



Roj: **STS 4603/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4603**

Id Cendoj: **28079130032015100329**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/11/2015**

Nº de Recurso: **1523/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1276/2013,**
STS 4603/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil quince.

VISTO el recurso de casación, registrado bajo el número 1523/2013, interpuesto por la representación procesal de la Asociación UNIÓN DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013, que acordó desestimar el recurso contencioso-administrativo 447/2010, formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de mayo de 2010, recaída en el expediente S/0106/08, que acordó imponerle una sanción de 650.000 euros, como responsable de la comisión de sendas infracciones del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al quedar acreditadas las conductas consistentes en recomendar y adoptar un sistema de facturación para sus asociados que fija los recargos a aplicar a los clientes su cuantía mínima y las condiciones de aplicación que ha durado de octubre de 1999 a junio de 2008, y en difundir entre sus asociados modelos de carta sobre alternativas de pago a ofertar a los clientes en periodo vacacional, la que se ha prolongado durante el periodo de abril de 2007 a abril de 2008. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 447/2010, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de UNION DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA, contra la resolución de fecha 17 de mayo de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas . » .

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] El siguiente motivo de recurso hace referencia a la violación del derecho de acceso al expediente y a la vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24 CE .

El recurrente alega que se ha visto privado de acceder a ciertos tomos del expediente que el Consejo declaró confidenciales. Ya la Dirección de Investigación en su propuesta de resolución, contestó que la información a



que desde un principio se ha venido refiriendo el recurrente, no había sido utilizada en este expediente, ni se mencionan en el pliego de concreción de hechos por no haber sido necesarios para el esclarecimiento de los mismos. Igualmente se constató en el expediente que la mayoría de los documentos contenidos en los tomos confidenciales tenían su versión no confidencial en el propio expediente y, no obstante, existían documentos confidenciales que no tenían versión censurada, por cuanto se trataba de información innecesaria para el esclarecimiento de los hechos de actual referencia.

En cualquier caso este Tribunal ya se pronunció sobre el mantenimiento de la confidencialidad, ponderando la concurrencia de los intereses concurrentes (Auto de 14 de marzo de 2011) acordando mantener la confidencialidad de los tomos declarados como tales por la Dirección de investigación y levantando la confidencialidad de los dos tomos declarados como tales por la Comisión Nacional de la Competencia que fueron entregados a la actora, junto con el resto del expediente para formalizar su demanda, por lo que carece de sentido seguir alegando indefensión, incluso una vez levantada la confidencialidad.

Y lo mismo cabe decir de la alegación de infracción del artículo 48.4 LJCA, al no constar foliado el segundo de los tomos cuya confidencialidad se ha levantado, pues ello no pasa de ser una mera irregularidad no invalidante y en todo caso absolutamente ajena al concepto de indefensión (SSTC nº 64/1993, de 1 de marzo, 155/1994, de 23 de mayo y 78/1999, 164/2005 de 20 de junio, entre otras muchas).

[...] Se alega a continuación extralimitación de la inspección practicada en la sede de la recurrente el 9 de julio de 2008, autorizada judicialmente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado".

Considera la parte actora que la inspección realizada en la sede de la recurrente excedió del ámbito material del auto de autorización judicial dictado al efecto. No basa el recurrente su alegación en el contenido del propio auto sino en el escrito del Abogado del Estado solicitando la autorización de entrada, en el que se refería a conductas "que podrían haber comenzado en el año 2008". De ello se extrae también la consecuencia de que la inspección sólo podía tener por objeto documentación del referido año 2008 y, por consiguiente, fuera de dicho ámbito temporal, los documentos obtenidos fuera de dicho ámbito temporal lo habrían sido con vulneración de derechos fundamentales.

Pero tampoco este motivo puede prosperar. En efecto la inspección domiciliaria resultó amparada por el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Madrid a fin de hacer efectiva la Orden de Investigación dictada por el Director de Investigación a fin de verificar la existencia de actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, habiéndose llevado a cabo la inspección en domicilio, por ello, con escrupuloso respeto del artículo 18 CE en el que se reconoce y regula el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

[...] Por lo que se refiere a la alegada infracción del principio de tipicidad, la DI considera que las conductas consistentes en acordar y difundir, previa recomendación continuada en el tiempo, un nuevo modelo de facturación que fija los recargos a aplicar a los clientes, su cuantía mínima y condiciones de dicha aplicación, habría comenzado en el mes de octubre de 1999 y se habría prolongado hasta, al menos, el mes de junio de 2008, siendo así una infracción continuada. La recurrente que no niega la existencia de los hechos acreditados documentalmente, argumenta que conforme al principio de tipicidad penal se trataría o bien de declaraciones de intenciones de determinadas comisiones internas de la UAHE o bien de actos preparatorios que en consecuencia y siempre a juicio de la recurrente, sería impunes.

La alegación ya fue analizada con pleno ajuste jurídico en la propia resolución impugnada en cuyo Fundamento Cuarto se dice:

"La aplicación de la doctrina jurisprudencial penal de los actos preparatorios del delito se apoya en la consolidada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que declara que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al derecho administrativo sancionador con "ciertos matices". En línea con esta jurisprudencia, el Consejo de la CNC considera que no es posible aplicar al Derecho sancionador de defensa de la competencia tal cual, sin ningún matiz o adaptación, el principio de tipicidad penal; es decir, con la rigurosidad que tal principio se formula en el Derecho penal. Y ello porque el principio de tipicidad en el orden penal se traduce en la necesidad de deslindar o individualizar, de forma clara y precisa, los concretos hechos o conductas que se prohíben (que son típicas), lo que tiene como consecuencia la legalidad penal de todos aquellos actos que no son incardinables en alguno de los distintos ilícitos penales. Pero frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atentaría al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo



operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia.

