

*"1. Las Resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.*



2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.

3. Recibido el recurso, el Consejo podrán de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días".

Esta previsión específica constituye una aplicación de lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 en el ámbito sectorial de la defensa de la competencia. Se prevé un recurso administrativo especial y extraordinario ya que únicamente procede por motivos tasados, esto es, siempre y cuando se trate de resoluciones que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de los interesados.

**CUARTO.-** Varios son los motivos que la parte actora alega como fundamento de su pretensión anulatoria:

a) La actuación inspectora de la DI le habría generado indefensión y un perjuicio irreparable, al haberse impedido de forma arbitraria a REPSOL ejercer sus derechos de defensa durante la inspección, dado que se prohibió al personal de REPSOL y a sus abogados verificar el proceso de identificación y copia de la información relevante para la inspección (fase de filtrado y selección documental), imposibilitándoles señalar la documentación de carácter privado, privilegiado o ajena al objeto de la investigación.

b) Se habría producido asimismo una vulneración del artículo 24 de la Constitución, ya que no se permitió al personal ni a los abogados de REPSOL estar presentes en el trabajo de selección documental (acceso y lectura) que realizaron los inspectores de la DI.

c) En la inspección se habría producido la incautación de documentos protegidos por secreto profesional, así como documentación privada y documentación ajena al objeto de la investigación. La recurrente considera que ello es particularmente grave respecto de documentos referidos a informes de la Comisión Nacional de la Energía y de la propia CNC, y al Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, en lo relativo a la modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

d) Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2 de la Constitución pues el consentimiento prestado por REPSOL al inicio de la inspección quedó viciado cuando la DI ejecutó la misma en condiciones distintas de las inicialmente anunciadas y que REPSOL no hubiera consentido. Asimismo la recurrente considera como una actuación irregular de la DI el que no aclarara a los representantes de REPSOL si disponía de autorización judicial para el acceso a las dependencias de la misma.

e) Finalmente, siempre en opinión de REPSOL, la DI habría realizado una ilícita "inspección exploratoria".

**QUINTO.-** Por tanto los motivos en los que la parte actora basa su demanda son los siguientes: Vulneración de los artículos 18.2 y 24.1 de la Constitución.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho básico constitucional consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en el auto de 26 de marzo de 1.990, num. 129/90, (dictado para resolver la inadmisión de un recurso de amparo) con cita de su sentencia 22/1984 recuerda:

*"En el enunciado del Art. 18.2 ("El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento de titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito") este Tribunal ha identificado dos reglas distintas: una primera regla de carácter genérico o principal, que define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecida "para garantizar el ámbito de la privacidad de esta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública"; otra segunda regla, aplicación concreta de la primera y, por ello, de más reducido contenido, que "establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial". La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o premisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental."*

A continuación el Tribunal Constitucional señala que de los dos títulos habilitantes para que la autoridad entre en un domicilio, el consentimiento del titular o la autorización judicial, "el primero es más débil que el segundo, por cuanto, no solo en defecto de consentimiento del titular sino también en contra de él puede la autoridad pública penetrar en el domicilio si está habilitada a tal efecto por una autorización judicial". Siguiendo con el razonamiento, el Tribunal Constitucional recuerda que no existen derechos ilimitados y la restricción de un derecho fundamental tiene su fundamento bien en la Constitución 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).



Las facultades de investigación que el artículo 40.2 LDC reconoce al personal habilitado de la CNC, son, entre otras:

- a) Acceder a cualquier local, incluyendo el domicilio particular de los empresarios.
- b) Verificar libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.
- c) Hacer u obtener copias, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.
- d) Retener hasta 10 días los libros y documentos mencionados en la letra b.
- e) Precintar todos los locales, libros, documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

La ley admite expresamente por lo tanto el copiado de documentación, y así se reconoce expresamente en el ordenamiento comunitario.

