



Roj: **SAN 1654/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1654**

Id Cendoj: **28079230062016100174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/05/2016**

Nº de Recurso: **536/2013**

Nº de Resolución: **194/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000536 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05107/2013

Demandante: LANTERO CARTÓN SL

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

Madrid, a trece de mayo de dos mil dieciséis.

VISTO, 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 **536/13**, seguido a instancia de "**Lantero Cartón SL**", representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. 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, que afecta a 14 empresas, procedió los días 10 y 11 de abril de 2013, a la entrada y registro en el domicilio de la mercantil Lantero.

2. Lantero solicitó a la CNC la declaración de confidencialidad de los siguientes bloques de documentos, seleccionados por grupos y aportando en determinados casos versiones no confidenciales de los mismos que finalmente fueron aceptadas por la CNMC, por lo que se ha posibilitado un acceso parcial a dicha información:

Grupo I:

Recogen información de notas referidas a reuniones y conversaciones telefónicas mantenidas entre Lantero y Saica (proveedor de Lantero) en los años 2004 a 2008, sobre acuerdos en relación con el suministro de papel y medidas futuras en el mercado del cartón ondulado.

-El folio 1242 pone de manifiesto una estrategia común ante una eventual operación corporativa entre la recurrente y Europcar en las que se consideró la posibilidad de realizar una estrategia común que no se llevó a término.

Grupo II:

-Incluyen anotaciones y cuadros sobre aprovisionamiento y compras de papel, que datan de 1992 a 2004.

Grupo III:

-Reflejan actas de su departamento comercial en las que se analizan la situación de diferentes clientes y las estrategias comerciales a llevar a cabo y versan sobre el porcentaje que suministra cada empresa a un determinado cliente.

3. El 5 de julio de 2013, la DI dictó Acuerdo por el que aceptaba parcialmente la confidencialidad solicitada por Lantero (se aceptó la confidencialidad respecto de 56 folios y se había solicitado para 509).

4. 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.

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. La fundamentación jurídica de la demanda y de las conclusiones, se basó en las siguientes consideraciones:

1. Sobre la confidencialidad de los folios controvertidos:

La recurrente justifica la calificación de confidenciales para cada uno de los Grupos de documentos, a pesar de su antigüedad, por el hecho de contener secretos de negocios.

a) Para el grupo I, en esencia, porque revelan prácticas comerciales de la recurrente de alto valor económico y estratégico con su principal proveedor de papel, que es la principal materia prima para elaborar el cartón ondulado.

Además, la estructura del mercado no ha variado y dichos documentos sólo afectan a la recurrente y a Saica, por lo que su confidencialidad no causa perjuicios a terceros.

Respecto del folio 1242 debe precisarse, que contiene conversaciones mantenidas entre Lantero y Europac sobre un eventual proyecto de fusión lo que no afecta a las demás empresas.

b) Grupo II:

Son documentos que reflejan la política de aprovisionamiento de la recurrente y no refieren contacto alguno entre competidores, por lo que son irrelevantes para fundar conductas prohibidas. A pesar de tener una antigüedad superior a 5 años, contienen secretos de negocios, al poner de manifiesto la forma en la que la recurrente analiza la información.

c) Grupo III:

Son documentos internos que reflejan las estrategias comerciales de la recurrente en relación a los clientes. La información se obtiene a través de los mismos clientes. No obstante, destaca que tienen carácter confidencial ya que contienen datos sobre la política de aprovisionamiento y sobre las condiciones comerciales que Lantero ofrece a sus clientes.



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:

-Respecto de los documentos de los grupos I y II, subraya que los documentos controvertidos tienen una antigüedad cercana a los diez años, por lo que de acuerdo con el punto 23 de la Comunicación de la Comisión sobre acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, y dado que la recurrente no ha acreditado suficientemente que los mismos mantienen las notas de los secretos comerciales, no procede mantener la confidencialidad.