Esa imposibilidad manifiesta de tipificar las infracciones antitrust (como también de competencia desleal) con la precisión exigida en el derecho penal desemboca en la falta de identidad entre la tipicidad penal y la definición de conducta prohibida por el Derecho de la competencia. Por ello, una consolidada jurisprudencia comunitaria en materia de defensa de la competencia ha considerado que una serie de actos distintos, separados pero que se suceden en el tiempo, pueden integrar una infracción única y continuada, siempre que se inscriban en un plan conjunto debido a su objeto idéntico anticompetitivo (entre otras, STJUE de 7/01/2004 Aalborg Portland A/S, As. C-204/00 y acumulados; STJG de 8/07/2008 BPB, As. T-53/03 aptdo. 252). Una doctrina jurisprudencial que encuentra su reflejo normativo en el ámbito del derecho administrativo sancionador español en el artículo 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora: "será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". (SAN de 06/11/2009, recurso nº 542/2007 Caja Vital, fd 6º).

Pero en cualquier caso, como resulta de la relación de hechos probados más arriba transcrita, no se sanciona únicamente la pretendida fase interna o de preparación de la conducta típica, sino que se sanciona por la ejecución de dicha conducta (Hechos Probados 12 y 13), esto es hechos que acreditan la existencia de las conductas anticompetitivas sancionadas.

Por lo demás, también ha quedado probado el seguimiento efectivo de las recomendaciones.

[...] La primera de las conductas sancionadas como infracción única y continuada consistió en acordar y difundir, previa recomendación continuada en el tiempo, un nuevo modelo de facturación que fija los recargos a aplicar a los clientes, su cuantía mínima y las condiciones de dicha aplicación, y que habría comenzado en el mes de octubre de 1999 y se habría prolongado hasta, al menos, el mes de junio de 2008.

Sostiene la parte actora que la interpretación del artículo 1 LDC con conforme al artículo 101 TFUE impide sancionar la conducta consistente en "recomendaciones colectivas" ya que el precepto comunitario, a diferencia del español, omite dicha referencia.

Tal cuestión ya fue también rechazada adecuadamente en la resolución impugnada con expresa cita de la Jurisprudencia comunitaria y de la práctica de la Comisión, que han sostenido que la mera recomendación cae bajo la noción de decisión en cuanto sea "expresión de la voluntad de la Asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado", siendo, en efecto, lo relevante la aptitud (por el contenido, por quién la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria.

Por otra parte, las consideraciones que se hacen por la propia CNC en el fundamento séptimo de la resolución impugnada nos han de llevar a descartar la falta de motivación y el error en la valoración en la prueba que también se alega en la demanda y a entender, por el contrario, que la conducta de recomendar y adoptar un sistema de facturación que incluye precios mínimos de los servicios es imputable a la recurrente, es restrictiva por objeto y carece de amparo legal:

Al respecto se señala en la resolución impugnada:

"Las conductas que resultan acreditadas con los hechos que se consideran probados en esta Resolución han sido realizadas por diversos órganos internos de la UAHE: Comisiones de trabajo, Gerencia, Presidente, Asociaciones de zona; Junta Directiva y Asamblea General. Todos ellos son órganos previstos en la normativa interna de la que la UAHE se ha dotado. El hecho de que los acuerdos o actuaciones de algunos de esos órganos no tengan fuerza vinculante para los asociados, no impide considerar que son actuaciones atribuibles, imputables, al ente asociativo, pues lo relevante para la normativa de competencia, una vez probado que la conducta ha sido realizada por un miembro u órgano del ente colectivo, es que la conducta "por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tiene objetivamente por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados". En este sentido, entre las resoluciones más recientes de este Consejo: RCNC de 24/09/2009, Expte. S/0046/08 Pan de Asturias, FD 6º; RCNC de 28/09/2009, Expte. S/0055/08, IMPROVO, fd 3º; RCNC de 14/10/2009, Expte S/0053/08 FIAB y Asociados y CEOPAN, fd. 5º).

La UAHE afirma que en un mercado en competencia perfecta, como es el de la distribución de acero, difícilmente se puede homogeneizar el comportamiento de los operadores.



A juicio del Consejo, la delimitación del mercado realizada por la DI permite observar que la estructura de la oferta del mercado español de distribución de acero está altamente atomizada, pero esta característica no es en absoluto sinónimo de mercado competitivo o en competencia perfecta. La atomización sí que dificulta la coordinación del comportamiento de mercado de los operadores, pero precisamente por ello se ha recurrido a la UAHE. En efecto, se trata de una asociación creada en 1910, que agrupa a 414 empresas, entre las que se encuentran pequeños **almacenes** pero también grupos de empresas verticalmente integrados, lo que le confiere una amplia representatividad del sector (el 90% del volumen comercializado). Una representatividad que se ve reforzada por su estructura interna, que garantiza la presencia en la Junta Directiva de las distintas agrupaciones de zona en que se divide la UAHE, estando los vocales de la Junta Directiva obligados a informar de todo lo tratado en la misma a los asociados de la zona que represente, y a recoger de ellos las propuestas que en su nombre hayan de exponer en la siguiente sesión (HP 1, 6 a 9). Dadas estas características, la UAHE es sin duda el instrumento idóneo para poder lograr una homogeneización anticompetitiva del cobro de los extras, que se sabe difícil de conseguir, pero que se considera necesaria para la rentabilidad de sus negocios: De hecho, la UAHE viene insistiendo y recomendando desde hace años que el objetivo de la política comercial de los almacenistas debe ser conseguir margen antes que volumen de facturación (HP 25, 30, 34, 35 y 41: "este mantenimiento de la cuota no se realizará a costa de No aplicar los EXTRAS").

