



RESOLUCIÓN

(Expte. R/0142/13, REPSOL)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 24 de julio de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D. María Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0142/13, REPSOL, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por REPSOL, S.A. (REPSOL) contra la actuación inspectora de la Dirección de Investigación de 27 y 28 de mayo de 2013, en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0474/13.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) en el expediente S/0288/10, A.E. Productos petrolíferos, instó a la Dirección de Investigación (DI) a continuar las diligencias de investigación en relación con la denuncia de concertación en materia de precios en determinados momentos puntuales.
2. 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.
3. 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.

4. 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.
5. Con fecha 7 de junio de 2013 se formuló por la representación de REPSOL, escrito de recurso contra la inspección realizada. El recurso fue remitido a la CNC por correo administrativo y tuvo entrada en el registro de la misma el 11 de junio de 2013.
6. 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 (en adelante RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. Con fecha 19 de junio de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe la DI considera que procede desestimar el recurso.
8. Con fecha 27 junio de 2013 se admitió a trámite el recurso de REPSOL, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. El día 1 de julio la representación de REPSOL tuvo acceso al expediente.
10. La recurrente presentó alegaciones adicionales a su escrito de recurso con fecha 16 de julio, que tuvieron entrada en la CNC el 18 de julio.
11. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 24 julio de 2013.
12. Es interesado en este expediente de recurso REPSOL, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra la inspección llevada a cabo los días 27 y 28 de mayo de 2013, en ejecución de la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013, por la que se disponía la inspección de REPSOL.S.A. En sus alegaciones de 16 de julio de 2013, la representación procesal de REPSOL declara que su recurso *“contiene una única alegación en relación con la vulneración de su derecho de defensa durante la inspección”*.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En su recurso, el recurrente solicita del Consejo de la CNC que dicte resolución por la que se anule la inspección y se acuerde la devolución íntegra de la documentación incautada a REPSOL.

REPSOL motiva su recurso de 7 de junio, y las posteriores alegaciones complementarias de 16 de julio de 2013 en las siguientes causas:

- 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 una vulneración del artículo 18.2 de la Constitución, relativo a la inviolabilidad del domicilio, pues el consentimiento prestado por REPSOL al inicio de la inspección quedó viciado cuando la DI ejecutó la misma en condiciones distintas de las inicialmente anunciadas y que REPSOL no hubiera consentido. Asimismo la recurrente considera como una actuación irregular de la DI el que no aclarara a los representantes de REPSOL si disponía de autorización judicial para el acceso a las dependencias de la misma.
- c) 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.
- d) 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.
- e) Finalmente, siempre en opinión de REPSOL, la DI habría realizado una ilícita “*inspección exploratoria*”.

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.

En concreto, la DI niega que se haya impedido a REPSOL ejercer sus derechos de defensa durante la inspección. La DI recalca que tanto el personal de REPSOL como sus abogados externos, estuvieron presentes durante la revisión de equipos y despachos, recibieron explicaciones detalladas sobre el desarrollo de la inspección y se les permitió igualmente permanecer en la sala de trabajo donde se procedía al filtrado de la información, a condición de no conocer las herramientas informáticas del equipo inspector y ni imposibilitar las conversaciones privadas entre los

miembros del equipo. La decisión de abandonar la sala de filtrado y análisis fue una decisión voluntaria de los abogados externos tras conocer estas indicaciones.

Precisa asimismo la DI en su informe de 19 de junio que, con excepción de uno de los empleados de REPSOL cuyo ordenador fue inspeccionado, REPSOL no invocó respecto de documentos clara y debidamente individualizados e identificados la protección de la confidencialidad abogado-cliente. Tal y como se recoge en el párrafo 73 del Acta, a todos los inspeccionados (incluidos los ausentes que fueron consultados telefónicamente) se les pidió que identificaran aquellos documentos relacionados con la intimidad o protegidos por la confidencialidad abogado-cliente. El párrafo 74 del Acta recoge que *“todos los documentos personales y los confidenciales (abogado-cliente y relativos a secretos empresariales) identificados por los investigados y aquellos que ha sido identificados por los propios inspectores no han sido seleccionados en la selección inicial de documentos ni en el filtrado posterior de los mismos”*.

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.

Con fecha 7 de junio de 2013, la Asociación Española de Productos Petrolíferos (AOP) ha interpuesto un recurso contra la inspección desarrollada por la CNC en su sede los días 27 y 28 de mayo, al amparo de la Orden de Investigación dictada por la Dirección de Investigación el día 23 de mayo de 2013. El recurso de AOP se fundamenta en una argumentación jurídica muy similar a la expuesta por REPSOL en el presente recurso y ha sido resuelto en esta misma fecha (expediente R/0141/13, AOP).

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.-

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por REPSOL supone verificar si los actos de inspección recurridos han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

Si bien la recurrente identifica expresamente la presunta indefensión sufrida como causa de perjuicio irreparable, unificando los dos motivos de impugnación de los actos de la DI previstos en el artículo 47 de la LDC (*“el Recurso de REPSOL contiene una única alegación en relación con la vulneración de su derecho de defensa durante la Inspección”*), a efectos de realizar un análisis completo de sus alegaciones resulta pertinente estudiar la alegación relativa a la violación del secreto de las comunicaciones abogado-cliente y la imposibilidad de ejercer sus derechos de defensa durante la inspección desde la perspectiva de la indefensión, y examinar el resto de alegaciones relativas a vulneración de otros derechos constitucionales –

fundamentalmente el derecho a la inviolabilidad del domicilio– como posible causa de perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la inspeccionada.