En relación con estas facultades de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia ha dictado múltiples sentencias específicamente analizando la posibilidad de búsqueda e identificación de documentos, entre otras en la sentencia de 17 de octubre de 1989 (caso Dow Chemical Ibérica, asuntos 97/87, 98/87 y 99/87, apartados 23 y 24):

*"23. Tanto la finalidad del Reglamento nº 17 (LCEur 1962\4) como la enumeración por su artículo 14 de las facultades de que están investidos los Agentes de la Comisión ponen de manifiesto que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas de competencia en los lugares donde normalmente se hallan; es decir, en los locales empresariales.*

*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."*

A su vez el artículo 24.1 de la CE, establece:

*"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."*

La sentencia del TC 175/2007, declara:

*"Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribire cualquier indefensión; ..."*

La sentencia del TC 4/1982, afirma:

*"5. El derecho fundamental acogido en el art. 24.1 de la Constitución Española de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, predicable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que «en ningún caso pueda producirse indefensión»; lo que indudablemente significa, que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos o intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal nemine damnatur sine audiatur se conculca, como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa - Sentencia de 23 de noviembre de 1981, Rec. 189/81 -, proscribiendo la desigualdad de las partes - Sentencia 23 de abril de 1981, Rec. 202/81 -, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción - Sentencia de 31 de marzo de 1981, Rec. 197/80 -, para lo que el acusado debe tener plenas oportunidades de defensa y el Tribunal amplios elementos de juicio para dictar Sentencia - Sentencia 23 de abril de 1981, Rec. 18/81 -. Este derecho fundamental hoy constitucionalizado, y, como tal, extensible, es de necesario reconocimiento en las leyes procesales en cualquier clase de procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza y finalidad; así, en el ámbito penal, por la trascendencia del ejercicio del ius puniendi con respecto a los derechos esenciales del hombre, ha de ser singularmente exigente, sobre todo en la fase plenaria, acatando el viejo*



*postulado audiatur et altera pars que impone la bilateralidad de la audiencia a ultranza, ante la presencia del principio acusatorio que exige equilibrio entre las partes acusadoras y acusadas, pero ha sido y es objeto de matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito ejercitada contra terceras personas, que responden en forma subsidiaria o por insolvencia del responsable principal, o a causa de seguros legales o voluntarios, que se ejercita facultativamente dentro del mismo proceso penal en inserción acumulativa, y con un menor alcance en orden a los intereses a valorar, por ser de naturaleza privada. De esta forma, si bien con relación a la acción civil, es siempre necesaria la audiencia - salvo en el supuesto de ausencia de oposición voluntaria por el perjudicado- en alguna de las fases sumarial o plenaria del proceso penal, para impedir la condena sin ser oído, sin embargo, tiene en su desarrollo menor alcance que el propio de la acción criminal, por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento: exigencia que ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencias de 29 de mayo de 1945 , 16 de junio de 1961 , 17 de noviembre de 1965 , 11 de octubre de 1974 y 30 de octubre de 1976 , entre otras muchas."*

**SEXTO.-** Respecto a la posible vulneración a su derecho de defensa, la recurrente considera que se habría producido a través de una doble vía: primero, al no permitirse la presencia de representantes de la empresa o abogados de la misma durante el proceso de filtrado de la documentación llevado a cabo en el marco de la inspección realizada los días 27 y 28 de mayo en su sede y, segundo, con motivo del acceso por el equipo de inspectores de la DI a información y documentos bien privados, bien protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, o bien no relacionados con el objeto de la inspección...

Consta que tanto del Acta de Inspección (párrafo 53), como del Anexo de Manifestaciones formulado por REPSOL y anexo a petición suya al Acta (manifestación Segunda, párrafo cuarto), se pone de manifiesto que, durante el proceso de filtrado de la documentación, los inspectores informaron e indicaron a los representantes de REPSOL y a sus abogados que podían "permanecer en la sala de trabajo habilitada al equipo de inspección" y que procedieron "dos abogados (interno y externo) a acceder a la Sala ocupada por el equipo de inspección de la CNC". También se señala en el Acta, y no se contradice en el Anexo de Manifestaciones, que "el abogado externo de la empresa manifiesta su intención de no acceder a la sala durante el filtrado al considerar que el procedimiento planteado no permite a la empresa ejercer sus derechos adecuadamente [...]". El procedimiento planteado al que hace referencia el Acta se refiere a la indicación dada por los inspectores de la DI a los representantes y abogados de REPSOL de que su presencia en la sala no debe permitirles conocer las herramientas informáticas y de trabajo del equipo inspector, y que tampoco podrán presenciar las conversaciones que se mantengan entre los miembros del equipo inspector.