En este sentido, en el expediente existe abundante prueba que acredita que esa homogeneización exigía de acciones conjuntas desde la UAHE no exentas de dificultades. Por ejemplo: "la implantación del sistema de tarificación... exige... una acción conjunta de toda la UAHE para explicar a nuestros clientes los cambios a realizar (HP 13); "fue aceptado por los miembros de la Junta Directiva, que la UAHE aproveche sus comunicados y reuniones para incidir en la recuperación del cobro de los servicios" (HP 24); "tampoco se están cobrando los servicios, es muy recomendable que se envíe una carta desde la UAHE" (HP 25); el presidente preguntó a los vocales de las zonas "qué acciones se pueden emprender desde la UAHE en el cobro de los portes" (HP 27); "Desde la UAHE se recomienda cobrar los portes aparte, siendo además importante perseverar en este sentido y no caer en el desánimo a pasar de tratarse de un asunto muy recurrente" (HP 28); "sobre la posibilidad de tomar medidas en caso de detectar prácticas desleales. Se le respondió que las decisiones de la zona en este sentido, serán respaldadas desde la UAHE" (HP 31); "tantear el interés de los asociados en que desde la Unión de Almacenistas se busquen mecanismos que faciliten la implantación de dichos cambios" (HP 35).

En el fundamento de derecho anterior el Consejo ha considerado acreditado que el nuevo sistema de facturación acordado por la Junta Directiva y por la Asamblea General de la UAHE de 11 de enero de 2008, en el que se desglosa el precio final en una base más unos extras, incluía la determinación de los servicios que se cobrarían como extras, los productos y clientes a los que se les aplicaría, la cuantía mínima del recargo y el sistema de cálculo de los mismos. Igualmente se ha considerado probado que este acuerdo estuvo precedido de una labor previa de concienciación descrita en los HP, a través de la cual la UAHE informó a los asociados, estableció orientaciones muy específicas y propició ya una pauta común de comportamiento entre las empresas asociadas, que habiendo producido efectos parciales (determinados asociados habían comenzado a cobrar determinados servicios), no pudo conseguir el grado de coordinación deseado ni la homogeneización del comportamiento de los almacenistas respecto del cobro de los extras que se busca con el acuerdo de enero de 2008. El Consejo considera que los distintos hechos probados acreditan un comportamiento de la UAHE que constituye una infracción única y continuada en el tiempo de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE, que ha tenido por objeto anticompetitivo fijar condiciones comerciales y precios mínimos de los almacenistas de **hierro**.

La UAHE considera que la fijación de los recargos financieros mínimos del documento que contiene los extras mínimos a aplicar en el nuevo sistema de facturación aprobado en la Asamblea General de 11 de enero de 2008 sería una conducta exenta por aplicación del art. 4.1 de la LDC en relación con los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en la medida en que los recargos financieros fijados en ese documento "están en línea" con los que resultan de la aplicación de la Ley 3/2004, es decir, a los tipos de interés legal de demora vigentes durante el segundo semestre de 2007 y durante el año 2008. Este Consejo no cuestiona si los recargos financieros determinados por la UAHE son coincidentes o están más o menos en línea con el interés legal de demora que, conforme a la legislación citada, podría legítimamente reclamar individualmente el almacenista al cliente que se retrasa en el pago de la mercancía servida, sino el hecho de que una asociación de empresas haya determinado y recomendando el recargo financiero mínimo que sus asociados deben reclamar a los clientes, y siendo ésta la conducta imputada resulta evidente que no está amparada por la Ley 3/2004 y, en consecuencia, no resulta de aplicación la exención legal del art. 4.1 de la LDC."

Por último, la Sala ha de descartar la consideración de la conducta de recomendar y adoptar un sistema de facturación que incluye precios mínimos como una infracción de menor importancia (artículo 5 de la Ley 15/2007) habida cuenta que la infracción ha sido realizada por una asociación que agrupa el 90% del mercado en valor, se inició en octubre de 1999 y continuó hasta junio de 2008; ha afectado a precios, por



cuanto el sistema de facturación aprobado incluye una recomendación de precios mínimos y otras condiciones comerciales.

La segunda de las conductas sancionadas por su carácter restrictivo es la consistente en la remisión por la UAHE a los asociados de modelos de cartas dirigidas a los clientes planteándoles diversas alternativas para los pagos que vencen en períodos vacacionales (hecho probado 19). Del anterior relato probatorio se desprende que la finalidad de la difusión de los modelos de carta por parte de la hoy actora entre los asociados no es otra que propiciar un estrategia de actuación común ante una situación, el aplazamiento por los clientes de los pagos que vencen en los meses de vacaciones y especialmente en agosto, como correctamente apreciara la CNC apoyándose en el contenido de los modelos de cartas remitidas a los asociados con tres alternativas diferentes a las que podrían acogerse sus clientes, determinándose la cuantía de la bonificación o del recargo a aplicar; sin olvidar el hecho de que los asociados eran conocedores de que todos ellos son destinatarios de dicha recomendación, lo que refuerza la potencialidad homogeneizadora de su contenido en la medida en que reducen la incertidumbre sobre el comportamiento entre competidores.

