



Roj: **STS 4209/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4209**

Id Cendoj: **28079130072015100254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **21/09/2015**

Nº de Recurso: **2595/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2598/2014,**  
**STS 4209/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº **2595/2014**, interpuesto por don Jesús , representado por el procurador don Antonio Rodríguez Muñoz, contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2014 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 2/2014 , tramitado por el cauce especial para la protección de los derechos fundamentales, sobre resolución dictada el 16 de enero de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente " NUM000 " .

Se ha personado, como recurrida, la Administración, representada por el Abogado del Estado.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso nº 2/2014, seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 11 de junio de 2014 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"**FALLAMOS**

*Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Jesús , contra la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 16 de enero de 2014, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto la misma no vulnera los derechos fundamentales invocados. Con expresa imposición de costas a la parte actora".*

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución preparó recurso de casación don Jesús , que la Sala de la Audiencia Nacional tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 10 de Julio de 2014, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Por escrito presentado el 28 de agosto de 2014, el procurador don Antonio Rodríguez Muñoz, en representación del recurrente, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, suplicó a la Sala que

*"(...) acuerde admitirlo hasta dictar resolución que case y anule la de instancia en el sentido interesado en los motivos de casación articulados".*



**CUARTO.-** Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos y, por diligencia de ordenación de 29 de diciembre de 2014, se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

**QUINTO.-** Evacuando el traslado conferido, el Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente ostenta, se opuso al recurso por escrito registrado el 26 de enero de 2015, en el que pidió su desestimación, con costas procesales.

Por su parte, el Fiscal, en virtud de las consideraciones expuestas en su escrito de 16 de febrero siguiente, dijo que

*"procede declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 11 de junio de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso Contencioso-Administrativo nº 2/2014, que desestimó el interpuesto por D. Jesús contra la Resolución de 16 de enero de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el recurso "0157/13 Balat 2-Abogado" del expediente sancionador NUM001 -Construcciones Modulares, con imposición de costas al recurrente por imperativo de lo dispuesto en el artículo 139.2 LRJCA".*

**SEXTO.-** Mediante providencia de 20 de abril de 2015 se señaló para la votación y fallo el día 16 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional contra la que se dirige este recurso de casación rechazó las pretensiones de don Jesús y no apreció la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que imputaba a la actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Los hechos relevantes en los que se enmarca la controversia que debemos resolver consisten en cuanto, brevemente, se expone a continuación.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia incoó un procedimiento sancionador, entre otras, a la empresa BALAT –dedicada a las construcciones modulares– por imputarle prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, consistentes en concertarse con otras empresas para repartirse las licitaciones convocadas por operadores públicos y privados y para repartirse clientes y fijar los precios en el mercado español. En el curso de ese expediente se acordó la realización de una inspección en la sede de BALAT, en Pamplona. Mientras se desarrollaba el día 18 de septiembre de 2013, el Sr. Jesús, abogado externo de la empresa, se personó y puso de manifiesto al jefe del equipo inspector que determinada documentación que había recabado en el despacho del Director General (un cuaderno con anotaciones, un documento excel en un dispositivo de memoria y unos folios sobre un viaje de directivos de la empresa) tenía carácter confidencial por tratarse de comunicaciones entre cliente y abogado. El jefe del equipo decidió resolver al respecto al finalizar la inspección y, sin entrar a conocer el contenido de esa documentación, a instancias del Sr. Jesús la introdujo en un sobre que cerró y precintó. El día siguiente, 19 de septiembre de 2013, el Sr. Jesús indicó que una cadena de correos electrónicos impresos también debían considerarse confidenciales y se le dijo que el equipo inspector no había accedido a los mismos ni los había copiado en sus ordenadores.

Ese día, a las 12:30 horas, el jefe del equipo abrió el sobre mencionado y procedió a examinarlo someramente tras lo cual concluyó que no constaba que la información hubiera sido comunicada a un abogado externo de la empresa y que, por tanto, no era confidencial. En concreto, dejó constancia de que en el citado cuaderno, en la impresión del documento electrónico y en los correos alegados –todas comunicaciones internas de la empresa solicitando determinados datos de viaje– no constaba que hubieran sido transmitidos, o se pensara hacerlo, al abogado externo remitiendo la información controvertida. Por tanto, el jefe del equipo copió la documentación, la introdujo en un sobre que precintó para trasladarla a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y comunicó a BALAT que disponía de cinco días para justificar las razones por las que dicha documentación debería quedar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Asimismo, le hizo saber que en ese tiempo la Dirección de Investigación no tendría acceso a la misma.