-Respecto del folio 1242, la posibilidad de que sea la base de una eventual imputación por infracción hace que prevalezca el interés por su difusión.

-En relación con el grupo III, señala que, una vez admitido que la información proviene de los clientes comunes a los competidores, cabe aplicar el principio contenido en el punto 23 de la Comunicación referida, en el sentido de que no se considera confidencial la información relativa a una empresa, que ya se conozca fuera de la empresa.

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

QUINTO: .- 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.

SEXTO.- 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 incautados a la recurrente en el seno de una visita de inspección en su domicilio social, realizada por la División de Investigación.

SEGUNDO: Antes de proceder al examen de las alegaciones de las partes y a la valoración de la prueba practicada, resulta conveniente detenerse en el hecho de que mediante un Auto de 27 de enero de 2014, ratificado el 4 de abril siguiente, este Tribunal acordó denegar la medida cautelar solicitada por la recurrente consistente en la suspensión del acto recurrido con la consecuencia de la denegación del mantenimiento de la confidencialidad solicitada.

La recurrente apuntó de forma genérica la idea de que con la denegación de la medida cautelar, el recurso perdía su objeto. No obstante, no insistió en esta idea y más allá de ello prosiguió en la demanda y en conclusiones con su tesis anulatoria de la resolución, sin que la defensa del Estado incidiera tampoco en dicha circunstancia. Por esta razón pasamos a analizar directamente las cuestiones planteadas.

TERCERO: La primera precisión que debe hacerse se refiere al valor normativo de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, publicadas en el Diario Oficial de la Unión de 22 de diciembre de 2005 C-325 y, singularmente sus artículos 23 y 24, texto que es invocado por ambas partes como base legal para justificar sus diferentes posiciones.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este tipo de Comunicaciones se limitan a integrar una serie de líneas directrices que reflejan la experiencia vinculada a la práctica profesional y ajustada a la jurisprudencia, con la finalidad de autolimitar el poder discrecional de las Administraciones que las dictan y garantizar al mismo tiempo la aplicación del principio de igualdad. En definitiva, son simples reglas de experiencia que carecen, por lo tanto, de naturaleza normativa y en consecuencia ni vinculan a los tribunales ni éstos pueden calificar de base legal dichos textos.

No obstante lo anterior, su incumplimiento sí tiene efectos jurídicos, pues la Administración que las ha promulgado queda vinculada por ellas y su infracción opera siempre en perjuicio de éstas, pudiendo ser la causa final de la anulación de una actuación contraria a las mismas (Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2013, asunto T- 551/10, Fri-El Acerra Srl, apartado 27).

CUARTO: El argumento principal empleado para mantener la confidencialidad de los documentos integrados en los grupos I y II, es el del carácter histórico de la información contenida en los mismos y ello con independencia de su valor confidencial como secreto de negocios.



La jurisprudencia ha fijado, con carácter general y sin que ello constituya una regla rígida e inflexible, el plazo de cinco años como límite para proteger la información confidencial y un ejemplo reciente de dicha jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, asunto T-462/12, Pilkington, apartado 58, por lo que, en principio, las tesis de la CNC deben ser acogidas. La información que date de esa antigüedad o mayor, se considera histórica y por lo tanto accesible y pública.

No obstante lo anterior, resulta conveniente realizar las siguientes precisiones:

1. La invocación de el artículo 23 de la Comunicación de la Comisión antes referida, si bien es correcta desde el punto de vista de justificación de la propia conducta de la CNC que aplica en este caso el artículo 101 del TFUE, no es una regla de derecho que suponga la base legal de su actuación. La base jurídica se encuentra en una práctica arraigada que deriva de constantes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

Cuestión distinta es la de que la CNC, fijara un plazo inferior para la desprotección de los documentos en cuyo caso, el desvío de lo estipulado en el artículo 23 de la Comunicación produciría el efecto jurídico de anular la resolución.