Por ello es correcta la calificación de la conducta como recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1 de la LDC iniciada en mayo de 2005 y mantenida hasta, al menos, abril de 2008.

Al respecto tampoco puede merecer acogida la tesis actora de que esos hechos no constituyen una recomendación colectiva prohibida, pero de serlo estaría exenta por aplicación de los artículos 4.1 y 1.3 de la Ley 15/2007. En particular la actora considera que dicha conducta estaría amparada por lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, junto con la más reciente Ley 15/2010.

Pero ninguna de estas disposiciones contiene, frente a lo alegado, habilitación para la conducta colusoria descrita; de ahí que el motivo debe ser desestimado.

Por lo demás, y siendo la recomendación de alternativas de pago para los vencimientos en períodos vacacionales una conducta restrictiva por objeto, al igual que la primera de las conductas sancionadas, no obstante ello existen datos en el expediente administrativo debidamente acreditados y que se relatan en la resolución impugnada que confirman, en definitiva, que era una conducta con aptitud para homogeneizar el comportamiento comercial de los almacenistas en relación con los recargos y bonificaciones por aplazamientos de pago en los períodos vacacionales.

Insiste, por último, la parte actora en su demanda en que el Consejo no ha tenido en cuenta las atenuantes concurrentes, motivo éste que igualmente ha de ser rechazado a la vista del pormenorizado análisis que se contiene también al respecto en la resolución impugnada:

"La UAHE alega que concurren diversas atenuantes: (1) el envío masivo a los asociados de una carta el 17 de junio de 2008 resaltando el carácter voluntario y libre de la aplicación o no del nuevo sistema de facturación como de la determinación de los servicios que se presten al cliente, constituye a su criterio la realización de actuaciones que ponen fin a la infracción así como la realización de actuaciones para reparar el daño causado; (2) que no se ha producido un seguimiento por parte los asociados; (3) que ha colaborado activa y efectivamente con la CNC, en tanto que solicitó la terminación convencional y ha aceptado que pudo haber cometido un error puntual, manifestando su disposición a remediarlo aceptando las condiciones que la CNC estimase oportunas; (4) el escaso impacto en el mercado de las infracciones, tanto porque las empresas no aplican los precios mínimos de los extras recomendados por la UAHE como por el hecho de que representan un porcentaje pequeño sobre el total facturado; (5) la total publicidad con que ha actuado, y el hecho de haber sometido su conducta al escrutinio de asesores jurídicos, hacen prueba de que no se trata de acuerdos secretos y del interés de la asociación por cumplir con la legalidad vigente y su buena fe.

El Consejo considera que ninguna de estas circunstancias puede atenuar la responsabilidad administrativa de la UAHE por la comisión de las dos infracciones de la legislación de competencia señaladas. En cuanto a la primera alegación, habiendo concluido el Consejo que la primera de las infracciones se mantuvo vigente hasta junio de 2008, no se aprecia cómo podría reducir la cuantía de la multa una conducta que se produce ese mismo mes, y con el objeto de evitar que se materializase la advertencia de acudir a la autoridad de competencia formulada por determinados clientes a los almacenistas que implantaron el nuevo sistema de facturación y los extras mínimos acordados por la UAHE. En cuanto a la falta de seguimiento, en el fundamento de derecho anterior el Consejo ha rechazado que la prueba aportada por la UAHE acredite el no seguimiento de la recomendación, cuando por el contrario en el expediente existe abundante prueba que acredita que determinados almacenistas han aplicado el sistema de facturación y extras mínimos de la Asociación, así como la elevada probabilidad de que el seguimiento haya sido generalizado atendiendo a que fue aprobado por un amplio número de empresas, sin ningún voto en contra, y a que fue objeto de una estrategia muy elaborada de difusión y seguimiento por parte de la UAHE. Tampoco aprecia el Consejo en la solicitud de terminación convencional una forma de colaboración activa y