Con carácter previo a este examen de la posible existencia de indefensión o perjuicio irreparable en la inspección desarrollada los días 27 y 28 de mayo de 2013 en la sede de REPSOL, este Consejo considera necesario realizar algunas precisiones sobre ciertos planteamientos del recurrente cuya asunción impediría un análisis riguroso de los problemas jurídicos discutidos.

- En primer lugar, tanto en su escrito de recurso de 7 de junio de 2013, como en sus posteriores alegaciones de 16 de julio, la recurrente argumenta de forma indiferenciada y conjunta sobre las repercusiones jurídicas derivadas del acceso presuntamente ilegítimo del equipo inspector sobre distintas clases de documentos, ya sean estos documentos profesionales de REPSOL (pero ajenos al objeto de la inspección), documentos personales de los empleados de la empresa, o documentos profesionales afectados por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente. Tal tratamiento jurídico indiferenciado tiene como manifestación extrema la repetida cita por REPSOL de la sentencia del Tribunal General de la UE de 17 de septiembre de 2007 (asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03) para indicar que dicho pronunciamiento judicial apoya el *“derecho a verificar que la DI no accede a esos tres tipos de documentos durante la inspección”*.

Una simple lectura de la mencionada sentencia (y de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia sobre el mismo caso de 14 de septiembre de 2010; asunto C-550/07 Akzo Nobel Chemical Ltd/Comisión) permite comprobar que la misma se limita a enjuiciar la actuación inspectora de los servicios de la Comisión Europea respecto a los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente, pero en modo alguno extiende sus razonamientos a los otros dos tipos de documentos repetidamente citados por REPSOL (personales y ajenos al objeto de la inspección).

Tal tratamiento conjunto e indiferenciado de los tres tipos de documentos no resulta adecuado, ya que no permite distinguir los derechos y bienes jurídicos afectados en cada uno de los casos y el régimen jurídico aplicable a los mismos. Los documentos amparados por la confidencialidad abogado-cliente son documentos que se encuentran dentro del objeto de la investigación domiciliaria pero que quedan fuera del alcance del equipo inspector por su relación con el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el simple acceso a estos documentos “de defensa” podría tener las repercusiones previstas en la jurisprudencia comunitaria que REPSOL cita en extenso. En contrapartida a esta especial protección, tanto la jurisprudencia nacional como comunitaria exigen al inspeccionado un comportamiento activo para alegar la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, no resultando aceptables las meras alegaciones genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados (STS de 27 de abril de 2012).

Por el contrario, los documentos profesionales ajenos al objeto de la inspección y los documentos personales de los empleados de la empresa inspeccionada se encuentran desde el principio fuera del objeto de la investigación. Por tanto su exclusión de los documentos que pueden ser objeto de copia no se deriva de su relación con el derecho de defensa protegido por el artículo 24 de la Constitución sino por otros derechos constitucionales, igualmente susceptibles de protección, pero de contenido manifiestamente diferente al anterior como son el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) o el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la CE).

En suma, la argumentación indiferenciada y conjunta de REPSOL sobre el régimen jurídico aplicable a los tres tipos de documentos presuntamente afectados, además de confusa, resulta inexacta e inadecuada para el examen de los posibles derechos afectados.

- En segundo lugar, el escrito de alegaciones de REPSOL de 16 de julio de 2013 cita, de nuevo de forma indiferenciada, *“documentos protegidos por el secreto profesional o el privilegio de las comunicaciones abogado-cliente (ello vulneraría el derecho de defensa de REPSOL)”*, como objeto de presunto acceso ilegítimo por parte del equipo inspector. Como este Consejo ya ha recordado en anteriores resoluciones sobre inspecciones domiciliarias, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al secreto profesional solamente es *“invocable por el Abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no por el demandante sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que le es ajeno”* [SSTC 141/1985, 11/1992 y 183/1994]. Igualmente el art. 437.2 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial regula el secreto profesional como un derecho-deber del abogado no de su cliente (*“Los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”*), precisión que igualmente recogen los artículos 32 y 42 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

A la vista de la citada regulación legal y dado que el recurso es interpuesto en nombre y representación de REPSOL y no de sus abogados –sobre los que, por otra parte, no se desarrolló ninguna actuación inspectora– en la presente resolución únicamente se analizará la posible vulneración de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, a los efectos del derecho constitucional de defensa de la inspeccionada amparado en el art. 24 de la Constitución, ya que el secreto profesional de los abogados de REPSOL no se ha visto afectado.

- En tercer lugar, en relación con las alegaciones formuladas por la representación de REPSOL, tanto en el recurso de 7 de junio como en las alegaciones complementarias de 16 de julio, respecto a la incautación de documentos, debe precisarse que los documentos a los que se refiere la recurrente no fueron “incautados”, como se indica repetidamente en su escrito de recurso y en las

alegaciones complementarias, sino meramente copiados en virtud de las previsiones del artículo 40.2.c LDC, permaneciendo todo documento original –ya fuera físico o electrónico- en poder y bajo el completo control de la empresa. Este control permanente sobre el documento original permite que la entidad 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 a los funcionarios encargados de la investigación.

