



Roj: **SAN 2614/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2614**

Id Cendoj: **28079230062014100335**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/06/2014**

Nº de Recurso: **3/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a doce de junio de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **B.P. España S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2013**, relativa actuación inspectora y la cuantía del presente recurso indeterminada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por B.P. España S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2013, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y el registro objeto de autos.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO** : No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de junio de dos mil catorce.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva declara:

*"Desestimar el recurso interpuesto por BP ESPAÑA, S.A. contra la inspección realizada por la DI durante los días 22 y 23 de julio de 2013, en el seno del expediente S/0474/13."*

Los días 22 y 23 de julio de 2013 se llevó a cabo por la Dirección de Investigación una inspección en la sede social de BP ESPAÑA, S.A., autorizada por la Orden de Investigación de 19 de julio de 2013.

Alega la representación de la demandada incorrecto modo en la formulación de la demanda. Es cierto que la recurrente reitera los argumentos ya esgrimidos ante la CNC, pero ello no implica un defecto de forma relevante en el modo de formular la demanda, pues en ella, claramente, se muestran discrepancias con el criterio seguido por la CNC.

En los fundamentos jurídicos de la Resolución impugnada podemos leer:

*"En su informe emitido el 16 de agosto de 2013, la DI considera que el recurso debe ser desestimado por los siguientes motivos. En relación con la indefensión alegada, la DI considera que (i) los representantes de la empresa estuvieron presentes durante la inspección y fueron informados del proceso de selección y filtración de documentos, tal y como se recoge en el Acta de inspección; (ii) el derecho a conocer las herramientas informáticas y de trabajo del equipo inspector no viene reconocido ni en la LDC ni en el RDC ni en ninguna otra normativa aplicable; (iii) en relación con los documentos protegidos por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente, considera la DI que es a la propia recurrente a la que hay que reprochar su falta de comportamiento activo para identificar los documentos mencionados; y (iv) con respecto a la incautación de la información, señala que finalmente sólo fueron incautados un 4,6% de los correos iniciales y un 0,1 % de los ficheros electrónicos que, grabados en un DVD, fueron entregados a la recurrente. En cuanto a los perjuicios irreparables alegados por BP, la DI indica: (i) que la inspección no se excedió de lo señalado en la Orden de Investigación, entendiéndose que ésta es una afirmación infundada dado que dicha Orden no alude a acuerdos horizontales y (ii) en relación con la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sostiene que las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones del Director de Investigación y que no puede hablarse de consentimiento viciado cuando se tuvo conocimiento desde el primer momento de cómo se desarrollaría la inspección."*

**SEGUNDO** : Sobre la alegada indefensión, señala la Resolución de la CNC objeto de autos:

*"Respecto a la posible vulneración de su derecho de defensa, la recurrente considera que se habría producido a través de una doble vía: primero, al no permitir la DI a los representantes de BP presenciar el proceso de filtrado de la documentación inicialmente copiada a los servidores de la DI en el marco de la inspección realizada los días 22 y 23 de julio en su sede y, segundo, con motivo de la copia y el acceso por el equipo de inspectores de la DI a información y documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente."*

*Con carácter preliminar, cabe hacer remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en Resolución de 23 de septiembre de 2013 (Expediente R/0148/13, RENAULT) en la que se declara que "El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses" señalando que "la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes". Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que "no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos" ( STC 71/1984 , 64/1986 )...."*

*Con carácter previo al desarrollo y exposición de esta valoración, este Consejo considera necesario precisar, en relación con las alegaciones respecto a documentación "incautada", que la documentación en poder de la CNC tras la inspección recurrida no fue "incautada", sino meramente copiada en virtud de las previsiones del artículo 40.2.c de la LDC , permaneciendo todo documento original -ya fuera físico o electrónico- en poder y bajo el completo control de BP. Este control permanente sobre el documento original permite que la sociedad investigada pueda ejercer sus derechos de defensa desde el inicio de la investigación domiciliaria y durante todo el curso de la misma con absoluta independencia de la actuación del equipo inspector, pudiendo analizar exhaustivamente la documentación sometida a inspección para verificar la existencia de documentos privados, ajenos al objeto de la misma y protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y comunicarlo de inmediato durante la inspección a los funcionarios encargados de la investigación."*

