



Roj: **SAN 1051/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:1051**

Id Cendoj: **28079230062013100104**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/03/2013**

Nº de Recurso: **524/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1051/2013,**
STS 152/2015

SENTENCIA

Madrid, a uno de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 524/2011, se tramita, a instancia de **COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA S.A. Y EUROPA FERRYS S.**, representada por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso, contra

la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de fecha 21 de septiembre de 2011 (expediente SNC 0014/11), sobre obstrucción de la labor de inspección de la CNC, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 2.093.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Compañía Transmediterránea S.A. y Europa Ferrys SA interpuso el 11 de octubre de 2011 recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Consejo de la CNC de 21 de septiembre de 2011.

La Sala acordó por Decreto de 28 de diciembre de 2011 tener por interpuesto el recurso ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Solicitado y recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes, por su orden, el trámite de conclusiones, quedaron éstos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 19 de febrero de 2013, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo de la CNC, de 21 de septiembre de 2011, que impone a la actora una sanción por la comisión de una infracción de obstrucción de la labor de inspección de la CNC tipificada en el apartado 2.e) del artículo 62 de la Ley 15/07, de 3 de julio de Defensa de la Competencia .

La Resolución de la CNC impugnada efectuaba en su parte dispositiva los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO.- Declarar que la actuación de COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROPA FERRYS, S.A., en el curso de la inspección desarrollada por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia en su domicilio social el 25 de mayo de 2011 fue constitutiva de una obstrucción de la labor de inspección de la CNC tipificada en el apartado 2.e) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que se considera responsables a COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROPA FERRYS, S.A.

SEGUNDO.- Imponer solidariamente a la COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROPA FERRYS, S.A. por la infracción declarada en el resuelve anterior una sanción de 2.093.000 EUROS, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.a) del artículo 63 de LDC .

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación a que valore si la conducta del Director Regional de Trasmediterránea y Director de Europa Ferrys pudiera ser constitutiva de una obstrucción a título personal a la labor inspectora tipificada por el artículo 62.2 e) de la LDC .

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

SEGUNDO.- La parte actora plantea las siguientes cuestiones en su escrito de demanda:

- 1.- Vulneración del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución por la indebida denegación de toda la prueba testifical propuesta.
- 2.- Ausencia de tipicidad de la conducta, por cuanto la actuación de las sociedades no obstruyó de ninguna forma la labor de inspección de la CNC.
- 3.- La aplicación del artículo 62.2.e) de la LDC por parte de la resolución impugnada supone una exégesis contraria a los principios de legalidad y tipicidad, en su vertiente de exigencia de previsibilidad en la aplicación de las normas sancionadoras.
- 4.- Vulneración del principio de proporcionalidad.
- 5.- El dispositivo tercero de la resolución: remisión a la DI de la CNC para valorar si la conducta de cierta persona física pudiera ser objeto de sanción, carece de fundamento.

El Abogado del Estado en su contestación se opone a las pretensiones de la actora.

TERCERO.- Son datos fácticos relevantes a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, recogidos en el Acta de inspección y constatados en la relación de hechos probados de la resolución impugnada y que dada su extensión damos por reproducidos, los siguientes:

Que a las 9.30 del día 25 de mayo de 2011, se personaron los inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia en la sede de las empresas Compañía Trasmediterránea, S.A. y de su filial Europa Ferrys, S.A. a fin de proceder a dar cumplimiento a la Orden de Investigación de fecha 18 de mayo de 2011, expedida por la Directora de Investigación de la CNC, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC).

Que dada la incomparecencia del Director Regional de Trasmediterránea y Director de Europa Ferrys y de cualquier otra persona responsable de la empresa, la secretaria es informada que el objeto de la visita es la realización de una inspección en materia de competencia, informándose igualmente que la CNC ha recabado autorización judicial de entrada en el domicilio de la empresa para la práctica de la inspección, autorización que ha sido concedida por el Juzgado.

Que pese a exigir en reiteradas ocasiones se procediese a la firma del recibí del Auto judicial y de la Orden de Investigación y que se facilitase el inicio inmediato de las labores materiales de la inspección, ésta se dilató en el tiempo por diversas causas, tales como el hecho de que el Director Financiero no atendiese al equipo inspector por dos veces, la falta de apoderamiento del Director Financiero y, la falta de respuesta del Departamento jurídico pese a haberse remitido vía fax toda la documentación.