En sus alegaciones de 16 de julio de 2013 REPSOL reconoce expresamente que "REPSOL no sostiene que los inspectores de la DI impidieran a sus representantes el acceso a la sala donde se realizaba el examen y selección de los documentos recabados por la DI". En el mismo escrito añade: "Téngase en cuenta que la DI no está facultada para solicitar a los inspeccionados que abandonen sus locales en ningún momento y, por tanto, las empresas podrían optar, a la vista de este asunto, el exigir a los inspectores que abandonen la sede las empresas si desean mantener conversaciones privadas de cualquier naturaleza". Asimismo, en el Acta de Manifestaciones formulada por REPSOL y que se aneja al Acta de la Inspección, la inspeccionada señala: "En la medida en que dicha presencia pasiva no garantiza la protección de los derechos antes señalados, los abogados de REPSOL optan por abandonar la sala [...]".

No puede por tanto desconocerse la indicación expresa de los inspectores de que los representantes y abogados de REPSOL podían estar presentes en la sala donde se llevaba a cabo la revisión documental, siempre que se preservasen las técnicas y los procedimientos informáticos de la inspección, y que los inspectores debían poder tener conversaciones privadas entre ellos, con la consecuencia de que se abandonara por parte de los representantes y abogados de REPSOL la sala en cuestión. Entre la indicación y advertencia formulada por los inspectores y la conducta de abandono de la sala protagonizada por los abogados de REPSOL, teniendo en cuenta que la propia REPSOL reconoce expresamente que "la DI no está facultada para solicitar a los inspeccionados que abandonen sus locales en ningún momento", no existe relación. Por tanto, el abandono de la sala fue voluntario y decisión propia de REPSOL. Un comportamiento diligente y cooperativo por parte de los abogados y representantes de REPSOL hubiera exigido su presencia en la sala, si bien guardando la reserva y contención debida para preservar las herramientas informáticas y método de trabajo del equipo inspector. Igualmente, las puntuales conversaciones reservadas entre los miembros del equipo inspector podían perfectamente llevarse a cabo sin necesidad de adoptar por parte de la representación y defensa de REPSOL, una medida tan extrema como ausentarse permanentemente de la sala donde se desarrollaban los trabajos de revisión documental (...).

Como se manifiesta en el Acta de Inspección, a lo largo de la investigación domiciliaria REPSOL contó con la asistencia de siete abogados (tres internos y cuatro externos). Tanto el personal de REPSOL como sus abogados pudieron comprobar en todo momento la información a la que el equipo inspector accedía durante

la revisión de equipos y despachos. Tal como se desprende del Acta de Inspección, los abogados internos y externos de REPSOL estuvieron presentes en la sede de REPSOL durante toda la inspección (dos días consecutivos), recibieron explicaciones detalladas sobre su desarrollo y ellos o los representantes de REPSOL estuvieron presentes junto a los inspectores en los momentos en los que se recabó documentación en los distintos despachos/zonas de trabajo (párrafo 71 del Acta).

**SÉPTIMO** .- Sobre la indefensión causada por el acceso de los inspectores a la información o documentos privados, no relacionados con el objeto de la inspección o protegidos por la confidencialidad abogado-cliente. Debe señalarse que de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, recae sobre la empresa inspeccionada la carga de señalar, de una forma mínimamente diligente, los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, documentos clara y debidamente individualizados e identificados. Es a la inspeccionada a la que le corresponde la responsabilidad de actuar con diligencia a la hora de seleccionar, detectar y advertir al equipo inspector sobre la existencia y localización de ese tipo de información durante la inspección.