Examinadas las alegaciones que BALAT presentó el 25 de septiembre de 2013, la Dirección de Competencia resolvió el 14 de octubre siguiente que no se habían presentado pruebas que hicieran pensar que la documentación discutida debiera tenerse por confidencial. Tanto BALAT como el ahora recurrente en su propio nombre presentaron recurso ante el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia



contra esa decisión. Su Sala de Competencia acordó el 21 de noviembre de 2013 admitir a trámite el del Sr. Jesús , le puso de manifiesto el expediente y le concedió un plazo de quince días para alegaciones.

Como quiera que no presentase ninguna, esa misma Sala de Competencia, por resolución de 16 de enero de 2014 acordó desestimar el recurso administrativo del Sr. Jesús por

*"no haberse vulnerado su derecho constitucional a la privacidad, secreto y confidencialidad del derecho de defensa y comunicación cliente-abogado ex Artículos 24 y 9 de la Constitución Española "*.

En sus fundamentos explicó su decisión en estos términos:

*"Esta Sala de Competencia ha posibilitado que el Letrado en ejercicio, Don Jesús facilitara y concretara la vulneración de su derecho de confidencialidad y secreto de cuantas comunicaciones interlocutorias con su cliente han sufrido tal vulneración. Lo que no ha hecho.*

*En consecuencia, debemos entender que su inicial recurso ha decaído, bien por falta de interés recurrible, bien por falta de argumentación suficiente en oposición y en aras a desvirtuar las conductas seguidas en la inspección."*

**SEGUNDO.-** La sentencia de la Sección Sexta de la Sala de la Audiencia Nacional desestimó, como hemos anticipado, el recurso contencioso-administrativo que el Sr. Jesús interpuso contra esta resolución por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En su demanda alegó que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia había infringido los artículos 24.2 y 9.3 de la Constitución . Subrayó en su argumentación que incurrió en su vulneración porque, en realidad, le había impuesto la obligación de presentar alegaciones adicionales y que ni la Ley 15/2007 ni su reglamento, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la contemplaban. También sostuvo que infringió el artículo 24.1, igualmente de la Constitución , por caer la resolución impugnada en incongruencia omisiva y por no tenerle por interesado.

La sentencia rechazó las pretensiones del Sr. Jesús , en primer lugar, porque no acreditó que la documentación de referencia debía estar cubierta por la confidencialidad propia de las relaciones entre el cliente y su abogado. Destacó que correspondía a BALAT la carga de acreditar que, efectivamente, incidía en esa esfera y que no lo hizo pese a haber tenido la oportunidad para ello pues no aportó los datos que hubieran podido servir para poner de manifiesto que sí había motivos para considerar esa documentación o parte de ella confidencial. En este punto, indicó que no se habían cumplido los requisitos señalados por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de mayo de 1982 (asunto 155/79 -AM&amp;Europe Limited) para que proceda proteger la confidencialidad de documentos por afectar a la relación del abogado con su cliente. Por eso, la sentencia no advierte la lesión del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva ni del principio de confianza legítima.

Descarta también que se hubiera infringido el artículo 24.1 de la Constitución por no habersele tenido por interesado en la vía administrativa desde el momento en que su recurso fue admitido a trámite y resuelto. Y, por lo que se refiere a la incongruencia omisiva que imputaba a la resolución impugnada, la sentencia, tras reproducir la fundamentación de la de esta Sala de 26 de marzo de 2014 (casación 9/2013 ), niega que la padeciera desde el momento en que dio respuesta razonada a la pretensión del Sr. Jesús .

Por último, evoca la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente recogida en su sentencia en el caso AKZO (asunto 125/2003 ) e insiste en que es carga de quien la alega señalar los documentos afectados, cosa que no se hizo en el supuesto que está en el origen de este pleito.

**TERCERO .-** Son dos los motivos que el Sr. Jesús dirige contra esta sentencia, ambos interpuestos conforme al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción .

El primero sostiene que infringe el artículo 24 de la Constitución por la interpretación que hace de la falta de uso del trámite de alegaciones adicionales. Explica que la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia le tuvo por decaído precisamente por no haber alegado y que la sentencia considera que la desestimación de su recurso administrativo se debió a que no señaló o sugirió elementos de prueba. No obstante, afirma, para llegar a esta última conclusión es preciso aceptar que era obligatorio presentar las alegaciones adicionales y, lo cierto es, prosigue, que no tienen ese carácter según el artículo 24 del Reglamento de la Ley 15/2007 . Añade como prueba de su tesis que a BALAT, que también interpuso recurso administrativo y tampoco presentó alegaciones, no se le dijo nada sobre el decaimiento o desestimación del mismo por falta de interés.

El segundo motivo de casación afirma que la sentencia infringe el artículo 24 de la Constitución porque no es cierta la supuesta falta de identificación de la documentación cubierta por la protección de la confidencialidad



de las relaciones abogado-cliente. A este respecto, el Sr. Jesús recuerda que desde el primer momento señaló los documentos en cuestión y el contexto en que fueron elaborados tal como refleja el acta de inspección.

**CUARTO.-** El Abogado del Estado nos dice, para fundamentar su pretensión de que desestimemos ambos motivos de casación, que la sentencia no vulnera el artículo 24 del Reglamento de la Ley 15/2007 e indica que el debate versa sobre el significado que deba darse a la inactividad del recurrente y que sobre ese extremo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, dictada en el caso AKZO NOBEL CHEMICALS LTD. y otros (asunto 550/07 P), confirmando el criterio de la anterior de 18 de mayo de 1982 en el caso AM&S (asunto C-155/97), ofrece la solución que se debe seguir, precisamente la aplicada por la Audiencia Nacional.

En otras palabras, quien alega que determinados documentos recabados en la inspección están protegidos por la confidencialidad de la que se viene hablando debe identificarlos y exponer las razones por las cuales deben ser preservados de la actividad inspectora. A partir de aquí, tras repasar lo sucedido, observa que el primer motivo de casación parte de un entendimiento erróneo de la sentencia: ésta no dice –explica el Abogado del Estado– que la consecuencia de no presentar las alegaciones fuera la desestimación sino que el recurso administrativo fue desestimado porque el recurrente no aportó los datos que permitieran confirmar que los documentos indicados debían ser considerados confidenciales. Por tanto, no convierte en obligatorias las alegaciones contempladas en el artículo 24 del Reglamento.

Y el segundo motivo de casación debe ser desestimado según el Abogado del Estado porque nuevamente confunde la interpretación realizada por la sentencia de instancia. En efecto, el Sr. Jesús parte de la premisa de que sí se identificaron los documentos pero la sentencia no niega que así fuera, ni que el actor impugnara en vía administrativa la negativa de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a considerarlos confidenciales. En lo que se fija la sentencia es en que, habiendo rechazado la Sala de Competencia que merecieran tal calificación, no acreditó el recurrente las infracciones que había afirmado en su recurso administrativo. E insiste el escrito de oposición en que, como dice la sentencia, no basta para obtener la protección reclamada con identificar unos determinados documentos y decir que son confidenciales sino que, además, se han de ofrecer las razones que lo justifican. Y esto no lo hizo el Sr. Jesús. De ahí que la sentencia no vulnere el artículo 24 de la Constitución.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal propugna la desestimación del recurso de casación.

En su escrito, después de exponer con precisión los antecedentes y reflejar los rasgos que caracterizan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, así como el régimen jurídico correspondiente al tratamiento de la información confidencial, se pronuncia sobre los dos motivos de casación en los términos que vamos a resumir.