- Finalmente, de nuevo tanto en su escrito de recurso como en sus alegaciones complementarias de 16 de julio de 2013, REPSOL contrapone repetidamente los hechos consignados en el Acta de Inspección con los recogidos en las manifestaciones complementarias suscritas por la empresa que se adjuntaron a dicha Acta. A este respecto debe recordarse que el Acta de Inspección, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuenta con valor probatorio, al estar firmada por dos funcionarios autorizados. Adicionalmente este Consejo no puede dejar de señalar que el relato incluido por REPSOL en dichas manifestaciones complementarias, unido a las explicaciones adicionales contenidas en su escrito de recurso y en sus alegaciones de 16 de julio de 2013, completan un relato fáctico confuso, contradictorio y falto de coherencia que impide su consideración como resumen veraz de los hechos acaecidos.

TERCERO.- Sobre la ausencia de indefensión.

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.

Debemos remitirnos con carácter previo a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 5 de marzo de 2012 (Expediente R/0094/11, TRANSCALIT), 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 de la Constitución Española 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).

I.- Sobre el abandono de la sala de filtrado por los representantes legales de REPSOL

Las alegaciones de la recurrente que en el Fundamento de Derecho previo hemos reseñado bajo las **letras a) y c)** se sustentan en la afirmación de que no se permitió la presencia de representantes de la empresa o abogados de la misma durante el proceso de filtrado de la documentación de la empresa llevado a cabo en el marco de la inspección domiciliaria realizada los días 27 y 28. No obstante, este Consejo constata 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 [...]"*.

A la vista de lo señalado, este Consejo considera que la alegación de REPSOL de que se impidió a sus abogados o representantes estar presentes durante la revisión documental, lo que a su vez generó que REPSOL no pudiera identificar a los inspectores documentos privados, documentos ajenos a la inspección y documentos protegidos por el privilegio abogado-cliente, no resulta ajustada a los hechos acaecidos y contradice las propias manifestaciones expresadas por REPSOL en sus escritos de recurso. En primer lugar tal interpretación supone, por un lado, desconocer 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. En segundo término vincula incorrectamente la advertencia de los inspectores de que la presencia de representantes de REPSOL debía articularse de forma 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. Este Consejo no aprecia que exista una relación de causa efecto justificable 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”*. 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.

El interés público implícito a que se preserve la eficacia de las herramientas informáticas y método de trabajo empleados en las inspecciones debe conjugarse con el interés de las inspeccionadas a realizar un seguimiento razonable del desarrollo de la inspección que se realiza en su sede.

Este Consejo, por tanto, no considera admisible la argumentación que realiza REPSOL en sus alegaciones de 16 de julio de 2013, respecto a que *“ese comportamiento activo requerido por la jurisprudencia para hacer valer los derechos de defensa no pudo producirse durante la Inspección porque la DI lo impidió sorpresivamente”*. Al contrario de lo que sostiene REPSOL, este Consejo estima que el abandono por los abogados de REPSOL de la sala donde se realizaba el sucesivo filtrado de la información en formato electrónico se debió exclusivamente a un acto voluntario de la inspeccionada, del que no cabe responsabilizar a los inspectores y por extensión a la DI.

Como ha afirmado repetidamente el Tribunal Supremo (por todas, STS 1217/1999, 20 de julio y 486/2008, de 11 de julio) asumiendo doctrina constitucional *“no puede*

alegarse indefensión cuando ésta tiene su origen no en la decisión judicial sino en causas imputables a quien dice haber sufrido indefensión, por su inactividad, desinterés, impericia o negligencia (SSTC 73/1985, 198/1987, 114/1988, 43/1989, y 52/199, entre otras)". Por tanto, no resulta admisible que REPSOL alegue la existencia de indefensión, cuando la no presencia de sus abogados durante el proceso de filtrado no tiene origen en una decisión de la DI sino de la propia REPSOL, como ésta reconoce expresamente al admitir 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"* y que la decisión de abandonar la sala fue completamente voluntaria.

El art. 26.1 del Estatuto General de la Abogacía española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, dispone que *"los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente"*. Sin embargo la jurisprudencia ha señalado que al abogado corresponde un particular deber de diligencia (STS, Sala de lo Civil, de 4 febrero 1992), cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto. Así, en el ámbito penal la Sala Segunda del TS ha reconocido repetidamente que el abogado que pretende abandonar la defensa por discrepancias con el Tribunal actúa incorrectamente y debe ser objeto de las medidas disciplinarias oportunas: así la STS 1989/2000, de 3 mayo declara que *"un Letrado que durante el Juicio Oral abandona la defensa del acusado por discrepancias con el Tribunal actúa incorrectamente, por cuanto es en los recursos donde debe canalizar sus opiniones distintas y no a través del abandono del acusado cuya defensa ha asumido, algo que sólo se justifica por otras razones que no son desde luego el que el Tribunal decida en sentido distinto del postulado por el Letrado"*. Por su parte la STS 2009, de 23 de julio, haciéndose eco de la anterior añade *"es claro que una indebida actuación por parte del Presidente del Tribunal encuentra en la ley suficientes vías de impugnación de la sentencia. Por lo tanto, la renuncia del letrado al tiempo en que se celebra el juicio oral por razones como las alegadas, no es la solución adecuada. Esta Sala ya había advertido (STS nº 1989/2000, ya citada) que el letrado que pretende abandonar la defensa por discrepancias con el Tribunal actúa incorrectamente"*.

