

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0154/13 REPSOL 2)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 19 de diciembre de 2013.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0154/13, REPSOL 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por REPSOL, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de 26 de septiembre de 2013 por el que se ordena la devolución de determinados documentos, en el marco de los expedientes S/0474/13 y S/0484/13.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 30 de enero de 2013 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 adelante, REPSOL) 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. El 4 de junio la DI acordó la incorporación de toda la documentación en formato papel recabada en la Inspección declarando su confidencialidad provisional.
6. Con fecha 7 de junio de 2013 se formuló por la representación de REPSOL, escrito de recurso contra la inspección realizada, que fue desestimado por el Consejo de la CNC el 24 de julio de 2013 (Expte. R/0142/13, REPSOL).
7. El 13 de junio de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de REPSOL en el que se solicitaba la devolución de determinados documentos recabados durante la inspección, bien por contener información personal ajena al objeto de la inspección, bien por estar protegida por el secreto profesional o la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Con fecha de 25 de julio REPSOL presentó un nuevo escrito ante la CNC en el que solicitaba la devolución de documentos adicionales por idénticos motivos que en el escrito anterior.
8. El 26 de septiembre de 2013 la DI dictó Acuerdo por el que se procede a la devolución de toda la documentación solicitada por REPSOL salvo cuatro correos electrónicos considerados necesarios para la instrucción.
9. El 9 de octubre de 2013 mediante correo ordinario y con entrada en la CNC el 14 de octubre de 2013, REPSOL interpuso recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC contra el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de 2013.
10. Con fecha 14 de octubre de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNC solicitó a la DI antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
11. El 18 de octubre de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por REPSOL. En dicho informe, la DI propone, por un lado, la inadmisión del recurso en relación con la devolución de la documentación acordada el 26 de septiembre por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC y, por otro, la desestimación en lo referente a los cuatro correos electrónicos cuya devolución no fue acordada.
12. Con fecha 12 de noviembre 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. Dicho acuerdo fue notificado a REPSOL el 14 de noviembre de 2013.
13. El 4 de diciembre de 2013 REPSOL presentó escrito de alegaciones adicionales a su escrito de recurso.
14. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados

y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/12013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.

15. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de diciembre de 2013.

16. Es interesada REPSOL, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de 2013, por el que se procede a la devolución de determinada documentación solicitada por REPSOL salvo cuatro correos electrónicos considerados necesarios para la instrucción en el marco de los expedientes S/0474/13 y S/0484/13.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo 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, REPSOL solicita al Consejo de la CNC que: (i) declare nulo de pleno derecho el Acuerdo de Devolución de 26 de septiembre de 2013, con retroacción de todo lo actuado al momento en que dicha infracción se produjo y (ii) ordene a la DC la devolución a REPSOL de la totalidad de la documentación recabada en la inspección que tuvo lugar en su sede los días 27 y 28 de mayo de 2013.

REPSOL alega que el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de 2013 por el que se ordena la devolución de determinados documentos le causa una grave indefensión así como un perjuicio irreparable que no son subsanados por la devolución acordada. Aunque reconoce que, en última instancia, la DI ha atendido sus peticiones de devolución respecto a la documentación recabada, REPSOL sostiene que tal hecho resulta irrelevante ya que los motivos por los que finalmente la DI acuerda la devolución son erróneos y aparecen como una forma de atenuar las graves consecuencias

derivadas de la violación de sus derechos fundamentales por el acceso, examen y utilización de documentos confidenciales abogado-cliente durante cuatro meses.

En este sentido la recurrente subraya en numerosas ocasiones que la vulneración de sus derechos fundamentales se produjo en el propio acto de la inspección. Y añade que dicha vulneración se produce en el mismo momento en el que la DI accede a dichos documentos y no cuando el documento en cuestión se utiliza en un posible Pliego de Concreción de Hechos o en una eventual resolución que ponga fin al asunto. Según REPSOL, el Acuerdo de Devolución no puede subsanar dicha vulneración inicial.