*Por otra parte, este Consejo constata que tanto del Acta de Inspección (párrafos 35, 40 y 62) como del Anexo de Manifestaciones formulado por BP y anexo a petición suya al Acta, se deduce que, durante el proceso de filtrado de la documentación, los inspectores informaron e indicaron a los representantes de BP y a sus abogados externos que "podrán permanecer en la sala de trabajo habilitada al equipo de inspección siempre y cuando ello no permita conocer las herramientas informáticas y de trabajo del equipo inspector. Igualmente, tampoco podrán presenciar las conversaciones que se mantengan entre los miembros del equipo inspector". El Acta refleja, por tanto, la indicación dada por los inspectores de la DI a los representantes y abogados de BP de que su presencia en la sala no debe permitirles conocer las herramientas informáticas y de trabajo del equipo*



*inspector, ni presenciar las conversaciones que se mantengan entre inspectores. El eventual abandono puntual de la sala de trabajo por parte de los representantes de la inspeccionada para permitir el desarrollo eficaz de la labor inspectora, en su caso, es una práctica absolutamente razonable y comúnmente aceptada.*

*A la vista de lo señalado, este Consejo considera que la alegación de BP sobre que no se permitió la presencia "efectiva" de sus representantes durante el proceso de filtrado de la documentación inicialmente recabada no resulta ajustada a los hechos acaecidos, ya que la presencia en la sala resulta indudable y queda acreditada tanto por el Acta de inspección como porque la propia BP así lo reconoce en sus escritos de recurso y alegaciones. Respecto a si dicha permanencia en la sala de trabajo donde se desarrolla el proceso de filtrado deja de tener utilidad práctica alguna, este Consejo considera que la interpretación de BP vincula incorrectamente la advertencia de los inspectores de que la presencia de representantes de BP debe articularse de forma que se preserven las técnicas y los procedimientos informáticos de la inspección, con la consecuencia de que los representantes legales de BP no puedan desarrollar ninguna actuación en ejercicio de su derecho de defensa. Este Consejo no aprecia que exista una relación causal entre la indicación y advertencia formulada por los inspectores y la consecuencia extraída por la representación de BP. El Consejo considera que un comportamiento cooperativo por parte de los abogados y representantes de BP permite cohonestar 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 -y en su caso ausentándose temporalmente de la sala para preservar las puntuales conversaciones reservadas entre los miembros del equipo inspector- con el legítimo ejercicio de sus derechos de defensa a través de la formulación de observaciones y alegaciones sobre la documentación inspeccionada."*

Respecto a los documentos ajenos al objeto de la inspección, se afirma en la Resolución impugnada:

*"En lo que respecta a los documentos profesionales ajenos al objeto de la inspección y los documentos personales de los empleados de la entidad, su carácter ajeno al objeto de investigación no significa que el mero acceso de los funcionarios de la CNC a los mismos suponga una vulneración de los derechos de defensa de la empresa inspeccionada. La Sentencia del Tribunal General de la UE de 14 de noviembre de 2012 en el asunto T-135/09 Nexans, subraya la posibilidad, o incluso obligación, de los funcionarios de competencia de comprobar, examinar o acceder a estos documentos ajenos al objeto de la inspección durante el transcurso de la misma: "No obstante, a pesar de lo anterior, cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, está obligada a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con los sectores indicados en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación". ( Sentencia del Tribunal General de la UE de 14 de noviembre de 2012 en el asunto T-135/09 Nexans, subrayado propio).*