De la desproporción en la reacción de los abogados de REPSOL a las indicaciones de los inspectores sobre las condiciones de la presencia de aquellos en la sala de filtrado y análisis y del relato de los hechos contenido en el Acta, así como de lo alegado en el recurso, cabe incluso deducir una suerte de estrategia deliberada por parte de la ahora recurrente, durante la inspección, de actuar de tal manera que pudiera luego ser utilizada como fundamento de una alegación de indefensión, al objeto de inhabilitar para ser utilizados como pruebas en un eventual procedimiento consecutivo a esta información reservada, las informaciones y documentación recabados en la inspección. Tal forma de preconstituir el motivo de invalidez o la eventual lesión de derecho fundamental por parte del propio sujeto o titular del

derecho (o por parte de sus representantes o abogados), de ser ese el caso, no podría en modo alguno ser admitida.

Reconocida por REPSOL su retirada voluntaria de la sala de filtrado, su alegación de indefensión tampoco es asumible a la luz de la valoración del conjunto de la actuación inspectora llevada a cabo los días 27 y 28 de mayo. No cabe duda que el derecho de defensa de los inspeccionados debe verse como una dimensión continuada a lo largo del desarrollo de la inspección, en las sucesivas fases de las que se compone ésta, no como un elemento puntual que pueda analizarse aisladamente sólo respecto cualquier momento de la inspección.

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).

II.- 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.

En la alegación que hemos reproducido bajo la **letra d)** en el Fundamento de Derecho Primero, la recurrente argumenta que en la inspección se habría producido la incautación de documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, así como documentación privada y documentación ajena al objeto de la investigación. Como se ha advertido, al objeto de valorar una posible indefensión por acceso a documentación, los únicos documentos que pueden causarla son los directamente relacionados con el derecho de defensa, es decir, los amparados por la confidencialidad abogado-cliente. El mero acceso a documentos privados o no relacionados con el objeto de la inspección, al contrario de lo que sostiene REPSOL, no puede relacionarse con la vulneración del derecho de defensa protegido por el art. 24 de la CE, ya que son documentos que no afectan en ningún caso al ejercicio de dicho derecho constitucional. Por todo ello, el mero acceso de los inspectores a documentos privados o ajenos al objeto de la inspección durante el proceso de filtrado de la documentación debe ser examinado al analizar la posible vulneración de otros derechos constitucionales.

Entrando en el fondo de la alegación de REPSOL, hay que recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, recae sobre la empresa inspeccionada la carga de señalar, de una forma mínimamente diligente, los documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente, documentos clara y debidamente individualizados e identificados. A la inspeccionada le corresponde la responsabilidad de actuar con

diligencia a la hora de seleccionar, detectar y advertir al equipo inspector sobre la existencia y localización de ese tipo de información durante la inspección. No obstante, salvo la identificación de los despachos de abogados y abogados con los que habitualmente trabaja REPSOL, a través de la elaboración de un listado al efecto (párrafos 51 y 61 del Acta), sólo uno de los inspeccionados identificó durante la inspección documentos vinculados a las relaciones abogado-cliente (párrafo 73 del Acta). Los documentos confidenciales abogado-cliente identificados por uno de los empleados de REPSOL cuyo ordenador fue inspeccionado, así como los identificados por los propios inspectores no fueron seleccionados en la selección inicial de documentos ni, evidentemente, en el filtrado posterior de los mismos (párrafo 74 del Acta de Inspección). Fuera de este caso concreto REPSOL no invocó en ningún momento, respecto a documentos debidamente individualizados e identificados, la protección de la confidencialidad relacionada con el derecho de defensa.

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).

Como ya ha expresado este Consejo en otras ocasiones (por todas, vid. Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008; Expte. R/0005/08, L'ORÉAL) la ausencia de esta carga de diligencia en el comportamiento del inspeccionado tendría consecuencias perjudiciales tanto para la efectiva protección del derecho de defensa, como para la eficacia de la persecución de las conductas restrictivas de la libre competencia en el mercado: “*Por tanto, la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido y por los que el simple acceso al mismo para su análisis somero causaría indefensión al afectado. Sostener lo contrario, es decir, que el simple acceso a un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del derecho de defensa, sin exigir ninguna obligación a la empresa afectada, además de contradecir la jurisprudencia europea alegada llevaría al absurdo de hacer más favorable a la empresa el silencio que la diligencia, ya que permitir a la CNC acceder a tales documentos, sin advertirle de su carácter confidencial, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección*”. La

jurisprudencia comunitaria en materia de confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes en procedimientos sancionadores por infracciones del Derecho de la Competencia (por todas, Sentencias del TJCE, de 18 de mayo de 1982, en el asunto 155179, AM&S y de 14 de septiembre de 2010 AKZO NOBEL) ha venido estableciendo una doctrina en la materia que necesariamente pasa por la identificación y el análisis individualizado de los documentos cuya confidencialidad se pretende. En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 (asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd) profusamente citada por el recurrente, se indica expresamente que *“el mero hecho de que una empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir a la Comisión acceder a dicho documento si, al margen de ello, la empresa no aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Entre otras cosas, la empresa inspeccionada podrá indicar a la Comisión quiénes son el autor y el destinatario del documento de que se trate, explicar las respectivas funciones y responsabilidades de cada uno de ellos y hacer referencia a la finalidad del documento y al contexto en el que se redactó. Del mismo modo, la empresa puede mencionar el contexto en el que se descubrió el documento y la manera en la que fue clasificado, así como remitirse a otros documentos con los que tenga relación”*.

En su sentencia de 7 de febrero de 2010 la AN *“comparte las apreciaciones de la Comisión Nacional de la Competencia cuando manifiesta que la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente ante la Dirección de Investigación los motivos por los que un determinado documento se encuentre protegido. Lo contrario llevaría a la absurda conclusión de que el silencio de la entidad inspeccionada, sin advertir del carácter confidencial de ciertos documentos, podría servir para lograr la anulación de toda la inspección”*.