Para fundamentar su recurso REPSOL diferencia en tres grupos la documentación sobre la que formula sus alegaciones: (i) documentación protegida por la confidencialidad abogado-cliente, (ii) documentación ajena al objeto de la inspección y (iii) documentación personal.

REPSOL hace especial hincapié en la violación de su derecho de defensa por el acceso a las comunicaciones entre abogado y cliente. Señala que el mismo se vio anulado en el momento en que la DI llevó a cabo una inspección en la que le impidió defenderse, accediendo a documentación relativa a los argumentos de defensa jurídicos y económicos de REPSOL en relación con el “efecto Lunes”, incardinada en las comunicaciones entre REPSOL y sus abogados, en tanto que, según la DI, constituían el objeto que justificaba la inspección e incoación del expediente. Por ese motivo, REPSOL no entiende que la DI señale que no resultan relevantes para la investigación cuando en su momento eran la causa que la justificaba. Por ello, además del art. 24.2 CE, REPSOL invoca el art. 8.1 del CEDH (protección de la correspondencia) en relación con el art. 6.1 y 6.3 c) , del CEDH (derecho a un juicio justo) así como la jurisprudencia del TEDH, y el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (respeto de las comunicaciones) en relación con los art. 47 y 48.2 de la misma (derecho a hacerse aconsejar, defender y representar y respeto de los derechos de la defensa).

En relación con el alcance del derecho de confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, REPSOL sostiene que tiene derecho a que el asesoramiento jurídico recibido de parte de sus abogados, ya sea preventivo ya correctivo, permanezca confidencial, tanto si se ha producido en el seno de un procedimiento ya incoado como si no. Afirma asimismo que la DI excluye la comunicación entre REPSOL y sus abogados del privilegio de las comunicaciones abogado-cliente únicamente por el hecho de tratarse de abogados internos, sin embargo, considera que dicha postura, basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no es de aplicación en España por no afectar a procedimientos administrativos regulados por el derecho nacional. Aunque, por otro lado, añade que en la elaboración de estos documentos han participado tanto abogados de REPSOL como abogados externos.

Así, considera que la única forma de sanar la violación de sus derechos de defensa consiste en restablecer su situación jurídica individualizada, lo que conlleva declarar

inválido el Acuerdo de Devolución de 26 de septiembre y la devolución de la totalidad de los documentos obtenidos en la Inspección, por las vulneraciones expuestas.

Sobre la documentación ajena al objeto de la inspección, la recurrente afirma que se trata de documentación relacionada con el Plan de Contingencia elaborado por REPSOL anticipando las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 4/2013, respecto de la cual afirma que fue retenida por la DI por considerar que el objeto de la investigación se lo permitía, a pesar de estimar después, en su Acuerdo de 26 de septiembre de 2013, que la documentación no era relevante a tales efectos y proceder a su devolución, a salvo de cuatro correos electrónicos. REPSOL entiende que la retención de estos cuatro correos constituye una excusa de la DI para no reconocer que la totalidad de la documentación retenida en la inspección resulta irrelevante para el objeto de la investigación. Afirma que ello demuestra que la investigación fue desproporcionada.

Por último, en relación con la documentación de naturaleza personal, REPSOL plantea sus dudas en relación con la actitud adoptada por la DI en el momento en el que tuvo lugar la inspección, momento en el que se impidió a REPSOL estar presente en el proceso de filtrado y selección de la documentación. Así, señala que el hecho de que la DI reconozca que los procesos de filtrado automático que utiliza no son adecuados, constituye prueba de que durante la inspección los funcionarios no revisaron o filtraron la información personal a la que accedían, lo cual se contradice con lo dispuesto en el Acta de inspección y revela que se llevó a cabo una copia masiva de documentos y que la DI obvió sus obligaciones legales. Indica que ello es así en tanto que la DI está obligada a realizar sus inspecciones de acuerdo con la legalidad vigente y respetando los derechos de los inspeccionados, por lo que no puede admitirse que quede exonerada de su responsabilidad cuando vulnera los derechos de los administrados alegando error de la herramienta informática.