Del primero dice que la sentencia ofreció una explicación coherente para rechazar que se hubiera producido una irregularidad procedimental y que exteriorizó suficientemente el motivo de la decisión. Se refiere el Ministerio Fiscal a que la Audiencia Nacional puso de manifiesto que no se trataba de declarar decaído al recurrente por incumplir un trámite que no se exige con carácter obligatorio sino que el recurso administrativo se había desestimado porque no se acreditó la vulneración del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Y sobre el segundo motivo de casación apunta que el recurrente no señaló ni sugirió los elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los documentos copiados presentaban rasgos que permitieran reconocer el carácter de comunicación abogado-cliente. Y que era una carga que recaía sobre el actor aportar tales elementos. Además, recuerda que en casación se deben respetar las apreciaciones sobre los hechos efectuadas en la instancia. Y con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 dice:

*"sostener que el simple acceso a un documento supuestamente confidencial constituye por sí mismo una violación del derecho de defensa llevaría al absurdo de hacer más favorable el silencio que la diligencia. Invocar meramente el privilegio de la comunicación abogado externo-cliente no se puede convertir en causa de anulación de facultades que la LDC y la Ley 3/2007 atribuyen a los inspectores debidamente autorizados. Si ello fuese así, fácilmente se podría frustrar el régimen jurídico que persigue actuar eficazmente en defensa de la competencia en los mercados a través de las potestades públicas establecidas y en beneficio del interés público protegido por el artículo 38 CE y los intereses generales de consumidores y usuarios".*

**SEXTO.-** En contra de lo que sostiene el primero de los motivos interpuestos por el Sr. Jesús, la sentencia de la Audiencia Nacional no mantiene ni significa que fuera obligado presentar alegaciones ni, por tanto, atribuye a la falta de presentación por los interesados de las que prevé el artículo 24.2 del Real Decreto 261/2008, la necesaria desestimación de su recurso administrativo.



La sentencia lo dice claramente: "no se trata de declarar decaído al actor en su recurso por incumplimiento de un trámite que el ordenamiento no exige con carácter obligatorio, sino de desestimar el recurso al no haberse acreditado la vulneración de su derecho constitucional a la privacidad, secreto y confidencialidad del derecho de defensa y comunicación abogado-cliente". Y añade: "la desestimación no proviene de la falta de alegaciones, como sostiene el actor, sino de la falta de aportación de los datos que puedan servir para poner de manifiesto la existencia de documentos, de los incautados, en los que haya sufrido la vulneración que denuncia". Es decir, que muestren su carácter confidencial, no apreciado preliminarmente por el jefe del equipo de inspección y respecto del cual ni el ahora recurrente ni la empresa presentaron los datos que permitieran advertirlo.

No es cierto, pues, que el razonamiento seguido por la Sala de instancia presuponga la obligatoriedad de hacer uso del trámite de alegaciones so pena de ver desestimado su recurso. En realidad, tampoco lo presupone la resolución recurrida ante ella. Aunque utilice expresiones que pudieran suscitar algún equívoco, su lectura completa deja claro que, justamente, la ausencia de tales elementos, los que permitirían considerar confidenciales, por pertenecer al ámbito de la relación entre el abogado y su cliente, todos o algunos de los documentos con los que se hizo el equipo de inspección.

Por tanto, no se ha producido esta primera infracción del artículo 24 de la Constitución .

**SÉPTIMO.-** El segundo motivo deber ser desestimado igualmente.

De nuevo, el recurrente parte de un presupuesto que no se ha dado. No es que se le reprochara no haber identificado los documentos que entiende protegidos por la confidencialidad que reclama para ellos pues, tiene razón, los señaló desde el primer momento, tal como consta en el acta de inspección.

Sucede, sin embargo, que la cuestión no estriba en su identificación sino en que el Sr. Jesús no ofreció, más allá de decir que eran confidenciales, razones que lo corroboraran. Se limitó a afirmar que habían sido elaborados para él pero tal circunstancia no se desprendía de dichos documentos, según pudo comprobarse, aunque fuera mediante un somero examen, en el momento mismo de la inspección. Y aquí es donde la sentencia de instancia le recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a él le correspondía la carga de justificar que todos o algunos debían considerarse confidenciales. Carga que no puede tenerse por cumplida con la sola afirmación de que, efectivamente, tienen esa naturaleza porque fueron elaborados para el abogado externo cuando nada lo indica. La sentencia recurrida es clara al respecto cuando dice que "no se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitían reconocer en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de la confidencialidad".

Tampoco se da, en conclusión, esta otra infracción del artículo 24 de la Constitución aducida por el recurrente.

**OCTAVO.-** A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000 €. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

## FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº **2595/2014**, interpuesto por don Jesús contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2014 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 2/2014 , e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Secretario, certifico.