Las cautelas establecidas para que la información recabada sea únicamente la vinculada al objeto de la inspección, y para garantizar la indemnidad del derecho de defensa del inspeccionado se extienden más allá de la inspección domiciliaria. Como es práctica habitual, y como se precisó a la empresa afectada durante la inspección, toda la documentación recabada en el curso de la inspección ha sido declarada cautelarmente confidencial. La DI además anticipó a la inspeccionada que devolverá toda la información contenida en las comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa, aunque ésta no la hubiera identificado al efecto previamente durante la inspección (párrafos 25, 29 y 30 del Acta de Inspección). Dado que REPSOL recibe al final de la inspección una copia de los documentos en soporte papel obtenidos por el equipo inspector, así como un soporte digital con la copia de los archivos informáticos finalmente recabados (párrafos 78 y 79 del Acta de Inspección), la inspeccionada está en disposición, en cualquier momento, o bien en los diez días posteriores a recibir la notificación correspondiente de la DI con la indicación de los documentos que quedarían incorporados al expediente, para, en su caso, y conforme lo previsto en el art. 42

LDC, presentar escrito relacionando de forma motivada e individualizada qué documentos considera confidenciales y aportando la versión censurada de los mismos.

La recurrente, por tanto, durante la inspección tuvo en todo momento la oportunidad de identificar los documentos que pudieran gozar de la protección de confidencialidad abogado-cliente, ya que tenía pleno acceso a la documentación almacenada en soporte físico y digital en sus instalaciones y el máximo conocimiento de dicha documentación para identificarla con prontitud y mayor rapidez que los inspectores. Si durante los dos días en los que transcurrió la inspección no atendió a este mínimo deber de diligencia profesional no puede pretender extender la culpa hacia el equipo inspector de la CNC.

Este Consejo considera, por tanto, que no corresponde en esta fase valorar las alegaciones genéricas de REPSOL en relación a que se han recogido documentos privados, ajenos al objeto de la investigación y protegidos por el privilegio abogado-cliente. Esas alegaciones habrán de valorarse, si llega a ser el caso, en el marco de un eventual posterior recurso que pudiera interponer REPSOL en el supuesto de mantener tal posición a la vista de los documentos recabados y que la DI considere que deben ser incorporados al expediente. Sólo ante la invocación de confidencialidad abogado-cliente de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados puede realizarse ese análisis.

Por el contrario, en esta fase sí cabe examinar, la invocación de la confidencialidad abogado-cliente de determinados documentos clara y debidamente individualizados por REPSOL en su recurso pero que no fueron identificados con la misma diligencia durante la inspección celebrada los días 27 y 28 de mayo.

Según manifiesta REPSOL en su escrito de alegaciones de 16 de julio, durante la inspección recurrida fueron copiados documentos y correos relativos a la defensa jurídica de REPSOL en el expediente incoado por la CNE, relativo al denominado efecto Lunes -Ref. 34/2012/Efecto Lunes -, en la que habrían participado abogados externos. Para REPSOL se trata de un hecho de enorme gravedad ya que revela que la DI ejerció *“sus facultades de inspección de forma ilegítima buscando acceder a la defensa jurídica de REPSOL respecto de una conducta que la propia DI cita como motivo para llevar a cabo la inspección”*.

Argumenta REPSOL a continuación que la CNE elaboró su *“Informe sobre el efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes”* de 7 de marzo de 2013 y lo transmitió de forma confidencial a la CNC *“con el objeto, nos parece claro, de que la CNC utilice una facultad de investigación como el de la inspección domiciliaria con el objetivo de acceder a la defensa de REPSOL respecto a este informe y potencial expediente ante la CNC. Y ello se lleva a cabo asegurándose de que REPSOL no pueda impedirlo mediante la decisión adoptada por la Directora de Investigación. Esta situación es de enorme gravedad y se hubiera impedido, obviamente, si REPSOL hubiera podido ejercer su derecho de defensa durante la inspección”*.

En el escrito de 7 de junio de 2013 dirigido a la DI, en el que solicita la inmediata devolución de determinada documentación (anexado a su recurso como documento 5), REPSOL reitera estos argumentos y añade que la DI empleó ilegalmente *“una facultad de investigación que debe ser aplicada con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales (como el de inviolabilidad de domicilio y de defensa) con el objeto de acceder y conocer, en todo su detalle, los argumentos de defensa de REPSOL”* y manifiesta que *“se reserva todas las acciones de cualquier naturaleza a las que tiene derecho por el comportamiento de la DI en este asunto”*.