En su informe emitido el 18 de octubre de 2013, la DC sostiene que no procede la admisión del recurso interpuesto por REPSOL contra el Acuerdo de devolución de documentación de 26 de septiembre de 2013, en lo que se refiere a toda la documentación cuya devolución fue acordada por el citado Acuerdo, al no darse los requisitos que el artículo 47 de la LDC establece para ello. En relación con los cuatro correos en poder de la DC, diferencia entre las comunicaciones identificadas por REPSOL como protegidas por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes y la documentación ajena al objeto de la inspección. Con respecto a las primeras, identificadas por REPSOL en sus escritos de 13 de junio y 25 de julio de 2013, la DC no aprecia ni considera suficientemente acreditado por la recurrente que la incorporación de los dos correos electrónicos a los expedientes de referencia pueda producir indefensión o perjuicio irreparable a REPSOL, por lo que propone su desestimación. En cuanto a la documentación ajena al objeto de la inspección, la DC propone igualmente su desestimación en tanto que el contenido de los dos correos objeto de la controversia como su copiado están amparados por la Orden de Investigación.

En su escrito de alegaciones de 2 de diciembre de 2013, REPSOL solicita de nuevo la nulidad del Acuerdo de devolución recurrido por vulneración de su derecho de defensa, con retroacción al momento en que dicha infracción se produjo, ordenando la devolución a REPSOL de la totalidad de la documentación recabada en la inspección desarrollada en su sede los días 27 y 28 de mayo. REPSOL insiste en que la DC vulneró su derecho de defensa al denegar la solicitud de protección de la documentación recabada en la mencionada inspección y sostiene que el Acuerdo de Devolución constituye una decisión denegatoria de la solicitud de protección de dichos documentos en virtud de la confidencialidad entre abogado y cliente, tanto para negar su devolución como para justificar la misma en atención a que dicha documentación no resulta relevante. Si bien REPSOL *“sostiene (y de ahí su pretensión de nulidad con retroacción de todas las actuaciones y devolución de toda la documentación recabada en la inspección), que constituye una violación de su derecho de defensa el hecho mismo que la autoridad de competencia haya accedido a conocer dichos documentos”*, dirige su recurso *“contra la decisión de la extinta Dirección de Investigación de no reconocer la protección que esta parte invocaba sobre los referidos documentos”* expresada en el Acuerdo de devolución que se recurre.

En referencia al Acuerdo del Consejo de 14 de noviembre de 2013, por el que se procedió a no tener por admitidos y devolver a REPSOL determinados documentos anexos a su recurso de 9 de octubre, REPSOL entiende que el Consejo pretende evitar tener que pronunciarse sobre el objeto del mismo, eliminando del expediente los documentos controvertidos, razón por la que los adjunta a su escrito a fin de que el Consejo pueda revisar si la denegación de la protección invocada ante la DC es ajustada a derecho.

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 el Acuerdo recurrido ha 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.

REPSOL alega que el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de 2013 por el que se ordena la devolución de determinados documentos le causa tanto indefensión como perjuicio irreparable, no subsanables mediante la devolución acordada.

I. Ausencia de Indefensión

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 24 de abril de 2013 (Expte. R/0133/13, T.M.E. LLAMADAS MÓVILES) en las que se declara que *“la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*, debe estimarse 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 y que, siguiendo también la jurisprudencia

Constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

REPSOL fundamenta su indefensión en que sus derechos fundamentales fueron vulnerados en el momento en que la DI accedió durante la inspección a los documentos controvertidos, de modo que el Acuerdo de la DI de devolución de determinada documentación de 26 de septiembre no puede subsanar dicha vulneración. A ello añade que el hecho de que la DI haya tenido acceso a los mismos durante cuatro meses le ha permitido formarse su juicio en estos expedientes, al margen de que posteriormente haya procedido a la devolución de dicha información.