*Como explica la reciente sentencia del TG de 6 de septiembre de 2013 (asuntos T-289/11 , T-290/11 y T-521/1, Deutsche Bahn AG y otros contra Comisión Europea), esta posibilidad de acceso e investigación exhaustiva de documentación empresarial por parte de los funcionarios de competencia durante una inspección domiciliaria no incide en los derechos de defensa de la empresa inspeccionada (traducción propia a partir del texto en francés de la sentencia al no estar disponible la versión española):*

*139 A este respecto, conviene subrayar en primer lugar que la Comisión puede registrar exhaustivamente el contenido de ciertos despachos o carpetas, aun cuando no haya ningún indicio claro de que en ellos se encuentre información relacionada con el objeto de la investigación, siempre y cuando existan elementos que así lo sugieran. En efecto, tal y como señala con acierto la Comisión, limitarse a entrar en los locales o a examinar las carpetas que tienen una clara relación con el objeto de la investigación podría impedir encontrar ciertos elementos de prueba importantes. Estos elementos de prueba podrían, por ejemplo, haber sido ocultados o nombrados de forma incorrecta.*

*140 Además, la relación con el objeto de la investigación no es necesariamente fácil de identificar en un primer momento y puede ser que sólo un examen minucioso permita identificarla. Tal y como señala la Comisión, sus agentes no siempre tienen un conocimiento técnico perfecto del conjunto de sectores afectados por la investigación y no siempre les resulta posible determinar inmediatamente la relevancia de un documento, de manera que deben llevar a cabo necesariamente una búsqueda relativamente amplia2.*

*En suma, la jurisprudencia examinada muestra que el mero acceso a la documentación ajena al objeto de la investigación no vulnera en ningún caso el derecho de defensa de la compañía inspeccionada ni esta tiene derecho a impedir durante la inspección que la autoridad de competencia realice una investigación exhaustiva y pueda acceder a estos documentos. En cuanto a los documentos protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, la problemática del acceso a los mismos se abordará en la sección b) de este Fundamento de Derecho.*



Reconocida por BP su presencia en la sala de filtrado y no desmentidos los debates de hecho producidos entre sus representantes y abogados externos y los inspectores sobre documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente o ajenos al objeto de la inspección, su alegación de indefensión no es asumible a la luz de la valoración del conjunto de la actuación inspectora llevada a cabo los días 22 y 23 de julio. Como ha afirmado la reciente sentencia del TG de 6 de septiembre de 2013 (asuntos T-289/11 , T-290/11 y T-521/1) "durante la inspección, la Comisión debe también conceder un breve plazo a la empresa para consultar a sus abogados antes de hacer copias, colocar precintos o solicitar explicaciones orales"<sup>3</sup> (traducción propia a partir del texto en francés de la sentencia al no estar disponible la versión española)."

Respecto al acceso de documentos abogado-cliente, se señala por la CNC:

"De nuevo este Consejo debe constatar que el Acta de Inspección permite acreditar que la actuación de los funcionarios de la DI durante la inspección se atuvo, respecto a los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, a los requisitos exigidos por la normativa y la jurisprudencia, sin que resulte posible acreditar la indefensión alegada por BP.

Ante todo el Acta de Inspección permite acreditar que la copia de documentación efectuada al inicio de la inspección no tuvo el carácter masivo e indiscriminado que le atribuye BP en su recurso. En primer lugar, según consta en diversos apartados del Acta (párrafos 86 y 87) la investigación se ejecutó exclusivamente en los despachos y ordenadores de personas concretas y determinadas, en una empresa que cuenta con una plantilla muy numerosa. En el caso de la documentación digital, la misma se realizó sobre los ordenadores de diez empleados de la empresa. 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."