Que solicitada a la Secretaria primero y al Director financiero después, ante la inexistencia de un organigrama o esquema de la estructura de la empresa en su delegación de Algeciras, la elaboración de un organigrama manuscrito o la explicación verbal de dicha información, dicha información también se dilata en el tiempo



por cuanto se manifiesta por ambos, la necesidad de recabar autorización de sus superiores para facilitar información sobre la empresa. Ante la advertencia por parte de la inspección del deber de colaboración, se elabora dicho organigrama así como una relación de empleados que adolecen de errores y omisiones.

Asimismo se solicita la presencia del responsable de informática de la empresa que acude momentos más tarde al objeto de facilitar determinada información sobre los sistemas y aplicaciones informáticas utilizados por la empresa, así como de la organización del correo electrónico. Producida a las 12.30 una interrupción súbita cuando la inspección estaba accediendo a los servidores de la sede central de la empresa en Madrid se intenta recabar la presencia del Director de sistemas quien informa que se ha ausentado de la sede y que se personará a la mayor brevedad posible, lo que se produce a las 13.35 horas restableciéndose las comunicaciones sin que se facilitase información alguna sobre dicha incidencia.

Que requerida la presencia del Director y Delegado de Transmediterránea en Algeciras, quienes utilizan ordenador portátil, sin que exista copia almacenada del correo electrónico en el servidor de la empresa se requiere la presencia de los mismos junto con sus ordenadores, siendo informados que el Delegado se encuentra de vacaciones -hecho acreditado- y que el Director que había sido informado a las 9.45 horas de la inspección y que se hallaba en unas jornadas o cursos está de camino a la sede en Algeciras, manteniendo su teléfono móvil desconectado y desplazado un empleado al lugar donde se esta celebrando la jornada, para recabar personalmente la presencia del Director, éste se había ausentado para desplazarse de manera urgente a Gibraltar.

La ausencia de los directivos de la empresa unida a las contingencias reseñadas en cuanto al acceso a la información de correo electrónico de dichos directivos, ha dificultado el análisis de dicha información por el equipo inspector.

Finamente y a las 20.10 horas, tras entregarse a los representantes de la empresa varias copias del acta de inspección, es firmada a las 21.45 horas.

CUARTO: Alega en primer lugar la actora la vulneración del derecho de defensa, por cuanto se denegó la prueba propuesta.

Al respecto debe señalarse que el presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión.

La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".

Consta en el expediente que la hoy recurrente propuso como medios de prueba la documental y la testifical, siendo la primera admitida y denegada la segunda de forma motivada y justificada, ya que de los cinco testigos propuestos, tres son empleados de la empresa y dos son inspectores presentes el día de la inspección, resultando intrascendente a los efectos de desvirtuar el contenido el acta, cualquiera que hubiera sido el desarrollo de la prueba. A pesar de sus extensas alegaciones la empresa imputada no ha logrado acreditar la indefensión material que le ha provocado la denegación de las pruebas propuestas. Como ha afirmado la AN en su sentencia de 16 enero 2008 "el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el acta de la inspección. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado."

Debe además señalarse que en el presente recurso la parte actora solicitó el recibimiento del pleito a prueba y solo propuso la prueba documental, no la testifical por lo que no pueda alegar indefensión alguna, cuando tuvo la posibilidad de subsanar la omisión de aquella prueba que a su juicio resultaba tan relevante.



QUINTO.- La demanda sostiene la vulneración del principio de tipicidad por cuanto ninguno de los hechos imputados puede subsumirse en el tipo infractor y por cuanto se ha llevado a cabo una interpretación de la norma contraria al principio de *lex certa* y de seguridad jurídica.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los hechos imputados anteriormente descritos, debe precisarse que a juicio de esta Sala la valoración de los mismos debe ser realizada en su conjunto y no de forma aislada o independiente como propugna la parte actora para reputar insuficiente la concurrencia del tipo infractor, ya que todos ellos se sucedieron en el curso de la inspección sin solución de continuidad y denotan una manifiesta actitud de obstrucción a la labor inspectora.

