Roj: **SAN 1756/2016** - **ECLI:ES:AN:2016:1756**

Id Cendoj: **28079230062016100180**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **13/05/2016**
Nº de Recurso: **546/2013**
Nº de Resolución: **200/2016**
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: **0000546 / 2013**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **05225/2013**

Demandante: **PAPELES Y CARTONES DE EUROPA SA**

Procurador: **D. ARTURO ROMERO BALLESTER**

Demandado: **COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

Codemandado: **LANTERO CARTÓN SL**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

Madrid, a trece de mayo de dos mil dieciséis.

VIST O, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso **nº 546/13** , seguido a instancia de **"Papeles y Cartones de Europa SA"** , representada por el Procurador de los Tribunales D. Arturo Romero Ballester, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido como parte codemandada "Lantero Cartón SL", con asistencia letrada y representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en el seno del expediente sancionador S/0469/13, procedió los días 10 y 11 de abril de 2013, a la entrada y registro en el domicilio de la mercantil Lantero.

2. Los documentos obtenidos en dicha operación fueron incorporados al expediente sancionador, solicitando Lantero la declaración de confidencialidad de determinados documentos, a lo que accedió parcialmente la CNC, mediante acuerdo de 5 de julio de 2013.

3. Lantero interpuso recurso contra la anterior resolución, que fue desestimado por el Consejo de la CNC mediante acuerdo de 19 de septiembre de 2013, por tratarse de documentos particularmente antiguos y en relación con un grupo menor de documentos, por su valor relevante para el esclarecimiento de los hechos a investigar.

4. Particular relevancia a los efectos de este proceso tiene el folio 1242 del expediente sancionador, cuya confidencialidad fue denegada por la CNC mediante el acuerdo de 19 de septiembre de 2013 por entender la CNC que al desvelaba una estrategia anticompetitiva de dos empresas rivales (Lantero y la recurrente).

Dicho documento, que es una nota interna manuscrita de la mercantil Lantero, además de contener algunas cifras, previsiblemente de negocios, dispone lo siguiente: "Conflictos con Saica/Petit. Con la posición fusionada de Europa y Lantero en Cataluña, tendrían una posición de fuerza para ir a los manipuladores, "amenazarlos" de que si no nos compran plancha, nosotros venderíamos caja a sus clientes. Si no quieres que vendas cajas, ayúdame con las planchas".

La CNC justificó la pérdida de su carácter confidencial de la siguiente forma: "este Consejo considera que la información contenida en el documento refleja posturas comunes de dos competidores que, de haberse llevado a cabo, constituirían una infracción del derecho de la competencia. Por ello, en tanto que se desconoce si actualmente dicho comportamiento se está llevando a cabo o no, constituye información muy importante para la investigación".

SEGUNDO:.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho y que se ordene al Consejo de la CNMC que se abstenga de fundar cualquier imputación de una infracción de la LDC sobre la base del folio 1242. La fundamentación jurídica de la demanda y de las conclusiones, se basó en las siguientes consideraciones:

1. La declaración contenida en el acto recurrido sobre la existencia de

infracción de la LDC, constituye un verdadero acto administrativo:

-El acto recurrido contiene una declaración autónoma y firme, que no tiene reflejo en su parte dispositiva, pero que constituye una conclusión anticipada respecto de la culpabilidad de la recurrente en una práctica anticompetitiva.

-Lo que del documento en cuestión se desprende es que, en realidad, Lantero y la recurrente establecieron contactos para una posible fusión, práctica lícita y sometida a una simple autorización.

2. La declaración de la existencia de infracción tiene una incidencia directa

y actual, no hipotética, en la esfera jurídica de la recurrente:

-La CNC se ha formado una opinión firme sobre la consecuencia jurídica de la conducta descrita en el documento, por lo que basta que posteriormente se declaren probados los hechos que se le imputan para que se le imponga la sanción. Y ello a pesar de que no existe apoyo documental ni fáctico en la resolución recurrida que justifique la decisión de incorporar al expediente el documento en cuestión sobre la base de su carácter incriminatorio, cuando la propia CNC admite su carácter confidencial.

-Si la CNC estimaba que el documento, que califica de confidencial, debía incorporarse al expediente, debió limitarse a decir que podría fundamentar una posible imputación pero no emitir un firme juicio de valor sobre el mismo que prejuzgaba la culpabilidad de la recurrente.

3. El acto recurrido omite el procedimiento legalmente establecido para realizar la declaración que contiene, incluido el trámite de audiencia:

-No se ha seguido el procedimiento sancionador para efectuar la declaración combatida y, además, la recurrente no ha sido oída antes de efectuar una declaración que predetermina la imposición de una sanción.

-Los defectos procedimentales denunciados no son subsanables.

TERCERO:.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

La redacción del texto controvertido no es compatible con las conclusiones a las que llega la recurrente, ya que el mismo sólo contempla una hipótesis y no prejuzga culpabilidad alguna. La resolución recurrida se limita a desestimar un recurso interpuesto contra una decisión sobre mantenimiento de confidencialidad de un documento y ese es su ámbito y efecto.

CUARTO:.- La representación procesal de "Lantero Cartón SL", solicitó la desestimación del recurso por entender que la declaración contenida en el acto recurrido y denunciada por la recurrente, en modo alguno supone una declaración de conducta prohibida, pues, de ser así, sólo la resolución que pone fin al procedimiento podría declararla. En otro orden de cosas, precisó que si bien un documento confidencial de naturaleza incriminatoria debería ser conocido por la entidad imputada, no por ello debe ser trasladado a todas las empresas imputadas en el cártel, y cita el artículo 42 de la LDC .

QUINTO:.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:. - Señalado el día 11 de mayo de 2016 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: .- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 19 de septiembre de 2013, dictada por el Consejo de la CNC, que desestimó finalmente la declaración de confidencialidad respecto de determinados documentos, que, por otra parte, ya habían sido incorporado al expediente al haberse desestimado la medida cautelar de suspensión del acto impugnado.

SEGUNDO: De conformidad con lo alegado por la Abogacía del Estado y la codemandada, la pretensión anulatoria de la recurrente debe ser desestimada. En efecto, la resolución recurrida constituye un incidente autónomo tramitado, efectivamente en el seno de un procedimiento sancionador, pero no es, en sí misma, una resolución sancionadora.

Su objeto y finalidad es resolver un incidente sobre cuestiones de confidencialidad y eso es justamente lo que se traslada a la parte dispositiva de la resolución, que desestima la petición de la recurrente sobre la decisión de declarar públicos determinados documentos.

Las resolución recurrida en ningún momento prejuzga conducta alguna de la recurrente, pues, como la defensa del Estado ha subrayado, el documento se expresa en términos puramente hipotéticos y, en todo caso, si un documento de esa naturaleza y en las circunstancias descritas, fuera utilizado como prueba de cargo en el expediente sancionador, la empresa imputada con base en el mismo, dispondría en ese momento de la plena protección del derecho a la presunción de inocencia y de todos los derechos procesales vinculados a su defensa.

Finalmente, solo cabe decir que la ponderación de interés realizada por la CNC nos parece plenamente razonable y ajustada a derecho, como ya indicamos en los Autos resolutorios de la pieza cautelar de este proceso. En definitiva, la tensión entre la salvaguarda de la confidencialidad y la posibilidad de reprimir conductas eventualmente ilícitas, debe resolverse, en última instancia, a favor de esta última. Este dato, unido al carácter histórico de la información contenida en el referido documento, justifica la plena publicidad del mismo y su incorporación plena al expediente.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 23/05/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