a) En relación con la documentación devuelta

En relación con la documentación devuelta, el recurso de REPSOL resulta contradictorio en su propio planteamiento. Como ya se ha indicado en el Fundamento de Derecho anterior, a lo largo de sus escritos de recurso y de alegaciones, REPSOL subraya en numerosas ocasiones que la vulneración de su derecho de defensa se produjo en el momento de la inspección de mayo de 2013. Por esta causa recurrió el 7 de junio de 2013 la misma (Expte. R/0142/13, REPSOL) y solicitó el 13 de junio la devolución de los documentos recabados en ella. La Resolución del Consejo de la CNC de 24 de julio de 2013 desestimó el recurso de REPSOL, tras examinar exhaustivamente las circunstancias de la inspección, la actuación de la representación legal de REPSOL en la misma y la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada, incluida la posible indefensión derivada de los mismos. La conclusión del Consejo de la extinta CNC fue que durante la inspección no se había producido indefensión ni vulneración de derechos fundamentales señalando que *"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"*. Por otra parte, y mediante el Acuerdo de 26 de septiembre la DI procedió a la devolución de la documentación solicitada, excepto cuatro correos electrónicos.

REPSOL, sin embargo, no acepta la devolución acordada por la DI y solicita, no la integración de dichos documentos en el expediente principal (aunque repetidamente los remite de nuevo a este Consejo adjuntos a sus escritos) sino que anule el Acuerdo de devolución recurrido para retrotraer el procedimiento y proceder a una nueva devolución pero que declare que durante la inspección se vulneró su derecho de defensa y otros derechos fundamentales, es decir, solicitando que la Dirección de Competencia ignore y actúe en contra de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de julio de 2013 o que este Consejo revise la resolución adoptada por el Consejo de la CNC en el Recurso 142/2013, ignorando que actualmente dicha resolución se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional en recurso contencioso-administrativo interpuesto por la propia REPSOL (Nº Recurso 482/2013).

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 se ha pronunciado sobre los motivos de impugnación que encuentran cabida en el recurso

administrativo que prevé el artículo 47 de la LDC. En ella el Alto Tribunal considera deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación “anticipada” de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1 , esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar “perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”. Quiérese decir, pues, que tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados”*.

Por tanto, si la propia REPSOL reconoce abierta y repetidamente que la vulneración del derecho de defensa que alega tuvo su origen en la inspección y ésta ya ha sido recurrida y es actualmente objeto de examen por la jurisdicción contencioso-administrativa no puede alegar que dicha indefensión ha sido causada por el Acuerdo de devolución que actualmente recurre. Su desacuerdo con dicho Acuerdo de devolución deberá expresarlo durante la instrucción del expediente sancionador principal de cara a la resolución final del mismo, pero no a través de los limitados cauces de la indefensión reconocida en el recurso previsto por el artículo 47 de la LDC ya que REPSOL ha disfrutado –y disfruta actualmente- de todas las oportunidades para ejercer su derecho de defensa tanto en el recurso frente a la inspección (actualmente en la Audiencia Nacional) como en el expediente principal donde puede exponer sus argumentos frente a cualquier actuación de la DI relacionada con los documentos ahora devueltos.

A la vista de esta situación, no entiende este Consejo qué indefensión puede causar a REPSOL el Acuerdo de 26 de septiembre recurrido si el acto de la DI no sólo es favorable a sus intereses al acceder la DI a sus peticiones, formuladas en sus sucesivos escritos de 13 de junio y 25 de julio de 2013 en los que solicitaba la *“inmediata devolución de todos los documentos”* -solicitud que reitera tanto en su escrito de 9 de octubre como en sus alegaciones de 4 de diciembre de 2013- cuando dicho Acuerdo no le impide ejercer su derecho de defensa en ninguno de los sucesivos trámites judiciales o administrativos derivados del expediente, ni ha sido el causante del acceso a los mismos.