efectiva con la CNC, por cuanto ni en la solicitud de terminación convencional (realizada antes de formular la DI el PCH; folios 5279 a 5288), ni en el posterior reconocimiento de haber cometido un error puntual (consistente en la elaboración en diciembre de 2007 de un documento sobre costes mínimos de los servicios complementarios), como tampoco en ninguna otra fase del procedimiento, la Asociación ha aceptado, siquiera en hipótesis, haber realizado las infracciones imputadas en el PCH y en la Propuesta de Resolución. En cuanto a la alegación relativa al escaso impacto en el mercado de la conducta de UAHE, por el hecho de que sólo afecte a una parte pequeña (el 2/3%) del total del precio final del producto (el material representa el 90/92%), resulta oportuno resaltar que lejos de ser un hecho que se pueda apreciar como atenuante revela la gravedad de la conducta, por cuanto afecta a la parte del precio final en la que es factible una competencia efectiva entre los almacenistas. De hecho, la UAHE recomendó en diversas ocasiones a los asociados poner más atención en políticas de margen antes que de volumen de facturación o de cuota de mercado (HP 25, 30 y 34), y a ese fin se recomendó el nuevo sistema de facturación como fórmula que ayude a los almacenistas a "salvaguardar los márgenes"(HP 35). Por último, se alega la publicidad de la actuación y la petición de asesoramiento legal como prueba de la buena fe y del interés de la UAHE en no incurrir en prácticas anticompetitivas. Esta alegación no se puede aceptar desde el mismo momento en que se ha negado la existencia de una recomendación de fijación de precios mínimos, cuya existencia se ha tratado de ocultar mediante el chequeo por parte del asesor legal de lo "qué puede figurar por escrito..., qué se puede decir y qué no,..." (folio 3823, HP 41), o a través de la recomendación de destruir o no difundir documentación "que puede interpretarse como una práctica anticompetitiva" (HP 62), o de eliminar "todas las referencias a la UAHE y a poder ser a los mínimos para cada servicio" (HP 52). Y en cuanto a la existencia de informes de asesores legales que sostienen la licitud de la conducta que la UAHE, el Consejo quiere resaltar que, con carácter general, estos asesoramientos o auditorías de competencia ni pueden tener virtualidad para excluir la competencia de esta Comisión para aplicar la prohibición de acuerdos restrictivos, ni tampoco para enervar la responsabilidad administrativa de quien sea declarada autora de la infracción. En este caso, la UAHE señala que los pronunciamientos de los dos asesores jurídicos de la asociación se refieren a la licitud de un comportamiento (recomendar un sistema de facturación que desglose los extras que es de aplicación voluntaria por los asociados y que no incluye precios mínimos), que no es el imputado y por el que es sancionada la asociación, que en definitiva ha consistido en adoptar y recomendar un sistema de facturación que incluye el precio mínimo de los servicios complementarios."

[...] De lo anterior deriva la desestimación del recurso y paralelamente la confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la Asociación UNIÓN DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 16 de abril de 2013 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Asociación UNIÓN DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 5 de junio de 2013, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito y su copia, y en su virtud tenerme por personado en tiempo y forma, en nombre de la UNIÓN DE ALMACENISTAS DEL HIERRO DE ESPAÑA (UAHE) y por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN contra la SENTENCIA DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 2013 dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recaída en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 447/2010, y previos los trámites de rigor se dicte Sentencia por la que, estimando el presente Recurso y casando la recurrida, se acuerde consecuentemente la anulación de la Resolución dictada contra mi mandante por la Comisión Nacional de la Competencia impugnada o, subsidiariamente, reduciendo de manera muy significativa la multa de 650.000 euros impuesta a la UAHE. ».

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 14 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1º Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Unión de Almacenistas de **Hierros** de España ("UAHE") contra la sentencia de 19 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso nº 447/2010, en lo que se refiere a los apartados c) y d) del motivo que la parte recurrente individualiza como "B" en el escrito de interposición.



2º Admitir el recurso de casación interpuesto contra la referida sentencia, en relación exclusivamente con el motivo que individualiza como "primero", (basado en el artículo 88.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción) y con los apartados a) y b) del motivo que la recurrente individualiza como "B" en el escrito de interposición.

Y para la substanciación del recurso, en la parte que se admite, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala conforme a las reglas de reparto de asuntos . » .

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 8 de enero de 2014, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 20 de febrero de 2014, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA. » .

SEXTO.- Por providencia de fecha 29 de junio de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 27 de octubre de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la Asociación UNIÓN DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de mayo de 2010, recaída en el expediente S/0106/08, que acordó imponerle una sanción de 650.000 euros, como responsable de sendas infracciones del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , al quedar acreditadas las conductas consistentes en recomendar y adoptar un sistema de facturación para sus asociados, que fija los recargos a aplicar a los clientes, su cuantía mínima y las condiciones de aplicación que ha durado de octubre de 1999 a junio de 2008, y en difundir entre sus asociados modelos de carta sobre alternativas de pago a ofertar a los clientes en periodo vacacional, la que se ha prolongado durante el periodo de abril de 2007 a abril de 2008.

El recurso de casación se articula en la formulación de dos motivos de casación.

En el primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de los actos que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión, se denuncia que la sentencia no ha resuelto de forma motivada todas las cuestiones planteadas en la demanda, tal como exige el artículo 67 del referido texto legal , en relación con el artículo 33.1 LJCA , y con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues nada resuelve sobre la falta de motivación de la resolución sancionadora y la errónea valoración de la prueba y de las circunstancias atenuantes, así como sobre la «exención legal» y la «conducta exceptuada».

Se aduce también la infracción del artículo 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por no haber apreciado la Sala de instancia la infracción del artículo 48.4 LJCA , al no estar foliado parte del expediente remitido, lo que ha causado indefensión. Se alega que se ha producido quiebra del principio de imparcialidad, que resulta aplicable a la Administración Pública sancionadora, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos . También se habría vulnerado el derecho de acceder al expediente, al no haber podido conocer el contenido de dos tomos del procedimiento administrativo declarados confidenciales por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

El segundo motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, imputa a la sentencia de instancia la vulneración de las normas de valoración de la prueba, contenidas en los artículos 281 y siguientes y en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los hechos objetivos que considera



acreditados, en cuanto no se ha desvirtuado que el sistema de facturación fue aprobado en la Asamblea General de la UAHE de 11 de enero de 2008.