A la vista de esta concreta alegación de REPSOL este Consejo debe subrayar una nueva contradicción en el planteamiento de su recurso. Este se fundamenta esencialmente en la presunta indefensión generada por el abandono de los abogados de REPSOL de la sala donde se realizaban las tareas de filtrado de la información en soporte electrónico, vinculando tal ausencia a la imposibilidad de identificar en ese momento los documentos amparados en su opinión por la confidencialidad abogado-cliente, cuyo mero acceso por el equipo inspector podría generar indefensión. Sin embargo en su solicitud de 7 de junio de 2013 dirigida a la DI, REPSOL incluye un documento en formato papel de dos páginas (folios 16 a 18) hallado en el despacho de D. XXX que contiene una nota de D. XX con un resumen de argumentos utilizados por REPSOL en su defensa jurídica. Si tal es el caso, este Consejo considera que resulta imposible relacionar el abandono voluntario de REPSOL de la sala de filtrado de documentos electrónicos con la imposibilidad de comunicar a los inspectores, en el momento de la copia o durante los dos días que duró la inspección, que dicho documento, de escasamente dos folios, quedaba protegido por la confidencialidad abogado-cliente. Teniendo en cuenta que la investigación en el despacho del Sr. XX se inició a las 10.50 del día 27 de mayo (párrafo 40 del Acta de Inspección) y que el Sr. XX, autor del mencionado documento según alega REPSOL, se incorporó a las actuaciones de inspección desde las 9:52 del mismo día (párrafo 11 del Acta de Inspección), en la identificación de dicho documento en papel, por tanto, no interfirió la presencia o ausencia de abogados de REPSOL en el momento de selección y filtrado sucesivo de la información en soporte electrónico, sino una decisión de los abogados de REPSOL, ya fuera ésta voluntaria o motivada por simple inactividad, desinterés, impericia o negligencia durante los dos días que duró la inspección.

En sus alegaciones de 16 de julio de 2013, REPSOL reconoce que, como consta en diversos apartados del Acta de Inspección, varios de los inspeccionados fueron capaces de identificar algunos documentos para los que solicitaban protección por tratarse de comunicaciones abogado-cliente (además de otros personales o no relacionados con la inspección). Tomando en consideración la extrema importancia y gravedad que REPSOL otorga en su recurso al posible acceso por la DI al documento impreso y al resto de la documentación electrónica relacionada con su defensa en el marco del expediente informativo incoado por la CNE en relación con el denominado “efecto lunes”, este Consejo no considera posible que durante los dos días que duró la inspección domiciliaria los abogados internos de REPSOL que habían participado en la elaboración de dicha documentación (Sres. XX, XX y XX,

todos ellos presentes en la inspección desde primera hora de la mañana del día 27 de mayo) así como los abogados externos del despacho al que se le había encargado la defensa del expediente (también presentes en la inspección desde las 10.40 de la mañana del mismo día) fueran incapaces de identificar individualmente el impreso y los documentos electrónicos citados y comunicar su existencia y localización a los inspectores a fin de que éstos pudieran excluirlas de la copia definitiva tal y como se procedió con otros documentos (párrafo 74 del Acta). Teniendo pleno acceso a la documentación almacenada en soporte físico y digital en sus instalaciones y el máximo conocimiento sobre la misma, la decisión de no atender este mínimo deber de diligencia profesional para identificar una documentación a la que se otorgaba tan extrema importancia para su derecho de defensa y sobre la que habían trabajado directamente los abogados presentes no puede dejar de imputarse directamente a REPSOL ya fuera una opción deliberada o adoptada por simple negligencia o impericia, sin que su presencia o ausencia en la sala de filtrado influyera en nada en la misma.

El resto de los documentos -ya fueran de naturaleza informática o en formato impreso- incluidos en la petición de devolución de REPSOL de 7 de junio de 2013, son documentos que la empresa considera ajenos al objeto de la inspección o pertenecientes a la esfera privada de sus empleados. Como se ha advertido repetidamente, el acceso a tales documentos no constituiría en ningún caso vulneración del derecho de defensa de la empresa al ser documentos sin ninguna relación con el ejercicio de este derecho constitucional.

CUARTO.- Sobre la ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En su recurso REPSOL alega, además del derecho de defensa del art. 24 de la CE examinado anteriormente, la existencia de tres posibles vulneraciones del artículo 18.2 de la Constitución, relativo a la inviolabilidad del domicilio, a través de tres hechos diferenciados:

- vicios en el consentimiento prestado por REPSOL al inicio de la inspección al ejecutarse la misma en condiciones distintas de las inicialmente anunciadas que REPSOL no hubiera consentido, a lo que se une la falta de aclaración respecto de la existencia o no de autorización judicial para el acceso a las dependencias de la misma.
- incautación de documentación ajena al objeto de la investigación, así como de documentación privada.
- Ejecución por la DI de una *inspección exploratoria*, de carácter ilícito.

Asimismo, aunque sin mención específica al respecto en el recurso, la aprensión de documentación privada podría suponer la vulneración del derecho a la intimidad personal de las personas afectadas, protegido por el artículo 18.1 de la CE. Con carácter general, no obstante, este Consejo debe reiterar que no corresponde a la recurrente, sino en su caso a las personas afectadas, la reclamación relativa a la vulneración del derecho a la intimidad respecto de documentos de naturaleza privada, por lo que dicha posible aprensión se analizará única y conjuntamente en relación a la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por recabar documentación ajena al objeto de la inspección. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 1997, confirmada por STS 29 de octubre de 2001, establece que una persona jurídica carece de legitimación activa para instar la protección jurisdiccional del derecho fundamental a la intimidad de sus miembros o asociados, derecho de carácter personalísimo. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de abril de 2003. Así se desprende también de la regulación contenida en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, cuando afirma que se trata de un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Este derecho fundamental sólo se puede hacer valer por el titular del mismo.

Así lo ha confirmado igualmente el Tribunal Supremo respecto de las inspecciones de competencia en su sentencia de 9 de julio de 2012, “[...], como sociedad, no tiene derecho a la intimidad personal y familiar. A este respecto, nos remitimos a nuestra sentencia de 27 de diciembre de 2010 (casación 1783/2009). Sí son titulares de ese derecho fundamental sus empleados pero no consta que hayan reaccionado por considerarlo lesionado”.

