



Roj: **STS 3106/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3106**

Id Cendoj: **28079130032018100346**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/09/2018**

Nº de Recurso: **2922/2016**

Nº de Resolución: **1374/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.374/2018

Fecha de sentencia: 17/09/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **2922/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **2922/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1374/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 17 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **2922/2016** interpuesto por la entidad REPSOL, S.A., representada por la Procuradora D^a Gloria Teresa Robledo Machuca, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 482/2013 . Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la entidad Repsol, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de julio de 2013 que desestima recurso dirigido 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 con referencia S/0474/13.

El recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional 21 de julio de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 482/2013), con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEGUNDO.- Como datos y antecedentes relevantes, el fundamento jurídico 2/ de la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional deja señalados los siguientes:

<< (...) 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>>.

Los motivos de impugnación que aducía la parte actora en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento jurídico 4/ de la sentencia en los siguientes términos:

<< (...) 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. Así mismo 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">> .

En el fundamento jurídico 5/ de la sentencia la Sala de instancia hace diversas consideraciones sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la Constitución), con una breve reseña de la doctrina constitucional al respecto y con transcripción de lo dispuesto en el artículo 40.2 Ley de Defensa de la Competencia en cuanto a las facultades de investigación que se reconoce al personal habilitado de la Comisión Nacional de la Competencia.

Las alegaciones de la demandante sobre vulneración de su derecho de defensa son examinadas en el fundamento 6/ de la sentencia, cuyo contenido es el siguiente:

<< (...) 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)>>.

En los fundamentos 7/ y 8/ de la sentencia la Sala de instancia examina, y desestima, las alegaciones de la demandante 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. Y también se desestima, en el fundamento 9/ de la sentencia, el alegato de la parte actora según el cual la inspección habría sido meramente "exploratoria".

Por último, las alegaciones de la demandante sobre vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por estar viciado el consentimiento que prestó Repsol son examinadas en el fundamento 10/ de la sentencia en el que se hacen las siguientes consideraciones:

<< (...) 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. Samuel, 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>>.

Por todo ello la Sala de instancia termina desestimando el recurso contencioso-administrativo.



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de Repsol, S.A. y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 18 de noviembre de 2016 en el que formula cuatro motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los tres restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El enunciado de cada uno de los motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 y 120.3 de la Constitución, por defecto de motivación de la sentencia en relación con la prueba testifical practicada pues la sentencia omite toda consideración sobre dicha prueba, que había sido admitida y practicada.

2.- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución al incurrir la sentencia en valoración ilógica y arbitraria de la prueba debido a la falta de valoración de la prueba testifical a la que se refiere el motivo anterior.

3.- Infracción de los artículos 18.2 y 3 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Alega la recurrente que la sentencia infringe los preceptos citados en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio social de la recurrente en el transcurso de la actuación inspectora, pues los agentes inspectores se negaron a revelar si disponían de autorización judicial para la entrada en la empresa, proceder que la propia sentencia tacha de "irregular" pero sin extraer consecuencia alguna. Y también se vulneran aquellos preceptos en lo relativo al derecho que ampara el secreto de las comunicaciones, por cuanto la actuación inspectora se desarrolla en presencia de los representantes y abogados de la empresa recurrente pero situados "a distancia", sin posibilidad de presenciar y conocer en detalle los extremos de la inspección en cuestión.

4.- Infracción del artículo 24.2 de la Constitución que garantiza el derecho de defensa, en la medida en que la sentencia considera que la actuación inspectora se ha desarrollado de manera inocua e inofensiva cuando de la prueba practicada se desprende que al personal de la empresa presente en la inspección se le impidió verificar el acceso a documentos personales protegidos por el secreto profesional o ajenos al objeto de la inspección.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso-administrativo con los siguientes pronunciamientos:

1/ Se declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNC de 24 de julio de 2013, y, en consecuencia, la nulidad de la actuación inspectora domiciliaria desarrollada los días 27 y 28 de mayo de 2013 en la sede de Repsol.

2/ Adicionalmente, y como consecuencia de lo anterior, se declare que la actuación inspectora no puede surtir efectos jurídicos ni ser incorporada a procedimiento administrativo alguno.

3/ Se declare el derecho de la demandante a obtener la devolución de los documentos incautados como consecuencia de la actuación inspectora sin que quede constancia de los mismos en los registros de la Administración.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 23 de diciembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 12 de enero de 2017 se dio traslado del escrito de interposición a la partes recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a efecto la representación de la Administración del Estado presentó escrito con fecha 21 de febrero de 2017 en el que el Abogado del Estado expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados y termina solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente.