Respecto de la dilación injustificada del comienzo de la inspección debe señalarse que la firma del recibí de la documentación relativa a la inspección y el inicio de la misma se retrasó notoriamente por varias causas, la falta de personación en la sede del Director de la empresa, que si bien se encontraba en unas jornadas, fue avisado a las 9.45 de la existencia de la inspección, y tras dar unas breves instrucciones a la secretaria y comunicar que se dirigía a la empresa, desconectó su teléfono móvil, abandonó dichas jornadas para acudir a Gibraltar a resolver un asunto cuando un empleado de la empresa se personó para reclamar su asistencia, sin que se personase en la empresa durante el tiempo que duró la inspección.; el retraso en la comunicación de instrucciones por parte el Departamento jurídico de la matriz en Madrid, la demora en la comparecencia del Director Financiero que si bien en un primer momento no pudo atender a la inspección por encontrarse realizando consultas en un segundo momento contestó que estaba ocupado, la decisión de eludir y delegar la responsabilidad de firmar y la instrucción del departamento jurídico de no firmar hasta contar con asistencia letrada presente en la sede. Solo cuando el equipo inspector tuvo que insistir reiteradamente en que dicha conducta podría ser considerada un delito de desobediencia a la autoridad judicial y una negativa a facilitar el acceso a la empresa y que sería necesario recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad del Estado, el Departamento jurídico dio la orden de firmar el recibí.

Debe destacarse que de lo que se trataba era de firmar un simple recibí, para la entrega de la documentación, consistente en el auto judicial de entrada en la sede de la empresa y la Orden de investigación, no la prestación de un consentimiento ni de un permiso de entrada que había sido autorizada judicialmente. Por tanto no solo es la demora sino las constantes negativas y evasivas las que han permitido convertir una inspección sorpresiva en una inspección previamente anunciada, con los perjuicios que ello supone para la labor inspectora.

En segundo lugar vamos a hacer referencia a la presentación de la documentación requerida con retraso y de forma incompleta, pues transcurrieron más de tres horas desde la primera solicitud del organigrama de la empresa hasta que se entregó de forma completa y correcta.

La finalidad de dicha exigencia radica en la necesidad de que la inspección pudiese conocer la organización básica de la compañía inspeccionada para saber donde dirigir sus pesquisas, pues bien, tras señalarse que no se disponía de un organigrama previamente elaborado se solicita se realice de forma manuscrita al iniciar la inspección (18) y se vuelve a solicitar posteriormente (45), requerimiento que tampoco es atendido bajo pretexto de requerir autorización para dar información sobre la empresa, tras el oportuno apercibimiento, el Director Financiero elabora un organigrama manuscrito, con un carácter extraordinariamente simple faltando en el mismo el Delegado de la Compañía de Algeciras, pero es que, exigida una relación nominal de los trabajadores de la compañía esta se acompaña de forma incompleta omitiendo al Director Regional y al Delegado de la Compañía de Algeciras.

Es el propio tipo infractor el que enumera como conductas típicas la de "presentar documentación incompleta, incorrecta o engañosa", así como la de "no contestar a las preguntas formuladas o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa". (art. 62.2.e) LDC .

En tercer lugar la interrupción súbita de las comunicaciones informáticas que impidió el acceso por parte de los inspectores a la información de correo electrónico alojada en los servidores de la sede central en Madrid, durante 45 minutos y durante dicha interrupción no pudo contarse con la asistencia del responsable de sistemas de la empresa por encontrarse ausente de la misma, retrasando su personación durante una hora, pese a manifestar que acudiría a la mayor brevedad. Se trata de un apagón informático de una magnitud y duración no habitual en una compañía que, entre otros aspectos, ofrece sus servicios comerciales de transporte marítimo a través de la red.

Finalmente y en cuanto a la incomparecencia del Director regional durante toda la jornada de la inspección, a pesar de que su presencia fue requerida repetidamente por el equipo inspector, con objeto de acceder a la documentación almacenada en su ordenador portátil y solicitarle explicaciones sobre la misma, destacar que el citado Director tuvo conocimiento de la inspección por vía telefónica a las 9.45 horas, hecho no solo recogido en el acta (14) sino reconocido por la propia empresa en sus alegaciones (folio 166), cuando se encontraba en un seminario que estaba celebrándose en Algeciras, ante las repetidas solicitudes por parte del equipo



inspector para su comparecencia junto con su ordenador portátil, la empresa realizó diversas alegaciones tales como que se encontraba de camino a la sede, que tenía desconectado su móvil, hasta se desplazó a un empleado al lugar donde se celebraban las jornadas habiéndose el Director ausentado de las mismas para acudir a Gibraltar, incluso a las 13.40 horas la empresa ofreció desplazar a un trabajador a Gibraltar para contactar personalmente con él y recabar su presencia en la sede, tres horas después no se dio ninguna respuesta. La inspección concluyó a las 21.45 horas sin que el Director compareciera.