A este respecto no puede obviarse que REPSOL alega que la vulneración de sus derechos se produjo desde el acceso de la DI a los documentos controvertidos, no en

el momento que el órgano de instrucción los utilice en el Pliego de Concreción de Hechos o en la resolución final del procedimiento. Como se ha expuesto anteriormente, una alegación similar sobre la vulneración de los derechos de REPSOL por el acceso a los documentos durante la inspección ya fue examinada y rechazada en la Resolución del Consejo de 24 de julio de 2013 (R/0142/13, REPSOL), al considerar que la empresa no había ejercitado su derecho con la diligencia exigida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Nacional en numerosas sentencias, entre ellas la STS de 27 de abril de 2012, en un caso similar al planteado por REPSOL y la sentencia de la AN de 7 de febrero de 2010, en la que la Sala de lo Contencioso afirma compartir *“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”*.

Entendiendo, pues, que el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre no es susceptible de producir indefensión a REPSOL, al margen de que la recurrente esté de acuerdo o no con las razones expuestas por la DI para motivar la devolución de los documentos, este Consejo considera que la pretensión de la recurrente no es otra que volver a revisar la actuación inspectora ejecutada los días 27 y 28 de mayo de 2013. Al basar repetidamente su alegada indefensión en ese primigenio acceso ilegal a la documentación durante la inspección y en su acceso y utilización por la DI durante los cuatro meses posteriores REPSOL no se opone en realidad al Acuerdo de devolución de documentos en sí mismo sino a que el Acuerdo recurrido no declare que dicha inspección en concreto vulneró sus derechos fundamentales y prolongó sus efectos durante la subsiguiente tramitación del expediente. Sin embargo, en el momento procesal oportuno REPSOL ya recurrió la inspección mencionada y, por tanto, pudo ejercer plenamente sus derechos de defensa frente a la documentación recabada en la inspección, como puede hacerlo actualmente en el procedimiento contencioso-administrativo que se desarrolla frente a la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de julio de 2013 o, igualmente, en el expediente principal que investiga su actividad, sin que estas posibilidades de defensa permitan estimar su recurso frente a actuaciones de la DI que no provocan indefensión sino que proceden a la devolución solicitada por la propia REPSOL. La devolución de documentos recurrida, sin toma de conocimiento ni repercusión alguna de su contenido en el expediente, no puede conllevar por sí misma la indefensión alegada por REPSOL, que la empresa misma cifra en otro origen.

- b) En relación con la documentación incorporada a los expedientes S/0474/13 y S/0484/13

En relación con los cuatro correos electrónicos que la DI no ha devuelto a REPSOL en tanto que han sido incorporados a los expedientes S/0474/13 y S/0484/13 (dos correos

de 25 de febrero, uno de 28 de febrero y uno de 11 de marzo), la recurrente los incluye en su escrito de recurso de 9 de octubre de 2013 en la alegación correspondiente a la “*documentación ajena al objeto de la inspección*”. Así, REPSOL se refiere a ellos en el párrafo 111 de su escrito de recurso cuando señala que “*la DI, sin embargo, considera que estos documentos (excepto cuatro correos electrónicos) no son relevantes para el objeto de la investigación y procede a devolverlos*” y añade en el párrafo 112 “*los cuatro correos que la DI desea retener no son más que una excusa de la DI para no reconocer que la totalidad de la documentación a la que ha accedido y retenido es del todo irrelevante para el objeto de este asunto*”.

No obstante como señala el informe de la DI, en su escrito de 13 de junio la recurrente calificó a dos de ellos (correos de 28 de febrero y 11 de marzo) como “*documentación confidencial manifiestamente ajena al objeto de la inspección*” (página 7 del escrito,) mientras que en su escrito de 25 de julio de 2013 incluye a los otros dos (correos de 25 de febrero) entre los “*documentos relacionados con la defensa jurídica de Repsol en relación con la aprobación del Real Decreto-ley 4/2013*” (páginas 9 y 15 de su escrito).

Por lo que se refiere a los dos correos calificados de “*documentación confidencial manifiestamente ajena al objeto de la inspección*” (correos de 28 de febrero y 11 de marzo), REPSOL también señala en su escrito de 13 de junio de 2013 que “*la CNC ha accedido y copiado el impacto de una nueva regulación en REPSOL y, además, su estrategia de defensa. Este proceder es un asalto completamente inadmisibles a los derechos de defensa de REPSOL*” (página 8 del escrito).

Sin embargo, en su escrito de recurso de 9 de octubre y en sus alegaciones posteriores, REPSOL desarrolla un planteamiento general sobre la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente pero solo hace explícita la aplicación práctica de dichos razonamientos a algunos de los documentos que le han sido devueltos (correos de 7 y 8 de marzo, de 21 de marzo, de 12 y 15 de abril, etc.), sin referencia concreta a los correos que quedan integrados en los expedientes sancionadores tramitados por la DC.

La falta de claridad de los planteamientos de REPSOL respecto a estos cuatro correos no impide que este Consejo considere que no haya quedado acreditado que se encuentran protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente o afecten al derecho de defensa de REPSOL en los términos planteados por la recurrente. Por todo ello no puede estimarse que su incorporación a los expedientes de referencia provoque la indefensión exigida para estimar el recurso previsto en el artículo 47 de la LDC. Debe tenerse en cuenta que en la redacción de los documentos no participaron abogados internos o externos de REPSOL sino empleados internos y empleados de consultoras técnicas externas a la empresa.

En conclusión, del análisis de las circunstancias del caso resulta evidente que el Acuerdo de la DI de 26 de septiembre de devolución de determinados documentos recabados en la inspección de los días 27 y 28 de mayo de 2013 no ha supuesto ni la imputación de cargo alguno a REPSOL ni la imposibilidad de defenderse en términos

reales y efectivos. En cambio, dicha devolución ha sido favorable a los intereses de REPSOL. Por ello, hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión.

El hecho de que REPSOL haya podido interponer el presente recurso y efectuar alegaciones en el seno del procedimiento en el que éste se resuelve, pone de manifiesto que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa, ni lo ha limitado de forma efectiva.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de Devolución de la Dirección de Investigación de fecha de 26 de septiembre de 2013 ocasione indefensión a REPSOL.

II. 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).

REPSOL afirma a lo largo de su recurso, párrafos 28, 29 y 107, que el Acuerdo de devolución de determinada documentación le causa un perjuicio irreparable. Sin embargo, no especifica cuál es el perjuicio que el mismo le ocasiona.

a) En relación con la documentación devuelta

En relación con la documentación recabada en la inspección que fue devuelta, dado que no ha sido incorporada a ninguno de los expedientes sancionadores de referencia y, por tanto, no es susceptible de gozar del carácter probatorio necesario para poder imputar a la recurrente una infracción de la LDC, no se acierta a entender cuál puede ser el perjuicio irreparable producido a la recurrente, más allá de la presunta vulneración del derecho de defensa que ya se ha examinado anteriormente. REPSOL no justifica ni desarrolla el perjuicio sufrido, más allá de alegaciones genéricas relacionadas con la mención del artículo 47 de la LDC.

En este sentido, como ya se ha mencionado, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que *"no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador"*.

A falta de expresión concreta del concreto perjuicio sufrido por REPSOL motivado por la devolución de la documentación que la propia empresa había requerido, no puede entenderse que el Acuerdo de 26 de septiembre recurrido pueda revisarse por esta causa.

- b) En relación con la documentación incorporada a los expedientes S/0474/13 y S/0484/13

En relación con los dos correos considerados por la recurrente como “documentos relacionados con la defensa jurídica de Repsol en relación con la aprobación del Real Decreto-ley 4/2013” señala ésta en su párrafo 113 que “es increíble que la DI considere que una documentación elaborada por REPSOL anticipando la adopción de medidas legislativas, evaluando el impacto de aquellas ya adoptadas o las consecuencias de expedientes concretos incoados por la propia CNC se relacionan con el objeto de la inspección, tal y como aparecía en la orden de investigación. La referencia a que la DI pudiera estar examinando, en el contexto de la inspección, la posible coordinación en la formulación de propuestas normativas a la administración es por lo demás sorprendente: la orden de investigación no menciona en absoluto dicha conducta y se limita a la coordinación de precios y condiciones comerciales”.