SEXTO.- Encontrándose las actuaciones pendientes de señalamiento la representación de Repsol, S.A. presentó escrito con fecha 25 de abril de 2017 con el que aportó copia del auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2017 en el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas, procedimiento abreviado 43/2015, que se seguían contra diversas entidades, entre ellas Repsol, S.A.

Tras ser oída la representación procesal de la Administración, que mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2017 solicitó la inadmisión de la documentación aportada, mediante providencia de esta Sala de 24 de mayo de 2017 se admitieron los documentos aportados por la recurrente, teniéndose por hechas las manifestaciones realizadas por las partes en sus respectivos escritos.

SÉPTIMO.- Quedaron las actuaciones de nuevo pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 11 de septiembre de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **2922/2016** lo interpone la representación de Repsol, S.A., contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (recurso nº 482/2013) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de julio de 2013 que desestima recurso dirigido 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 con referencia S/0474/13.

En el antecedente segundo han quedado enunciadas las cuestiones que fueron suscitadas en el proceso de instancia así como las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la entidad mercantil recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- Una ordenación sistemática de las cuestiones suscitadas conduciría a examinar en primer lugar el motivo de casación primero, formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en el que la representación de la recurrente alega la infracción de los artículos 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 y 120.3 de la Constitución , por defecto de motivación de la sentencia.

Ahora bien, la falta de motivación que se reprocha a la sentencia en ese motivo primero viene referida a las pruebas que se admitieron y practicaron en el curso del proceso, con las que la parte actora pretendía acreditar determinadas infracciones sustantivas que ahora también denuncia en los siguientes motivos de casación; y entre ellas la relativa a la vulneración de la inviolabilidad del domicilio social de la empresa recurrente (motivo de casación tercero).

Puede decirse entonces que el motivo primero es instrumental respecto de los restantes motivos de casación, en particular con relación al motivo tercero. Y siendo ello así, los términos en que viene planteado el debate permiten y aconsejan abordar en primer lugar ese motivo tercero, pues en caso de ser acogido podría resultar innecesario examinar los restantes motivos de casación. Veamos.

TERCERO.- En la primera parte del motivo de casación tercero se alega la infracción de los artículos 18.2 y 3 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , alegando la recurrente que la sentencia infringe los preceptos citados en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio social de la recurrente, pues los agentes inspectores se negaron a revelar si disponían de autorización judicial para la entrada en la empresa, proceder que la propia sentencia tacha de "irregular" pero sin extraer consecuencia alguna.

Desde ahora dejamos anticipado que el motivo de casación debe ser acogido.

Es un hecho no controvertido -figura en el apartado 13 del Acta de Inspección y así lo recoge el fundamento jurídico décimo de la sentencia recurrida- que al personarse los inspectores en la sede de Repsol, S.A. el personal de la empresa preguntó "...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", a lo la jefe de equipo de inspección respondió "que no está autorizada a revelar la citada información". Y a continuación el representante de la empresa firma la Orden de Investigación accediendo a la práctica de la inspección.

La sentencia recurrida describe con exactitud la secuencia de hechos que acabamos de resumir; y si bien califica de "irregular" el modo de proceder de la actuación inspectora, por no facilitar a la empresa una información que le incumbía y que tenía derecho a conocer, la Sala de la Audiencia Nacional considera que ese proceder irregular "...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" (F.J. 10º de la sentencia recurrida). Pues bien, no compartimos el parecer de la Sala de instancia.

En nuestra sentencia de 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014) tuvimos ocasión de examinar un caso que guarda similitud con el que ahora nos ocupa. En aquel caso la Autoridad de competencia había considerado procedente solicitar autorización judicial de entrada domiciliaria; y una vez que el Juzgado denegó la autorización, por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud, los agentes de la Comisión Nacional de la Competencia se personaron en la sede de la empresa y recabaron el consentimiento para entrada y registro sin informar a los responsables de la empresa que previamente el Juzgado había denegado la autorización. Y siendo ese, en síntesis, el relato de lo sucedido en aquel caso, en nuestra citada sentencia de 15 de junio de 2015 (F.J. 5º) expusimos lo siguiente:

<< (...) La Autoridad de competencia consideró procedente solicitar la autorización judicial de entrada domiciliaria sin haber intentado previamente obtener el consentimiento voluntario de la empresa afectada. Ya hemos dicho



que tal forma de proceder no puede tenerse por contraria a Derecho. Ahora bien, una vez que el Juzgado denegó tal autorización por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud, era una exigencia de buena fe no ocultar ese dato a la empresa y no proceder como si nunca se hubiera pedido autorización judicial y nunca se hubiera denegado dicha solicitud. Más bien al contrario, las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y si puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida.