2. Contrariamente a lo que se deduce de la resolución de la CNC, la aplicación de dicho plazo no opera de forma automática, pues la jurisprudencia citada admite la posibilidad de que la arte afectada pruebe que, a pesar del tiempo transcurrido, los documentos siguen teniendo valor comercial estratégico. La carga de dicha prueba corre a cargo de quien solicita el mantenimiento de la confidencialidad y puede basarse en circunstancias que tiendan a justificar la homogeneidad y estabilidad del mercado en el tiempo.

En el presente caso, es cierto, como denuncia la recurrente, que el planteamiento de la CNC fue excesivamente rígido, pues tras constatar que los documentos eran muy antiguos (en concreto los de los grupos I y II datan desde 1992 a 2008), decidió retirar, sin más, la calificación de confidenciales. Sin embargo, la realidad es que la recurrente no ha acreditado que concurrieran las condiciones necesarias para desvirtuar la presunción jurisprudencialmente establecida respecto de los documentos con más de cinco años de antigüedad.

Para ello sólo explicó que además de las informaciones puramente numéricas, los documentos contenían información sobre el tratamiento que debía darse a dicha información y sobre las técnicas para gestionarla, sin mayores especificaciones. Se acompañó una documental que viene a justificar la relevancia económica de la entidad recurrente y su importante presencia en el mercado afectado, y con la que se pretende justificar la homogeneidad de la estructura del mercado del cartón ondulado en 2003 y 2013. La información aportada no resulta suficiente para desvirtuar la presunción referida en los términos expuestos, pues reflejan una simple estadística sobre la composición y estructura de los grupos y empresas investigadas en 2013 y años inmediatamente anteriores y una información global del volumen de ventas de las empresas del sector en 2003, sin mayores precisiones y sin que sobre la base de dicha información se haya establecido un juicio técnico sobre su interpretación.

Por lo que al folio 1242 respecta, tal y como se razonado en el recurso nº 546/13 seguido ante esta misma Sala y Sección, 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 opción. 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

QUINTO: Finalmente y en relación con los documentos del grupo tercero, con independencia de dar por reproducidas las consideraciones antes realizadas respecto del valor de las Comunicaciones, se plantea la cuestión relativa al tratamiento de la información comercial de los competidores obtenida, no por contacto personal entre ellos, sino como consecuencia de una colaboración directa entre la recurrente y sus clientes, que es lo que la recurrente manifiesta que ha ocurrido.

Desde el punto de vista de la legalidad, el comportamiento descrito resulta plenamente compatible con el Derecho de la Competencia, como claramente indica la STG de 14 de marzo de 2013 asunto T-587/08 Fresh del Monte, apartados 344 y 345.

Desde el punto de vista del tratamiento confidencial de dicha información, la cuestión admite diversas matizaciones, como sugiere la recurrente, sin que por el simple hecho de que la información provenga de los clientes necesariamente deba calificarse como pública. En este sentido puede citarse la STG de 16 de junio de 2015, asunto T-655/11 FSL Holdings, apartado 282, que relativiza la premisa inicial de publicidad absoluta de una información obtenida por la vía de un cliente, si la misma incorpora un juicio de valor emitido por un competidor.

De lo expuesto podemos concluir que si bien el punto de partida es el de entender que la información obtenida de una fuente externa, como es el caso de los clientes comunes, puede ser calificada inicialmente



como pública y ello por su propia naturaleza, debe tomarse en consideración la prueba que la parte afectada pueda aportar para desvirtuar dicha declaración (en el caso mencionado por la última sentencia citada, los comentarios añadidos de un tercero). Así las cosas, no podemos aceptar el planteamiento genérico realizado por la recurrente ya que la eventualidad de que en dicha información, en principio pública según su tesis, se incorpore algún elemento confidencial, deberá ser objeto de prueba por quien alega dicha circunstancia, no siendo suficiente un mera alegación genérica sobre dicha problemática.

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto.

SEXTO: 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

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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 18/05/2016 doy fe.