De acuerdo con esta alegación, REPSOL parece aludir a un presunto perjuicio a su derecho a la inviolabilidad del domicilio empresarial, protegido por el artículo 18.2 de la Constitución, al integrar en el expediente documentación ajena al objeto de la inspección desarrollada en su sede. A este respecto no puede dejar de recordarse que la Orden de Investigación de 23 de mayo de 2013 por la que se autoriza la inspección del 27 de mayo se refiere al objeto de la misma del siguiente modo “En el marco de dicha información reservada se realiza la presente inspección, cuyo objeto es verificar la existencia, en su caso, de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, llevadas a cabo por determinados operadores de productos petrolíferos y/o en el seno de la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP), consistentes en la coordinación de conductas entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustibles de automoción.”

El hecho de que existan precedentes en la CNC en los que la infracción del derecho de la competencia haya tenido lugar a raíz de la coordinación de empresas en el marco de la elaboración de propuestas normativas a la Administración y, especialmente, en el seno de las asociaciones empresariales sectoriales, durante la tramitación de su aprobación o como consecuencia de la adaptación de los distintos operadores a la nueva normativa, pone de manifiesto esta posibilidad. Ello permite, por tanto, considerar incluida esta conducta en el objeto de la Orden de Investigación, tal y como señala la DC.

No ha lugar, pues, a la alegación de la recurrente al respecto, que en su párrafo 114 añade “el análisis interno de la compañía sobre el impacto que la nueva regulación podía tener en su negocio carece de relación alguna con la existencia de un supuesto acuerdo con competidores respecto a precios o condiciones comerciales, que es el objeto de la Orden de Investigación. Además de ser información comercial

extremadamente sensible (pues revela con un elevadísimo grado de detalle la estrategia interna de Repsol) es información ajena al objeto de la Inspección.”, dado que es necesario comprobar si dichas conductas se han llevado o no a cabo.

Es más, en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, aprobada tras la tramitación del Real Decreto-ley 4/2013, añade un nuevo apartado, el quinto, al artículo 43 bis añadido por éste a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos en el que señala expresamente que *“Las empresas que distribuyan o suministren al por menor carburantes y combustibles petrolíferos deberán exigir, a los titulares de las instalaciones receptoras fijas para consumo en la propia instalación, la documentación y acreditación del cumplimiento de sus obligaciones.*

Cuando en virtud de los vínculos contractuales de suministro en exclusiva, las instalaciones para el suministro de combustibles o carburantes a vehículos se suministren de un solo operador que tenga implantada su imagen de marca en la instalación, éste estará facultado, sin perjuicio de las demás facultades recogidas en el contrato, para establecer los sistemas de inspección o seguimiento adecuados para el control del origen, volumen y calidad de los combustibles entregados a los consumidores y para comprobar que se corresponden con los suministrados a la instalación.” Dado que dichos vínculos contractuales tratan de establecer precios y condiciones comerciales en la distribución de los combustibles, queda de manifiesto que los correos de referencia deben considerarse incluidos dentro del ámbito de la Orden de investigación.

En la medida, pues, que dichos correos no son ajenos al objeto de la inspección, este Consejo entiende que no producen perjuicio irreparable a REPSOL ya que la posible coordinación entre operadores para proponer medidas de respuesta al RD-Ley 4/2013 se encuentra dentro del objeto de la inspección, en virtud de precedentes anteriores de la CNC y de la afectación de dicha normativa a los precios y condiciones comerciales que rigen las relaciones verticales entre distribuidores al por mayor y al por menor de productos petrolíferos, como ya se ha comentado.

De este modo, 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 ni perjuicio irreparable a los derechos de REPSOL.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 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 en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto REPSOL, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de septiembre de 2013 por el que se procedía a la devolución de determinados documentos, en el marco de los expedientes S/0474/13 y S/0484/13, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la empresa, no reuniendo, por tanto, los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC. Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, 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 el día siguiente al de su notificación.