Así ocurre en este caso, pues la comparecencia de los agentes de la CNC en el domicilio de la empresa tuvo lugar cuando ya se había dictado y se le había notificado la resolución judicial denegatoria de la misma entrada domiciliaria; denegación acordada por no haberse justificado debidamente las circunstancias que la legitimarían. En aras de la lealtad, buena fe y la transparencia en la actuación de la Administración, correspondía a la Administración actuante explicar las circunstancias concurrentes a la empresa afectada, a fin de que esta manifestase si aún así aceptaba la práctica de la inspección pretendida o si se oponía a ella, lo que, insistimos, no se hizo, pues dicha circunstancia fue omitida a quien tenía interés en conocerla.

En definitiva, la ocultación del dato indicado, que era relevante determinó que el consentimiento dado por la empresa entonces inspeccionada y ahora recurrente quedase viciado, pues con carácter general es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (ex art.1265 CC), y debe entenderse que es también nulo el consentimiento obtenido sin haber sido informado de un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita>>.

Tales consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa. Como sucedía en aquel caso, no puede considerarse conforme a las pautas de lealtad, buena fe y transparencia exigibles a la actuación administrativa la ocultación de un dato sin duda relevante para la empresa inspeccionada, como es el relativo a si los inspectores habían solicitado autorización judicial para la entrada y, en definitiva, si el juez había dictado un auto autorizando la entrada en la empresa. La elusiva respuesta que la jefe de la unidad inspectora dio a esa pregunta ("no está autorizada a revelar la citada información") se aparta claramente de aquellas pautas a las que acabamos de aludir de lealtad, buena fe y transparencia en la actuación administrativa. Y, desde luego, no cabe excluir que la ocultación de ese dato relevante tuviese incidencia, o fuese incluso determinante, en la prestación del consentimiento que a continuación otorgó el responsable de la empresa inspeccionada.

Bien puede decirse entonces que el consentimiento dado por Repsol estuvo viciado, pues, como señalábamos en nuestra sentencia antes citada de 15 de junio de 2015 (casación 1407/2014), si con carácter general es nulo el consentimiento presentado por error, violencia, intimidación o dolo (artículo 1265 del Código Civil), debe entenderse que también es nulo el consentimiento obtenido ocultando un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita.

En consecuencia, no habiendo reconocido la Sala de instancia el vicio del consentimiento que acabamos de señalar, debe concluirse que la sentencia recurrida vulnera los artículos 18.2 y 3 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio social de la empresa recurrente.

CUARTO.- Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, por acogimiento del motivo de casación tercero, procede que entremos entonces a resolver el debate planteado en el proceso (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Pues bien, las mismas razones que han llevado a acoger el motivo de casación tercero determinan que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, deba ser anulada la actuación inspectora desarrollada en el 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 de la Comisión Nacional de la Competencia bajo la referencia S/0474/13, debiendo ser también anulada la resolución de 24 de julio de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expediente NUM000 REPSOL) que desestimó el recurso dirigido contra aquella actuación inspectora. Como consecuencia, debe declararse que la referida actuación inspectora no ha de producir efecto alguno y reconocerse el derecho de la recurrente a que le sea devuelta la documentación incautada como consecuencia de la actuación administrativa que ahora se anula.

Alcanzada esa conclusión, resulta innecesario el examen de los restantes motivos de casación, pues una vez anulada la actuación inspectora llevada a cabo en la sede de Repsol los días 27 y 28 de mayo de 2013 no procede que entremos a dilucidar si en el desarrollo de tal actuación inspectora se incurrió en alguna otra vulneración.



QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLO

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

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de REPSOL, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 482/2013), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por REPSOL, S.A y, en consecuencia, anulamos la actuación inspectora desarrollada en el sede de dicha empresa los días 27 y 28 de mayo de 2013 en el marco de la información reservada tramitada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia bajo la referencia S/0474/13, quedando asimismo anulada la resolución de 24 de julio de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expediente NUM000 REPSOL) que desestimó el recurso dirigido contra aquella actuación inspectora, declarando que la referida actuación inspectora no ha de producir efecto alguno y reconociendo el derecho de la recurrente a que le sea devuelta la documentación intervenida como consecuencia de la actuación administrativa que ahora se anula.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Diego Cordoba Castroverde Maria Isabel Perello Domenech

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico