



Roj: **STS 3269/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3269**

Id Cendoj: **28079130072016100236**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **04/07/2016**

Nº de Recurso: **359/2015**

Nº de Resolución: **1622/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4901/2014,**  
**STS 3269/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 4 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **359/2015** interpuesto por la representación legal de Alquibalat S.L. contra la Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 1/2014. Ha sido parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia y habiendo sido oído el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó Sentencia con fecha 19 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva dice: "Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la recurrente, se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal formaliza recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que considera oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia por la que se estime su pretensión, revocando la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el pasado 19 de noviembre de 2014 declarando la confidencialidad de documentación para la que solicita el privilegio de las comunicaciones abogado cliente.

**CUARTO.-** El Sr. Abogado del Estado formaliza escrito de oposición en el que termino suplicando a la Sala dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación formulado de contrario con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

El Ministerio Fiscal, formaliza el traslado conferido por Providencia de esta Sala, mediante informe en el que considera que proceda dictar sentencia desestimando el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por providencia se señaló para votación y fallo para el día **VEINTINUEVE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISÉIS**, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** ALQUIBALAT, S.L. funda su recurso de casación en el artículo 88.1.d) LJCA por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", al considerar que la sentencia impugnada infringe el artículo 24 CE, en su



vertiente de derecho de defensa, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y comunitaria referida a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente.

La entidad recurrente entiende que la documentación controvertida reúne todos los requisitos establecidos en la jurisprudencia para ostentar el privilegio de la confidencialidad, por estar protegida por el privilegio legal de las comunicaciones entre abogado y cliente. En concreto, se apoya en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2007, asunto T 253/03 Akzo, y en la sentencia de esa Excm. Sala de 27 de abril de 2012 (recurso de casación nº 6552/2009), y manifiesta, en síntesis, que la sentencia impugnada infringe dicha jurisprudencia y, en consecuencia, el derecho de defensa del art. 24 CE, al sustentar, erróneamente, que la documentación controvertida no tenía como finalidad recabar asesoramiento legal, al no haberse identificado de forma precisa el contenido de la documentación elaborada con ese fin.

Ese error de la sentencia entiende que se produce por los siguientes motivos: Primero, porque la demandante dio acceso a la documentación controvertida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), para que ésta pudiera identificar y comprobar que tal documentación se elaboró en el contexto de las relaciones abogado y cliente y la CNMC se limitó a examinar si dicha documentación se había enviado al abogado externo, sin analizar si formaba o no parte de las actuaciones preparatorias para la defensa legal. No cabe, pues, exigir a la demandante que identifique el contenido de la documentación cuando la propia CNMC podía haberlo hecho al haber tenido acceso a la misma. De esta forma la sentencia combatida traslada al administrado la carga de la prueba, cuando ésta corresponde, en exclusiva, desde el momento en el que se le dio acceso a la documentación, a la CNMC.

Y, segundo, porque la sentencia de la Audiencia Nacional no ha tenido en cuenta ni el contenido de la documentación, ni el contexto en el que fue preparada para ser enviada a un abogado externo especializado en derecho de competencia, elementos éstos que, objetivamente analizados, sólo permitirían como única conclusión posible, que la documentación fue producida para ser comunicada con el objeto de preparar la defensa legal.

Analizada la sentencia objeto de la presente impugnación, se observa que, tras incorporar la jurisprudencia aplicable al caso y, entre ella, las dos sentencias que la recurrente considera infringidas, exponiendo los requisitos que debe reunir un documento para obtener la protección inherente a la confidencialidad entre abogado y cliente, dicha resolución judicial funda el fallo desestimatorio en la falta de acreditación de que la documentación controvertida fue preparada para obtener asesoramiento legal. En concreto, se afirma en dicha sentencia que "se trata de una serie de comunicaciones internas entre directivos y administradores de la empresa recogidas en soporte informático y notas manuscritas que intercambian información sobre, ciertamente, extremos relacionados con el objeto de la investigación, pero, como subrayó la OC y nosotros compartimos su razonamiento, no hacen mención alguna a elementos que permitan concluir que se prepararon para trasladarlas a un abogado externo con el fin de solicitar su consejo legal".

Y, se añade, que "el elemento determinante para acogerse a la excepción, es la prueba de la expresa creación del documento para pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa, lo que implica la identificación precisa del contenido del documento elaborado con ese fin, lo que la recurrente no ha acreditado como deduce, acertadamente, la CNMC del examen de los documentos en la forma antes expuesta".

Consecuencia de lo anterior es que, lo que plantea la actora es una discrepancia con la decisión de la sentencia de instancia de considerar que la documentación controvertida no era confidencial, dado que la recurrente no había acreditado que la misma fue creada, exclusivamente, con el fin de obtener asesoramiento legal de un abogado externo. Es decir, lo que se pretende es una revisión de la apreciación de la prueba realizada por la Sala de instancia, siendo ésta una cuestión que, por lo general, se encuentra excluida del ámbito casacional, no estando incluido el error en la valoración de la prueba entre los motivos que se relacionan en el artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción .

Efectivamente, tal y como reiteradamente tiene declarado esta Excm. Sala, entre otras en la sentencia de 10 de marzo de 2014 (recurso nº 911/2013 ) "la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal a quo únicamente puede acceder a la casación, como acabamos de apuntar, por el cauce de la letra d) del indicado precepto se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o si la llevada a cabo resulta contraria a la razón e ilógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9.3 de la Constitución .

La casación es un remedio extraordinario a través del cual se acude al Tribunal Supremo con la finalidad de que, con ocasión de determinadas resoluciones (relacionadas en los artículos 86 y 87 de la Ley 29/1998 ), revise la aplicación que se ha hecho en la instancia de las leyes sustantivas y procesales. Es extraordinario porque opera únicamente en virtud de los motivos establecidos expresamente por el legislador, reducidos a



comprobar si se ha «proveído» equivocadamente (error in iudicando) o se ha «procedido» de forma indebida (error in procedendo). La naturaleza de la casación como recurso tasado limita los poderes de este Tribunal y también la actividad de los recurrentes. No es, pues, una nueva instancia jurisdiccional; no nos traslada el conocimiento plenario del proceso de instancia, sino únicamente un análisis limitado a verificar los motivos enumerados en el artículo 88.1 de la Ley 29/1998 [véase, entre otras, la sentencia de 1 de diciembre de 2008 (casación 3910/05, FJ 2º)].

En el presente caso, ALQUIBALAT S.L., no sustenta su recurso en la existencia de una valoración arbitraria o ilógica de la prueba practicada, sino en la no apreciación por la Sala de instancia de que la documentación controvertida reunía todos los requisitos establecidos en la jurisprudencia para otorgarles la protección propia de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. Es decir, discrepa de la convicción alcanzada por la Sala de instancia, al aplicar, además, las mismas sentencias que la recurrente invoca como infringidas. Y resulta claro, que la conformidad o no de la recurrente con la convicción alcanzada a partir de la valoración de los elementos probatorios no implica "per se" que la Sala de instancia haya efectuado una valoración ilógica y arbitraria de la prueba, ni permite acudir al recurso de casación como instrumento para resolver tal disenso.

Así pues, a lo largo del desarrollo del motivo en realidad nos encontramos con una argumentación que sugiere a la Sala de casación una nueva valoración de la prueba, lo cual resulta insostenible en la vía casacional, por lo que, al final, la articulación del motivo acaba convirtiéndose, como decimos, más que en una apreciación de la vulneración por la Sentencia de Instancia de la normativa y de la jurisprudencia, en una reconsideración de los hechos que a juicio de la contraparte debieran haber sido interpretados y acreditados en el modo y manera que considera razonable el propio recurrente.

La Sentencia de instancia llega a conclusiones lógicas, racionales, no arbitrarias y ponderadas, sin que la parte recurrente haya discutido en nada tales extremos, ni tampoco ha fundamentado que nos encontremos, como hemos dicho antes, en una vulneración normativa o en una vulneración de principios jurisprudencialmente admitidos, por otra parte limitados por el recurrente a la jurisprudencia de la Unión Europea, sin cita, en nada, de resoluciones jurisdiccionales de Tribunales como la Audiencia Nacional o de jurisprudencia del Tribunal Supremo o Sentencias del Tribunal Constitucional.

Como decimos el recurrente realiza un relato de los hechos en el modo que parece convenirle, pero sin atacar la esencia de la presunta ilegalidad del contenido de la Sentencia de Instancia al margen de la cuestión fáctica.

Consecuencia de lo anterior es la desestimación del motivo que en los términos en que aparece planteado debía serlo por error en la valoración de la prueba o arbitrariedad de dicha valoración y al no hacerse así, como decimos esta Sala no puede sino proceder a su desestimación con expresa condena en costas a la recurrente con el límite de 3.000 euros conforme al artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: No haber lugar al recurso de casación interpuesto por ALQUIBALAT S.L. contra sentencia de 19 de noviembre de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictada en recurso 1/2014 con expresa condena en costas al recurrente con el límite de 3.000 euros.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Jose Manuel Sieira Miguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.