También se alega que la Sala de instancia ha realizado una interpretación errónea de la prueba, habiendo adoptado conclusiones jurídicamente erróneas sobre presupuestos de hecho aceptados como probados, pues considera que la conducta consistente en «recomendar y adoptar un sistema de facturación» fue adoptada por la Junta Directiva y la Asamblea General de la UAHE de 11 de enero de 2008, pero sin embargo, estima que la conducta infractora se produjo desde el año 1999, lo que vulnera el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que exige que cada acción u omisión infrinja el mismo o semejante precepto.

SEGUNDO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.

El primer motivo de casación, en el subapartado que denuncia la infracción del artículo 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en el artículo 33.1 del referido texto legal, y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser acogido, pues rechazamos que la sentencia recurrida adolezca de falta de motivación, ya que apreciamos que la Sala de instancia ha dado una respuesta suficientemente precisa a los motivos de impugnación planteados en el escrito de demanda formalizado en la instancia, en que sustentaba la pretensión de nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con base, entre otros argumentos, en la vulneración del derecho a un tribunal imparcial, del derecho de acceso al expediente, del derecho a la presunción de inocencia, del principio de tipicidad, del derecho a la prueba, del derecho de motivación, oponiendo además la exención legal de las conductas y la excepción de la conducta.

En efecto, estimamos que carece de fundamento el reproche que se formula a la sentencia de falta de motivación, en primer término, por no contener «una motivación propia y suficiente», en relación con el defecto de motivación de la resolución sancionadora y la errónea valoración de la prueba y de las circunstancias atenuantes, y la exención legal de la conducta sancionada, al reproducir literalmente -según se aduce- lo alegado por la Administración, ya que la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida permite constatar que la Sala de instancia expone con suficiente claridad las razones jurídicas por las que cabe estimar ajustada a Derecho la sanción impuesta a la Unión de Almacenistas de **Hierro** de España, como responsable de la comisión de sendas infracciones del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, partiendo de los hechos acreditados en la resolución sancionadora, que no han sido desvirtuados en sede judicial, que permitan descartar que se haya producido una errónea valoración de la prueba por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, o que las conductas colusorias imputadas tengan cobertura legal (FJ 8), o puedan considerarse conductas exentas, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.3 y 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por aplicación del artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o que no se hayan tenido en cuenta las circunstancias atenuantes concurrentes (FJ 9), infiriéndose del conjunto de razonamientos de la sentencia que tampoco cabía apreciar que la recomendación colectiva sancionada, consistente en la difusión de modelos de carta sobre alternativas de pago, se encuentre exceptuada de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, por contribuir al progreso económico y hacer partícipe a los consumidores de las ventajas.

Por ello, estimamos que la sentencia recurrida respeta la consolidada doctrina de esta Sala jurisdiccional sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del deber de motivación de las resoluciones judiciales, que garantiza el artículo 120.3 de la Constitución, que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/2006, de 24 de abril, 67/2007, de 27 de marzo, 44/2008, de 10 de marzo, 139/2009, de 15 de junio y 160/2009, de 29 de junio, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico.

En las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003), dijimos:

« El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de



diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. ».

En suma, en aplicación al caso litigioso de la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, concluimos el examen de este subapartado del primer motivo de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido en vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, puesto que hemos constatado que en la fundamentación de la sentencia recurrida se responde de forma suficientemente razonada y en términos jurídicos a los distintos argumentos expuestos para fundamentar los motivos de impugnación formulados en el escrito de demanda, sin incurrir en quiebras lógicas del razonamiento en la determinación de los hechos relevantes ni en la valoración de las pruebas practicadas en autos, ni en la apreciación de las circunstancias atenuantes concurrentes, ni en el examen de las causas de exención legal de las conductas sancionadas.

El segundo subapartado en que se estructura el primer motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tampoco puede ser acogido, porque observamos que al amparo de este precepto, que dispone que «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder», se aducen irregularidades procedimentales originadas en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador e infracciones de carácter procesal, que o bien son infundadas, atendiendo a las circunstancias específicas del caso, -quiebra del principio de imparcialidad de la Comisión Nacional de la Competencia por haber comunicado la existencia del expediente sancionador a la Comisión Europea, y limitación del derecho de acceso al expediente, al declarar la Comisión Nacional de la Competencia la confidencialidad de diversos documentos-, o no tienen carácter invalidante -remisión del expediente sin foliar al Tribunal-, tal como aprecia la Sala de instancia con convincente rigor jurídico en la sentencia impugnada.

En efecto, en relación con la imputación de haber quebrado el principio de imparcialidad, compartimos el criterio de la Sala de instancia, expuesto en el fundamento jurídico 4 de la sentencia impugnada, respecto de que el hecho de que la Comisión Nacional de la Competencia haya remitido a la Comisión Europea la propuesta de resolución formulada por la Directora de Investigación, en aplicación del artículo 11.4 del Reglamento (CE) Nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, no permite sostener que la autoridad de competencia haya prejuzgado el caso, incurriendo en una lesión del derecho a un Tribunal imparcial que garantizan el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 24 de la Constitución española.