Por otra parte, el Acta también refleja que la copia inicial realizada en dichos diez ordenadores tampoco puede considerarse indiscriminada. Tanto el personal como los representantes legales de BP estuvieron presentes durante el proceso inicial de copia a los equipos de la DI, pudiendo comprobar la información a la que éstos estaban accediendo. Todas las personas inspeccionadas, por tanto, a excepción de tres personas ausentes, estuvieron presentes durante las inspecciones efectuadas en sus despachos y en sus ordenadores, contando asimismo con la presencia de un abogado externo. En ese momento pudieron identificar aquella documentación protegida por la confidencialidad abogado-cliente, como se les anunció al inicio y durante la inspección (párrafos 18 y 34 del Acta) y en el momento en que se inspeccionó cada despacho u ordenador (párrafo 51). Consta igualmente en el Acta (párrafo 52) que, durante esta fase de inspección inicial, varias cuentas de correo web fueron sometidas a una somera comprobación por los inspectores, verificando que su contenido no se encontraba relacionado con el objeto de la investigación y descartando su copia.

Tal y como se indica en el párrafo 51 del Acta, los inspectores preguntaron a los titulares o empleados de la empresa por la existencia de documentos de carácter personal o relacionados con las comunicaciones abogado-cliente. En general, los inspeccionados señalaron que podía encontrarse información personal, pero manifestaron no poder identificarla. Únicamente Dña. [XXX] entre las diez personas inspeccionadas, realizó una identificación más concreta de este tipo de documentos vinculados a las relaciones abogado-cliente (párrafos 53, 63 y 64 del Acta) y consta expresamente en el Acta que dichos documentos no fueron exportados a los equipos de la DI durante la copia inicial (párrafo 56 del Acta).

Fuera de los casos señalados BP no invocó en ningún momento, respecto a documentos debidamente individualizados e identificados, la protección de la confidencialidad relacionada con el derecho de defensa. En la medida, pues, que el equipo inspector solicitó su colaboración a la hora de identificar los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente (y también los de carácter personal), BP no puede tratar de excusar su falta de comportamiento activo en una presunta copia inicial de documentación de carácter indiscriminado que no ha quedado acreditada ni por el número de personas investigadas, ni por la forma en que se ejecutó la inspección...

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) ha expresado claramente, basándose en la jurisprudencia comunitaria, cuáles son las razones de esta exigencia al inspeccionado: "[...] el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse [ sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited)] pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento





jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia" ( STS de 27 de abril de 2012 )."

Respecto a la inviolabilidad del domicilio se afirma:

*"La recurrente argumenta que la inspección llevada a cabo por la DI los días 22 y 23 de julio de 2013 es ilegítima en tanto que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de BP por entender que su consentimiento inicial se encuentra viciado al no sospechar que la DI copiaría indiscriminadamente toda la documentación de sus empleados y directivos procedente de sus equipos informáticos, y que no se le permitiría presenciar el posterior proceso de filtrado de la misma.*

*Respecto de la alegada vulneración del artículo 18.2 CE , por supuestos vicios del consentimiento prestado por BP, este Consejo considera que la empresa inspeccionada prestó un consentimiento de forma clara y explícita a la vista de la Orden de Investigación, no advirtiéndose ninguna clase de indefensión derivada del mismo. El Acta de la Inspección, en especial los párrafos 7 a 15 pone de manifiesto que, en el momento de comenzar la inspección, BP fue suficientemente informada del contenido de la inspección, de los poderes que la Ley otorga a los inspectores y de la forma en que ésta se llevaría a cabo. El relato temporal contenido en el Acta permite verificar que el consentimiento fue prestado por BP con pleno conocimiento por parte de sus responsables. Asimismo, tal consentimiento se prestó y la inspección se inició una vez presentes en la sede de BP ocho abogados externos acompañados de un técnico en informática.*

*Por otro lado, esta alegación de BP respecto a posibles vicios del consentimiento no se coherente con la declaración incluida en el Acta en sus párrafos 39 a 41. En ellos se detalla cómo la representación legal de BP, tras señalar la disposición total de la empresa para colaborar en el proceso de inspección, solicitó aclaraciones sobre el procedimiento de búsqueda y selección de documentación en formato electrónico, en conexión con las comunicaciones abogado-cliente, así como sobre la posibilidad de que los abogados externos estuvieran presentes en este proceso. Tras recibir las oportunas explicaciones del Jefe del equipo de inspección (párrafo 40) respecto a la posible permanencia de los representantes de BP en la sala de filtrado siempre y cuando ello no permitiera conocer las herramientas informáticas y de trabajo del equipo inspector, la representación legal de BP se limitó a señalar que el procedimiento expuesto no ofrecía suficiente garantía, planteando la posibilidad de realizar manifestaciones con posterioridad al Acta, pero sin oponer que el consentimiento prestado anteriormente estuviera viciado...*