Consta en el apartado 73 del Acta que "A todos los inspeccionados se les pidió que identificaran aquellos documentos relacionados con la intimidad o protegidos por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente, sólo el Sr. Daniel identificó tanto sus documentos confidenciales abogado-cliente como los derivados de secretos de la empresa. El apartado 74 del Acta señala que: "Todos los documentos personales y los confidenciales (abogado-cliente y relativos a secretos empresariales) identificados por los investigados y aquellos que han sido identificados por los propios inspectores no han sido seleccionados en la selección inicial de documentos ni en el filtrado posterior de los mismos"

Fuera de este caso concreto REPSOL no invocó en ningún momento, respecto a documentos debidamente individualizados e identificados, la protección de la confidencialidad relacionada con el derecho de defensa.

Consta igualmente en los apartados 25, 29 y 30 del Acta que "La DI notificaría a la empresa que documentos recabados en la inspección, ya sea en formato papel o en formato electrónico quedarían incorporados a dicho expediente con el fin de que la empresa, en el plazo de 10 días y de acuerdo con el art. 42 de la DC, presente escrito relacionado de forma motivada e individualizada qué documentos considera confidenciales y, aportando, en su caso, una versión censurada de los mismos" "Respecto a la información recabada durante la inspección, se informa a la empresa que al finalizar la inspección quedará en poder de la empresa, además de copia del acta de inspección, una copia de la información recabada por el equipo de inspección, debidamente cotejada, para que tenga conocimiento pleno de la información recabada..." "Se informa asimismo que toda la documentación en el curso de la inspección ha sido declarada cautelarmente confidencial".

La recurrente, por tanto, durante la inspección ha tenido en todo momento la oportunidad de identificar los documentos que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente, pues tuvo acceso a la documentación almacenada en soporte físico y digital en sus instalaciones y el máximo conocimiento de dicha documentación para identificarla con prontitud. Si no hizo uso de dicha facultad o derecho, no puede imputar dicha culpa al equipo inspector de la CNC.

**OCTAVO**.- Respecto a los documentos ajenos al objeto de la inspección, alega la recurrente que la lesión se concreta especialmente en el grave perjuicio que le produce el acceso de la DI a documentos confidenciales y ajenos al objeto de la inspección, particularmente aquéllos en los que se contienen los argumentos y debate sobre informes y expedientes de la Comisión Nacional de la Energía y la CNC, y los referidos al Real Decreto-Ley 4/2003, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, en lo que se refiere a materias de interés estratégico para REPSOL.

En este sentido REPSOL no ha proporcionado argumentos que permitan concluir que la selección documental realizada durante la inspección en su sede se realizó sin atender a unos criterios específicos y razonados de búsqueda, coherentes con la propia Orden de Investigación, como pone de manifiesto la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental y que se proporcionó a la empresa al final de la inspección. (Apartado 75 del Acta).

Igualmente la ejecución de la inspección se realizó dentro de los márgenes de la proporcionalidad exigida por el ordenamiento jurídico para garantizar tanto el respeto a los derechos fundamentales como la eficacia de la actividad investigadora de la CNC. Según consta en el Acta de inspección la investigación se ejecutó en los ordenadores de cinco personas concretas en una empresa que cuenta con una plantilla de más de 17.000 trabajadores. Como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 2012 : " *Parece difícil, en efecto, sostener la tesis del carácter indiscriminado de la búsqueda y de la ausencia de criterios de selección si, al final, la cuestión se reduce al rastreo y copia de archivos de únicamente tres ordenadores* ."

**NOVENO**.- En relación a la alegación de REPSOL que define la inspección como exploratoria, se deduce tanto de la lectura del Acta de la Inspección como del Acta de manifestaciones firmadas por REPSOL, que



dada extensión de la inspección, que se prolongó durante dos días, la notable diferencia entre el volumen de información inicialmente recabado, y el finalmente seleccionado y copiado, y el empleo en el filtrado de la información relativa a los nombres de los despachos de abogados con los que REPSOL indicó que tiene relación, la inspección se desarrolló conforme a los estándares de proporcionalidad y corrección exigibles.

La Orden de Inspección definía con claridad y precisión cuál debía ser el ámbito o perímetro material de la inspección y hacía referencia a los indicios razonables para justificar la sospecha de que pudiera existir un comportamiento constitutivo de un determinado y específico ilícito competencial. A su vez, el Acta de Inspección pone de manifiesto, que la inspección se desarrolló conforme a los estándares de procedimiento legalmente previsto y habitual. La entrega a la empresa al inicio de la inspección de la Orden de Investigación, que recoge de forma sintética el objeto de la misma, así como el que se proporcione a la inspeccionada al final de la inspección la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental suponen una garantía y una imprescindible manifestación de transparencia.

Efectivamente la DI señala que: "En el marco de dicha información reservada se realiza la presente inspección, cuyo objeto es verificar la existencia, en su caso, de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, llevadas a cabo por determinados operadores de productos petrolíferos y/o en el seno de la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP) consistentes en la coordinación de conductas entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustibles de automoción".

**DÉCIMO.-** Finalmente, respecto de la alegada posible vulneración del art. 18.2 CE, por supuestos vicios del consentimiento prestado por REPSOL, la DI aclara que no existe obligación de informar sobre la existencia o no de auto judicial de autorización de entrada, y que en este caso REPSOL prestó consentimiento claro a tal inspección.

Consta en el Apartado 9 del Acta que: "Los inspectores informan que la inspección ha sido ordenada mediante una orden de investigación de fecha 23 de mayo de 2013, expedida por la Directora de Investigación de la CNC de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la LDC ". Apartado 10. "A las 9:51 horas, los inspectores hacen entrega a los representantes de la empresa de la orden de Investigación antes citada y requieren su consentimiento para la realización de la inspección, así como el ejercicio de las facultades de inspección señaladas en la Ley, facilitándole un modelo al efecto y solicitando la firma del mismo. Apartado 13: "A las 9:54 la empresa pregunta si los inspectores han solicitado autorización judicial para la entrada y por tanto si el juez ha dictado un auto de entrada en la empresa. La jefe de equipo indica que no está autorizada a revelar la citada información". Apartado 14: "A las 9:57 horas se procede a la firma de la Orden de Investigación por D. Lorenzo, accediendo la persona indicada a la práctica de la inspección".

La actora hace constar en las manifestaciones al acta que la Jefa de la Inspección se negó a especificar si la CNC había obtenido, o no, una orden judicial que amparase la inspección, argumentando no estar autorizada para facilitar dicha información. Señala que el conocimiento de la existencia, o no, de tal orden judicial un elemento determinante del consentimiento de REPSOL.

No podemos compartir tal afirmación pues si bien la actuación inspectora, que consideramos irregular, desde el momento en que no facilitó a la actora una información que le incumbía y que tenía derecho a conocer, no implica un engaño que viciase la referida actuación, desde el momento en que REPSOL, que contaba con un amplio equipo asesor, aun desconociendo dicho dato, pudo haberse negado a permitir la entrada al equipo inspector, por lo que en ningún caso dicho dato fue determinante del consentimiento prestado. Efectivamente la recurrente conoció el contenido de la Orden de Investigación, se le informó de los derechos que le asistían, estuvo debidamente asesorada, y presentes los afectados por la inspección y de haber existido una irregularidad en el desarrollo de la inspección, ya sea constitucional o de legalidad ordinaria, la antijuridicidad de la misma, posterior al consentimiento, afectaría a su validez jurídica, pero no al consentimiento anteriormente prestado.

**UNDÉCIMO.-** Los anteriores razonamientos nos llevan a desestimar el presente recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA se imponen las costas a la parte actora.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## FALLO

**DESESTIMANDO** el recurso interpuesto por la representación procesal de **REPSOL SA.** contra la resolución de la CNMC de fecha 24 de julio de 2013 a la que la demanda se contrae, que confirmamos por su adecuación a Derecho. Se imponen las costas a la parte actora.



Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 . Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 28/07/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