SEXTO: Indica la parte actora que la Resolución recurrida vulnera el principio de tipicidad de las infracciones administrativas.

Hemos de iniciar el examen de esta alegación señalando que la Sala tiene por acreditados todos los hechos que se recogieron en el acta de inspección de 25 de mayo de 2011, firmada por dos de los funcionarios de la CNC intervinientes y un representante de la empresa recurrente.

El artículo 62.2.e) LDC considera infracción leve:

La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

1. No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección.
2. No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.
3. Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia

Debe destacarse que los ejemplos enunciados en los apartados 1, 2 y 3 no constituyen una lista tasada, pues previamente el precepto señala que tales conductas "...entre otras..."

La parte actora sostiene que el retraso no está tipificado como una forma de obstrucción y que calificar como obstrucción un mínimo retraso supone una interpretación extensiva y analógica peyorativa, proscrita en el ámbito sancionador.

Sin embargo, la conducta que se sanciona no es el retraso, se trata de una sola infracción pero integrada por distintos comportamientos, anteriormente referidos, subsumidos en el mismo tipo, es decir dirigidas a un mismo fin que es dificultar la labor inspectora sobre todo si se tiene en cuenta la importancia que el factor tiempo juega en una inspección de carácter sorpresivo.

Como razona la resolución impugnada, el tipo de la infracción no exige en ningún caso el requisito de que la obstrucción a la labor inspectora sea de tal entidad que la impida o frustre completamente, y así lo corroboran buena parte de los ejemplos de obstrucciones que reseña el artículo 62.2.e) LDC, que no contemplan sino un entorpecimiento la inspección, como la presentación incompleta de libros y documentos, y las respuesta incompletas o inexactas a las preguntas formuladas por la CNC.

Entendiendo entonces por "...obstrucción por cualquier medio de la labor inspectora..." la obstaculización o el entorpecimiento encaminados tanto a impedir como a dificultar el normal desarrollo de la inspección. La Sala considera que las diversas actuaciones de dilación, evasivas y engaños es una forma de obstrucción a la labor inspectora que tiene pleno encaje en la infracción descrita por el artículo 62.2.e) LDC.

La parte actora argumenta que la obstrucción ha de ser trascendente, en lo que está de acuerdo la Sala, pero para conocer la trascendencia que puede tener tal demora o retraso en los hechos enjuiciados, hemos de valorar la importancia que pueda tener empezar en un momento o en otro las inspecciones que autoriza la LDC.

La Sala considera que esta no es una cuestión irrelevante, donde dada la naturaleza de la información que se busca, confirma la importancia de comenzar las actuaciones de forma inmediata a la notificación de la orden de investigación, pues el objeto de la investigación consiste en comunicaciones, datos e informaciones que constituyan prueba de conductas prohibidas por la LDC, y tales comunicaciones y datos es posible que no se encuentren en soporte papel y a la vista, sino en soporte digital (correos electrónicos y otros documentos digitales), almacenados en los ordenadores y archivos informáticos de la empresa, donde pueden ser destruidos o transportados a otros lugares con facilidad, por lo que el factor tiempo juega en una inspección de carácter sorpresivo, dada la facilidad con que pueden ser trasladados o destruidos.

Debe además destacarse que se comunicó la Orden de investigación, la inspección reiteró en diversas ocasiones el deber de colaboración que correspondía a los representantes de la empresa y que la negativa a la labor inspectora podía calificarse como de obstrucción, por lo que dicha conducta es directamente imputable a título de dolo o culpa, de lo que se deduce su responsabilidad administrativa, ya que es claro que la entidad

recurrente estaba expresamente advertida y conocía en el momento de los hechos que la obstrucción de la inspección era una falta leve de la LDC.

SÉPTIMO: La parte actora considera que la multa impuesta en la Resolución recurrida, por importe de 2.093.000 euros, es desproporcionada, pues al no concurrir agravante ni atenuante la sanción impuesta debe ser el mínimo previsto en la Ley.