I.- Vicios en el consentimiento

Respecto de la alegada posible vulneración del art. 18.2 CE, por supuestos vicios del consentimiento prestado por REPSOL, y que se reseña bajo la **letra b)** al resumir los argumentos de la recurrente en el Fundamento de Derecho anterior, este Consejo coincide con la aclaración formulada por la DI en su informe de 19 de junio de 2013 en el sentido de 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 a la vista de la Orden de Inspección, no advirtiéndose ninguna clase de indefensión que pueda derivarse de la falta de conocimiento sobre la existencia de un Orden Judicial que sólo hubiera sido exhibida en el caso, que no se presentó, de falta de consentimiento de los inspeccionados a la inspección domiciliaria.

El Acta de la Inspección, en especial los párrafos 10 y 12, pone de manifiesto que, en el momento de comenzar la inspección, la empresa fue suficientemente informada del contenido de la inspección, de los poderes que la Ley otorga a los inspectores y de la forma que ésta se llevaría a cabo. El relato temporal contenido en el Acta permite verificar que el consentimiento fue prestado por REPSOL con

pleno conocimiento por parte de sus responsables. Asimismo, tal consentimiento se prestó y la inspección se inició una vez presente en la sede de REPSOL su abogado interno, y mientras que la inspección materialmente da comienzo a las 10:17 horas, los tres abogados externos se personan en un lapso de tiempo muy breve, poco después (a las 10:40 horas), antes de que se hubiera podido iniciar la investigación de los ordenadores seleccionados para la inspección (vid, párrafos 11, 36 y 37 del Acta).

En su escrito de alegaciones adicionales de 16 de julio de 2013, REPSOL explica con mayor detalle las razones por las que considera que la falta de información por parte del equipo inspector acerca de la existencia o no de autorización judicial de acceso a la sede de REPSOL supone una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La empresa expone que las posibilidades de actuación de REPSOL son distintas si conoce la existencia o la inexistencia de auto judicial. Sostiene REPSOL que en el primer caso (inexistencia de autorización judicial) podría negar el acceso a su sede, con independencia de las consecuencias que tal negativa tenga, y evitar la realización de la inspección, mientras que en el segundo caso, existiendo auto judicial, su falta de consentimiento no evitaría en ningún caso el acceso a sus locales. Siendo ello así, REPSOL considera que la no revelación por parte del equipo inspector sobre la existencia o no de tal orden judicial *“vicia el proceso decisorio de cualquier inspeccionado a la hora de decidir si consentir o no la inspección”*, es decir si acceder voluntariamente a la misma u obstruirla. Según la recurrente, *“aun cuando la negativa fuera sancionable, REPSOL estaría en su derecho de asumir ese riesgo”*.

Este Consejo debe manifestar su absoluto rechazo a tal argumentación que pretende defender, no el derecho a la inviolabilidad del domicilio, protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, sino un presunto derecho de REPSOL a la obstrucción de la inspección. El artículo 18.2 de la Constitución garantiza que no pueda realizarse ninguna entrada en el domicilio sin consentimiento del titular o autorización judicial, siendo este el derecho que se garantiza a REPSOL y que en ningún momento se ha vulnerado. Por ello, la autorización judicial tiene como finalidad permitir la inspección en los supuestos en los que los inspeccionados no consientan voluntariamente el acceso del equipo inspector. El equipo inspector hará uso de tal orden judicial en los casos en los que reciba una negativa a la inspección. No corresponde en absoluto a los inspectores contribuir con la información sobre si existe o no autorización judicial al cálculo interesado de los inspeccionados sobre los riesgos de negarse a una inspección por comparación con las posibilidades de que tal inspección se lleve efectivamente a cabo. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Auto nº 126/1990, de 26 marzo de 1990, *“La autorización puede ser solicitada con carácter previo, sin perjuicio de que, naturalmente, su efectividad sólo se pondrá de manifiesto ante la negativa del titular o ante la imposibilidad de conseguir su consentimiento”*, añadiendo también que *“la finalidad de la previsión del requerimiento no es tanto la de subordinar la expedición de la autorización judicial a la manifestación de la prohibición del titular del domicilio, como la de no tener por permitida la entrada domiciliaria sin que sea realmente consentida por su*

titular, a menos que, cualquiera que sea la actitud de éste, medie autorización judicial”.

Asimismo, se reiteran aquí las consideraciones expuestas anteriormente en relación a que la inspección se desarrolló conforme a las condiciones extensa y detalladamente expuestas por el equipo inspector en el momento de requerir el consentimiento de REPSOL a la inspección, tal como se desprende del relato del Acta de la Inspección.

II.- Copia de documentación ajena al objeto de la investigación, así como de documentación privada.

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

Este Consejo considera que en su recurso REPSOL no ha proporcionado argumentos que permitan concluir que la selección documental realizada durante la inspección de la su sede se realizó sin atender a unos criterios específicos y razonados de búsqueda, coherentes con la propia Orden de Investigación, como pone de manifiesto la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental y que se proporcionó a la empresa al final de la inspección.