No obstante, aunque no tenga efectos casacionales, cabe matizar el pronunciamiento de la Sala de instancia respecto de que «el derecho a un Tribunal imparcial no resulta aplicable al Consejo de la CNC» (sic), que se efectúa en el fundamento jurídico 4 de la sentencia recurrida, puesto que si bien no cabe caracterizar propiamente a la autoridad reguladora de la competencia de «Tribunal independiente», a los efectos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estimamos que la garantía de imparcialidad es exigible respecto de aquellos órganos administrativos a quienes se encomienda el ejercicio de la potestad sancionadora que deben resolver el expediente con plena observancia de las garantías procedimentales y sustantivas que dan carta de naturaleza al derecho de defensa y al derecho a un proceso justo y equitativo, conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Al respecto, cabe significar que en la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 13 de julio de 2011 (T-138/07), confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2013 (C-501/11), se sostiene esta doctrina, en los siguientes términos:

«[...] Contrariamente a lo que sostienen las demandantes, debe considerarse que un procedimiento en el marco del cual la Comisión adopta una decisión por la que se declara una infracción y se impone una multa y que posteriormente puede someterse al control de los tribunales de la Unión cumple los requisitos del artículo 6, apartado 1, del CEDH. Es cierto que la Comisión no es un tribunal a efectos del artículo 6 del CEDH (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, van Landewyck y otros/Comisión, 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 81, y de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 7). Sin embargo, la Comisión está obligada a respetar los principios generales del Derecho de la Unión durante el procedimiento administrativo (sentencias del Tribunal General de 10 de marzo de 1992, Shell/Comisión, T-11/89, Rec. p. II-757, apartado 39; Cimenteries CBR y otros/



Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 718, y HFB y otros/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 391). ».

En este mismo sentido, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011 (Caso A. Menarini Diagnostics contra Italia), con mención de la sentencia de 23 de junio de 1981 (Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica), se refiere que el respeto al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no excluye que en un procedimiento de naturaleza administrativa la autoridad administrativa pueda imponer sanciones, que deben poder someterse a un control ulterior por un órgano judicial de plena jurisdicción, que deberá verificar si se han observado las garantías procedimentales y sustantivas enunciadas en dicha disposición.

Tampoco acogemos el reproche casacional que se formula a la Sala de instancia por haber vulnerado el derecho de acceso al expediente que había sido vulnerado en la tramitación del procedimiento sancionador, contraviniendo el artículo 3.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, pues no se ha justificado que la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia de declarar confidenciales diversos documentos sea irrazonable o arbitraria, o que haya producido lesión real y efectiva del derecho de defensa.

En efecto, ante la genericidad con que se formula este subapartado del primer motivo de casación, no apreciamos que el pronunciamiento de la Sala de instancia, de rechazar que se haya producido en la tramitación del procedimiento sancionador prescindencia de las reglas esenciales del procedimiento legalmente establecido incardinable como vicio de nulidad de pleno derecho en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , sea incongruente con el alcance de la garantía procedimental de acceso al expediente, puesto que cabe partir de la premisa, tal como advirtió la Directora de Investigación, de que la información contenida en los tomos declarados confidenciales no había sido utilizada en la resolución del expediente, por ser innecesaria para el esclarecimiento de los hechos, y que ni siquiera se había hecho referencia de ella en el pliego de concreción de hechos, de modo que no cabe deducir que se hubiera producido indefensión, al referirse también que de dichos documentos se realizó una versión no confidencial.

Por ello, no consideramos que la Sala de instancia haya vulnerado la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, formulada en el Auto de 13 de julio de 2006 , en relación con los presupuestos requeridos para que la autoridad reguladora de la competencia declare la confidencialidad de documentos obrantes en el expediente sancionador.

En el mencionado Auto de esta Sala jurisdiccional dijimos:

« [...] En el ámbito comunitario, la garantía de confidencialidad en este tipo de expedientes se prevé en los Artículos 214 TCEE y 20 del Reglamento 17/62 , así como el Reglamento Comunitario 3384/1994, de 21 de diciembre. Este último, en particular, señala que "no se comunicará ni se hará accesible la información, incluidos documentos, que contengan secretos comerciales de cualquier persona o empresa, incluidas las partes notificantes , otras partes afectadas y terceros, así como ningún otro dato confidencial cuya divulgación la Comisión no considere necesaria a los efectos del procedimiento y ningún documento interno de la Administración". Dichas normas, además, obligan a las autoridades y funcionarios a guardar secreto de los hechos que conozcan por razón de sus cargos.

En un sentido similar, desarrollando el marco normativo en el que se desenvuelve en el ámbito comunitario la obligación de comunicar a las partes la documentación obrante en un expediente en materia de competencia, la propia Comisión se dio determinadas disposiciones, que sobrepasaban las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia. Dichas normas están contenidas en su Duodécimo Informe sobre la política de competencia, y, en síntesis, y en cuanto ahora nos afecta, venían a determinar que "la Comisión considera que los siguientes documentos son confidenciales y, por consiguiente, no pueden ponerse de manifiesto a una determinada empresa: los documentos o partes de los mismos que contengan secretos comerciales de otras empresas; los documentos internos de la Comisión, tales como notas, proyectos u otros documentos de trabajo; cualquier otra información confidencial como, por ejemplo aquella que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete el carácter confidencial de los mismos".