*En su recurso BP señala que queda acreditado que la inspección ha excedido el objeto de la investigación indicado en la Orden de Investigación en tanto que la DI ha incoado a BP un expediente sancionador relativo a una conducta de carácter vertical, que no formaba parte del objeto de la mencionada Orden puesto que ésta se refería a acuerdos horizontales.*

*Este Consejo coincide con la manifestación expresada por BP en su escrito de alegaciones de 26 de septiembre de 2006 respecto a que no corresponde a este expediente de recurso ni al presente momento procesal determinar el alcance de las conductas investigadas, ni verificar si las mismas son de carácter vertical u horizontal, dado que los procedimientos administrativos relacionados con la inspección recurrida acaban de ser incoados.*

*Ante la alegación referida a la vulneración de la inviolabilidad del domicilio por considerar determinada documentación ajena al objeto de la inspección este Consejo debe manifestar que la Orden de Investigación señala que el objeto de la información reservada en el marco de la cual se sustancia la inspección domiciliaria es "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" añadiendo que "podrían estar llevándose a cabo intercambios de información, recomendaciones colectivas y/o conductas colusorias en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustible de automoción entre competidores y/o en el seno de las asociaciones a las que pertenecen". Todo ello dentro de la referencia a una posible infracción al artículo 1 de la LDC contenida en el párrafo inmediatamente anterior de la Orden.*

*La Orden explica igualmente que la información reservada iniciada por la DI deriva de distintos indicios e informes, entre los que se cita: a) sucesivos informes de la propia CNC que han puesto de manifiesto la falta de competencia en el sector de los combustibles de automoción en España, tras constatar un incremento significativo en el precio de los carburantes; b) repetidas denuncias y consultas ante la CNC sobre el alineamiento en los precios de venta al público de los combustibles de automoción a través de las estaciones de servicio de los distintos operadores petrolíferos; c) informes recientes de supervisión de la Comisión Nacional de Energía que aprecian un alineamiento general de los precios de venta al público de los carburantes; y d) la reciente Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0288/10 derivado de la denuncia presentada por la Confederación Española de Estaciones de Servicio (CEEES) contra la Asociación Española de Operadores de*

*Productos Petrolíferos (AOP) en la que se insta a la DI a continuar las diligencias de investigación en relación con la denuncia de concertación en materia de precios en determinados momentos puntuales.*

*En consecuencia, no hay indicio ni criterio hermenéutico alguno que permita concluir que el ámbito de la orden de investigación debiera quedar ceñido a las restricciones de carácter horizontal, por lo que el motivo de impugnación no puede ser acogido."*

**TERCERO** : 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."*

En la demanda se alega, en primer lugar 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 proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5 ; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3.a ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7 ; 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5 ; y 272/2006, de 25 de septiembre , FJ 2)."*

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."*

La sentencia del TC 7/1998 , señala:

*"Acerca de esta traslación, por otra parte condicionada a que se trate de garantías que "resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador" ( STC 197/1995 , fundamento jurídico 7º), existen*