El artículo 63.1.a) LDC establece que las infracciones leves pueden ser sancionadas:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Así pues, la LDC ha fijado la base de la multa en el 0,5% sobre "*...el volumen de negocios total...*"

Un elemento fundamental en la determinación de las sanciones es el relativo a la culpabilidad del infractor: no procedería la imposición de una sanción aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia, si no concurre el elemento subjetivo de dolo o culpa.

Por otra parte el principio de proporcionalidad, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de mayo de 2004) constituye "*un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.*"

La CNC ha respetado el principio de culpabilidad, que exige que la imposición de la sanción tenga fundamento en la existencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad (STC 129/2003) habiéndose acreditado su concurrencia según lo dicho más arriba.

Ahora bien ello no justifica sin más la sanción impuesta de 2.093.000 euros, que aún cuando esta comprendido dentro del rango que la propia norma establece, resulta desproporcionada en relación con las circunstancias concretas del caso, considerando esta Sala que la misma debe atemperarse aplicando el principio de equidad o mitigación del rigor de la norma en relación con el caso concreto, tal y como establece el artículo 3.2 del C.C ., de manera que se produzca un equilibrio entre la infracción cometida y la responsabilidad exigida, considerando en base a ello que la sanción que procedé no es la correspondientes al 0,5% del volumen de negocios total de la empresa sino el 0,1%.

OCTAVO: Finalmente y por lo que respecta al dispositivo 3 de la resolución impugnada que insta a la DI a valorar si la conducta del Director Regional de la Compañía antes descrita puede o no ser constitutiva de una obstrucción a título personal a la labor inspectora tipificada por el art. 62.2.e), dicha impugnación no puede prosperar porque la actora carece de legitimación para impugnar un acto administrativo que perjudica en su caso y de forma exclusiva al referido Director Regional, amén de que se trata de una simple orden de incoación de investigación de la que no ha resultado todavía perjuicio alguno para dicho Director, ni del mismo se desprende indefensión .

NOVENO.- Los anteriores razonamientos nos llevan a estimar en parte el presente recurso sin que se aprecien méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA S.A Y EUROPA FERRYS, S.A.** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de septiembre de 2011, a la que la demanda se contrae que anulamos en parte en cuanto al importe de la sanción impuesta que queda reducida a 418.600€. Sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 524/2011, CON FECHA 1 DE MARZO DE 2013.

Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, viene referida al carácter de la conducta enjuiciada, que, a mi juicio, no constituye una infracción prevista en el artículo 62.2 e) de la Ley 15/2007. Esta afirmación la sostengo en los siguientes razonamientos:

PRIMERO : Los hechos declarados probados, por la mayoría y que comparto, son los siguientes:

" Que a las 9.30 del día 25 de mayo de 2011, se personaron los inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia en la sede de las empresas Compañía Trasmediterránea, S.A. y de su filial Europa Ferrys, S.A. a fin de proceder a dar cumplimiento a la Orden de Investigación de fecha 18 de mayo de 2011, expedida por la Directora de Investigación de la CNC, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC).

Que dada la incomparecencia del Director Regional de Trasmediterránea y Director de Europa Ferrys y de cualquier otra persona responsable de la empresa, la secretaria es informada que el objeto de la visita es la realización de una inspección en materia de competencia, informándose igualmente que la CNC ha recabado autorización judicial de entrada en el domicilio de la empresa para la práctica de la inspección, autorización que ha sido concedida por el Juzgado.

Que pese a exigir en reiteradas ocasiones se procediese a la firma del recibí del Auto judicial y de la Orden de Investigación y que se facilitase el inicio inmediato de las labores materiales de la inspección, ésta se dilató en el tiempo por diversas causas, tales como el hecho de que el Director Financiero no atendiese al equipo inspector por dos veces, la falta de apoderamiento del Director Financiero y, la falta de respuesta del Departamento jurídico pese a haberse remitido vía fax toda la documentación.

Que solicitada a la Secretaria primero y al Director financiero después, ante la inexistencia de un organigrama o esquema de la estructura de la empresa en su delegación de Algeciras, la elaboración de un organigrama manuscrito o la explicación verbal de dicha información, dicha información también se dilata en el tiempo por cuanto se manifiesta por ambos, la necesidad de recabar autorización de sus superiores para facilitar información sobre la empresa. Ante la advertencia por parte de la inspección del deber de colaboración, se elabora dicho organigrama así como una relación de empleados que adolecen de errores y omisiones.