Este secreto se extiende también, tal y como se determina en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el Asunto 53/84, Asunto Adams, a la debida diligencia en el tratamiento de las informaciones confidenciales que bajo esa condición llegan a conocimiento de la Comisión. En concreto dicha resolución señala, sobre el alcance de la obligación de secreto en el expediente administrativo, que el artículo 214 del Tratado prevé una obligación, especialmente para los miembros y agentes de las instituciones de la Comunidad, de no divulgar informaciones que por su naturaleza misma están cubiertas por el secreto profesional



y esencialmente las notificaciones relativas a las empresas concernientes a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus precios de venta. Si esta disposición atiende sobre todo a las calificaciones recibidas desde las empresas, la expresión "especialmente" muestra que se trata de un principio general que se aplica también a las informaciones suministradas por personas físicas, si esas informaciones son por su naturaleza confidenciales. Tal es sobre todo el caso de informaciones suministradas a título puramente voluntario, pero sujeta a una petición de confidencialidad para proteger el anonimato; "la institución que acepta recibir estas informaciones está obligada a respetar esas condiciones".

Se trata de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha encontrado respaldo en otras resoluciones posteriores, como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, dictada en el Asunto *British Gypson contra Comisión*, T-65/89, en la que se confirmó la decisión de la Comisión que no comunicó ciertos extremos del expediente a la empresa afectada, con fundamento en que ello supondría la revelación de otras empresas que habían colaborado con la Comisión y que podrían resultar perjudicadas por la difusión de la información.

[...]

Ahora bien, debe notarse que, frente al tratamiento procedimental de la obligación de secreto que, con el alcance que hemos mencionado, impera en materia de competencia en el ámbito europeo, el procedimiento español, en este concreto aspecto, goza de singularidades, entre las que destaca el mayor grado de seguridad jurídica que aporta el hecho de que se prevean actos expresos, tanto del Servicio como del Tribunal de Defensa de la Competencia, declarando confidenciales determinados extremos del expediente incluso de oficio. Se trata de decisiones que pueden ser fiscalizadas oportunamente y que determinan en particular a qué datos concretos se extienden las limitaciones de la difusión, más allá de genéricas categorizaciones.

Conviene recordar que la Ley de Defensa de la Competencia, en su artículo 53, determina que "el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en cualquier momento del expediente podrán ordenar de oficio o a instancia del interesado que se mantengan secretos los datos o documentos que considere confidenciales formando con ellos pieza separada", precepto conectado con el artículo 52 del mismo texto legal, a tenor del cual "todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión o cargo, están obligados a guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos".

Esta previsión de la Ley de Defensa de la Competencia guarda coherencia con la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992. El artículo 35.a) de dicha Ley consagra el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos, y el artículo 37 establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. No obstante, en el propio artículo 37 se determinan las excepciones y modulaciones a aquel derecho de acceso, y así, en su apartado 4º se puntualiza que "el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalearan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada" y el apartado 5º.d) matiza que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los expedientes "relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial".

Evidentemente, la declaración de confidencialidad acordada en el caso que aquí nos ocupa por el SDC y el TDC es plenamente coherente con esa regulación general del procedimiento administrativo, puesto que es la propia Ley de Defensa de la Competencia la que atribuye esa potestad e impone la limitación del derecho de acceso al expediente tramitado ante el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia, justamente porque en esta tipología de expedientes se examinan cuestiones atinentes a materias protegidas por el secreto comercial o industrial. » .

El segundo motivo de casación, fundado, en un primer subapartado, en la infracción de las normas de valoración de la prueba contenidas en los artículos 281 y siguientes y en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, pues observamos que en este planteamiento subyace en realidad la pretensión de modificar el pronunciamiento de la Sala de instancia, respecto de que la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con la conducta sancionada de recomendar y adoptar un sistema de facturación para sus asociados, que fija los recargos a aplicar a los clientes, su cuantía mínima y las condiciones de dicha aplicación, se produjo desde octubre de 1999, prolongándose la práctica colusoria hasta junio de 2008, en vez de 11 de enero de 2008, lo que excede del ámbito revisor del recurso extraordinario de casación.



En efecto, no compartimos la tesis que formula la defensa letrada de la Asociación recurrente, respecto de que siendo público y notorio que en la Asamblea General Extraordinaria de la Unión de Almacenistas de **Hierro** de España, celebrada el 11 de enero de 2008 se presentó y aprobó definitivamente la nueva herramienta de tarificación, que permitió implantar el nuevo sistema de facturación que separa el precio del metal del de los servicios o extras añadidos al mismo, la Sala de instancia no puede apartarse de este hecho probado, violando las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, en cuanto se elude que la conducta colusoria se derivó de los diferentes acuerdos adoptados por la Comisión de la UAHE desde el 4 de octubre de 1999, en que se decidió la implantación de un sistema de facturación.

En último término, también rechazamos que la Sala de instancia haya realizado una interpretación errónea de la prueba, en cuanto -según se aduce- no concurren los requisitos establecidos en el artículo 4.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, para considerar que se ha producido una infracción continuada del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto en la formulación de este reproche casacional se vuelve a insistir en el hecho de que la implantación del sistema de facturación comenzó a raíz del Acuerdo que se adoptó en la Asamblea General Extraordinaria de la Unión de Almacenistas de **Hierro** de España celebrada el 11 de enero de 2008, lo que contradice los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, acogidos en el pormenorizado relato fáctico recogido en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de mayo de 2010.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los dos motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Asociación UNIÓN DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 447/2010.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros a la parte recurrida.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Asociación UNIÓN DE ALMACENISTAS DE **HIERRO** DE ESPAÑA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 447/2010.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Jose Maria del Riego Valledor.- Diego Cordoba Castroverde.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.