frecuentes pronunciamientos en nuestra jurisprudencia. Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones "sin observar procedimiento alguno" ( STC 18/1981 , fundamento jurídico 3º), se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías derivadas del art. 24 C.E. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión ( SSTC 4/1982 , 125/1983 , 181/1990 , 93/1992 , 229/1993 , 293/1993 , 95/1995 , 143/1995 ); el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones ( SSTC 2/1987 , 128/1996 , 169/1996 ); el derecho a ser informado de la acusación ( SSTC 31/1986 , 29/1989 , 145/1993 , 297/1993 , 195/1995 , 120/1996 ), con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados ( SSTC 98/1989 , 145/1993 , 160/1994 ); el derecho a la presunción de inocencia ( SSTC 120/1994 , 154/1994 , 23/1995 , 97/1995 , 14/1997 , 45/1997 ), que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración ( STC 197/1995 , 45/1997 ), con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales ( STC 127/1996 ); el derecho a no declarar contra sí mismo ( STC 197/1995 , 45/1997 ); o el derecho a la utilización de los medios de pruebas adecuados a la defensa ( SSTC 74/1985 , 2/1987 , 123/1995 , 212/1995 , 297/1995 , 97/1995 , 120/1996 , 127/1996 , 83/1997 ), del que se deriva que vulnere el art. 24.2 C.E. la denegación inmotivada de medios de prueba ( STC 39/1997 )."

Pues bien, la alegada indefensión se centra, a juicio de la recurrente, en la extralimitación del ámbito de la Orden de investigación, desproporción en la copia indiscriminada de documentos, no utilización de palabras clave, falta de presencia de representantes de la recurrente en las operaciones de filtrado, imposibilidad de comprobar la eliminación de los servidores de la DI de la documentación no aportada.

1.- Respecto a la alegada extralimitación, tanto la CNC como el Sr. Abogado del Estado, insisten en que en ningún caso la Orden estableció el límite de la investigación en conductas horizontales. Ello es cierto, y nada excluye que la investigación se extendiese a comportamientos verticales.

2.- No podemos aceptar que existiese copia indiscriminada de documentos, pues se utilizaron herramientas informáticas y se inspeccionaron los ordenadores en presencia de quienes lo utilizaban y de los asesores de BP.

3.- La búsqueda de documentos relevantes, se realizó mediante herramientas informáticas, en presencia de los representantes de la entidad, no existe por ello indefensión, ya que el derecho de defensa no se encuentra vinculado a un determinado método de selección, como pueda ser la utilización de palabras clave.

4.- En cuanto a las operaciones de filtrado, los representantes de la entidad estuvieron presentes en la misma, si bien no se les permitió el conocimiento de las herramientas informáticas ni las conversaciones de los inspectores - para la salvaguarda de los medios inspectores -, pero ello no produce indefensión, en cuanto los representantes de la entidad conocieron los documentos copiados y los que se incorporaron a las actuaciones, pudiendo hacer las correspondientes alegaciones.

5.- En cuanto al conocimiento del contenido del servidor de la DI, no se relaciona con el derecho de defensa - con independencia de que pueda afectar a cuestiones de legalidad ordinaria -, pues los documentos con eficacia en el procedimiento fueron conocidos por los representantes de la interesada.

En relación a la violación de la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente, resulta acreditado, que las personas afectadas por la inspección, salvo tres ausentes, estuvieron presentes, pudiendo señalar los documentos protegidos por tal confidencialidad. Y es cierto, como señala la CNC, que es exigible un comportamiento diligente en el interesado para identificar tales documentos; y, en los casos en que así se hizo, los documentos no fueron aprehendidos.

En lo atinente a la violación del artículo 18.2 Constitución , el precepto dispone:

" 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito."

Se alega vicio en el consentimiento, pues la recurrente señala que no pudo imaginar al prestar el consentimiento, que se actuaría de la manera irregular que ha venido afirmando a lo largo de la demanda.

No existe vicio del consentimiento invalidante, pues 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. 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.

No es encontramos ante un procedimiento especial para la defensa de Derechos Fundamentales, por ello no podemos entrar a analizar cuestiones de legalidad ordinaria, y, hemos de concluir, que no se aprecian irregularidades con relevancia constitucional.



De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Procede imponer las costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

#### **FALLAMOS**

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **B.P. España S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2013**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, con imposición de costas a la parte recurrente.

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, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.