Igualmente la ejecución de la inspección se realizó dentro de los márgenes de la proporcionalidad exigida por el ordenamiento jurídico para garantizar tanto el respeto a los derechos fundamentales como la eficacia de la actividad investigadora de la CNC. Como afirma la AN en su sentencia de 7 de febrero de 2010 *“en lugar de optar por otras posibilidades legalmente previstas (retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos, o precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección) el proceder fue la copia de documentación quedando los originales en poder de la recurrente, a la que se hizo entrega, además, de una copia cotejada de la copia efectuada por el equipo de inspección”.*

Según consta en el Acta de inspección la investigación se ejecutó en los ordenadores de cinco personas concretas en una empresa que cuenta con una plantilla de más de 17.000 trabajadores. Como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 2012: *“Parece difícil, en efecto, sostener la tesis del carácter indiscriminado de la búsqueda y de la ausencia de criterios de selección si, al final, la cuestión se reduce al rastreo y copia de archivos de únicamente tres ordenadores.”*

En estas circunstancias la copia de determinados documentos en el momento de la inspección que, posteriormente, puedan considerarse no útiles para la instrucción por diversos motivos no constituye una actuación desproporcionada del órgano

investigador. Como ha reconocido el Tribunal Supremo en su sentencia de STS 1504/2003, de 25 de febrero, *“al tratarse de unos documentos incorporados a un soporte informático es evidente que no se puede delimitar, en el plazo perentorio de un registro, qué es lo que afecta a la investigación y qué cosas son ajenas a la mismas”*.

REPSOL alega finalmente que ha podido verificar que el número de correos que la DI identificó como recabados finalmente durante la inspección no concuerda con el número de elementos incluidos en el DVD que la DI entregó a REPSOL al acabar la misma. A tal efecto incluye en sus alegaciones de 16 de julio un cuadro comparativo en el que, según sus cifras, el DVD contendría un mayor número de correos que la cifra de los mismos consignada en el documento entregado por la DI.

Las diferencias observadas por REPSOL pueden deberse a distintas formas de contabilizar los elementos de correo electrónico y otros anexos o documentos digitales relacionados recabados durante la inspección que deberán ser examinadas y aclaradas en el procedimiento principal. En lo que se refiere al objeto del presente recurso (el presunto perjuicio irreparable que pudiera haber causado la copia de documentación) el procedimiento de inspección ejecutado demuestra la consistencia del mismo y la salvaguarda de los derechos de la empresa investigada: la copia efectuada no fue masiva sino selectiva y la empresa pudo controlar en todo momento la documentación recabada, bien a través de la documentación original, bien a través de la copia entregada al efecto.

Al contrario de lo que manifiesta REPSOL en sus alegaciones, la información que se entregó a la empresa al finalizar la inspección (y en concreto el DVD con la copia exacta de la documentación recabada) no solo no resulta inútil sino que garantiza al máximo los derechos de REPSOL. Al disponer al término de la inspección de una copia exacta en formato DVD de la documentación electrónica finalmente recabada por la DI (cuyo original, por otra parte, permanece en los archivos de REPSOL) la empresa puede verificar la misma y ejercer sus derechos en toda su extensión tras la finalización de la investigación domiciliaria, como demuestra el presente recurso.

En todo caso, REPSOL no ha especificado ni concretado suficientemente el grave perjuicio irreparable que le supone el que la DI adquiriera conocimiento de documentos que la recurrente considera personales o ajenos al objeto de la investigación ni su alegación de que tal perjuicio se produce pese a las garantías que le proporciona la posibilidad de instar a través de la previsión del art. 42 LDC, que tal información sea tratada como confidencial.

Cabe recordar asimismo, en todo caso, que no existe peligro de divulgación de la información recabada durante la inspección y cuya calificación como confidencial o ajena al objeto de inspección puede ser solicitada oportunamente y defendida por la inspeccionada en ejercicio de lo previsto los artículos 42 y 47 de la LDC, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos a esta información reservada, mientras que, de concretarse finalmente la incoación de un expediente sancionador, sobre los interesados en el mismo pesaría el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

III.- Ejecución por la DI de una inspección exploratoria, de carácter ilícito.

En relación a la alegación de REPSOL que define la inspección como exploratoria (recogida bajo la letra e) en el Fundamento de Derecho Primero, este Consejo debe señalar que, a expensas de los resultados que se puedan derivar del análisis de la confidencialidad de documentos determinados y particularizados, de la lectura tanto del Acta de la Inspección como del Acta de manifestaciones firmadas por REPSOL, se deduce que dada extensión de la inspección, que se prolongó durante dos días, la notable diferencia entre el volumen de información inicialmente recabado, y el finalmente seleccionado y copiado, y el empleo en el filtrado de la información relativa a los nombres de los despachos de abogados con los que REPSOL indicó que tiene relación, la inspección se desarrolló conforme a los estándares de proporcionalidad y corrección exigibles. La Orden de Inspección definía con claridad y precisión cuál debía ser el ámbito o perímetro material de la inspección y hacía referencia a los indicios razonables para justificar la sospecha de que pudiera existir un comportamiento constitutivo de un determinado y específico ilícito competencial. A su vez, el Acta de Inspección pone de manifiesto, sin que en opinión de este Consejo el Acta de Manifestaciones lo consiga desvirtuar, que la inspección se desarrolló conforme a los estándares de procedimiento legalmente previstos y habituales. La entrega a la empresa al inicio de la inspección de la Orden de Investigación, que recoge de forma sintética el objeto de la misma, así como el que se proporcione a la inspeccionada al final de la inspección la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental suponen una garantía y una imprescindible manifestación de transparencia que no pueden ser cuestionadas mediante una dialéctica recriminación o insinuación sobre el carácter exploratorio de la inspección.

En definitiva, como se ha argumentado en este Fundamento, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión o perjuicio irreparable a REPSOL. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, EL CONSEJO,

HA RESUELTO

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



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.