Asimismo se solicita la presencia del responsable de informática de la empresa que acude momentos más tarde al objeto de facilitar determinada información sobre los sistemas y aplicaciones informáticas utilizados por la empresa, así como de la organización del correo electrónico. Producida a las 12.30 una interrupción súbita cuando la inspección estaba accediendo a los servidores de la sede central de la empresa en Madrid se intenta recabar la presencia del Director de sistemas quien informa que se ha ausentado de la sede y que se personará a la mayor brevedad posible, lo que se produce a las 13.35 horas restableciéndose las comunicaciones sin que se facilitase información alguna sobre dicha incidencia.

Que requerida la presencia del Director y Delegado de Trasmediterránea en Algeciras, quienes utilizan ordenador portátil, sin que exista copia almacenada del correo electrónico en el servidor de la empresa se requiere la presencia de los mismos junto con sus ordenadores, siendo informados que el Delegado se encuentra de vacaciones -hecho acreditado- y que el Director que había sido informado a las 9.45 horas de la inspección y que se hallaba en unas jornadas o cursos está de camino a la sede en Algeciras, manteniendo su teléfono móvil desconectado y desplazado un empleado al lugar donde se esta celebrando la jornada, para recabar personalmente la presencia del Director, éste se había ausentado para desplazarse de manera urgente a Gibraltar.

La ausencia de los directivos de la empresa unida a las contingencias reseñadas en cuanto al acceso a la información de correo electrónico de dichos directivos, ha dificultado el análisis de dicha información por el equipo inspector.

Finamente y a las 20.10 horas, tras entregarse a los representantes de la empresa varias copias del acta de inspección, es firmada a las 21.45 horas."

En la valoración de estos hechos, se habla en la sentencia de la que discrepo, de dilación injustificada del comienzo de la inspección debe señalarse que la firma del recibí de la documentación relativa a la inspección y el inicio de la misma se retrasó notoriamente por varias causas, o de la falta de personación en la sede del Director de la empresa, o de el retraso en la comunicación de instrucciones por parte el Departamento jurídico de la matriz en Madrid, o de la demora en la comparecencia del Director Financiero. Comparto con la mayoría, que los comportamientos descritos constituyen demoras pero no así que las mismas constituyan

constantes negativas y evasivas, y mucho menos aún que han permitido convertir una inspección sorpresiva en una inspección previamente anunciada.

Efectivamente la demora en firmar el recibí para comenzar la inspección, viene determinado por consultas a la sede central de la empresa, y en absoluto encuentra fundamento fáctico la afirmación de que tal dilación convirtió la inspección en anunciada, pues no resulta que como consecuencia de la demora se hubiese ocultado o borrado información relevante.

Se afirma que la presentación de la *documentación requerida con retraso y de forma incompleta, pues transcurrieron más de tres horas desde la primera solicitud del organigrama de la empresa hasta que se entregó de forma completa y correcta.* Existe un lapso de tres horas desde que se solicita el organigrama y este se entrega, pero este transcurso del tiempo no implica la entrega de documentación incompleta, como afirma la mayoría, sino el transcurso de tres horas en la entrega de los datos requeridos que no es equiparable a una entrega de documentación incompleta,

Se afirma igualmente que *la interrupción súbita de las comunicaciones informáticas que impidió el acceso por parte de los inspectores a la información de correo electrónico alojada en los servidores de la sede central en Madrid, durante 45 minutos y durante dicha interrupción no pudo contarse con la asistencia del responsable de sistemas de la empresa por encontrarse ausente de la misma, retrasando su personación durante una hora, pese a manifestar que acudiría a la mayor brevedad,* si bien ello resulta de los hechos probados no así la conclusión que extrae la mayoría, se trata de un *apagón informático de una magnitud y duración no habitual en una compañía que, entre otros aspectos, ofrece sus servicios comerciales de transporte marítimo a través de la red.* Considero que una interrupción de 45 minutos y una tardanza de una hora en la personación del responsable de sistemas, no puede calificarse de inhabitual, ni menos de maniobra obstructiva. En cuanto a la incomparecencia del Director, su presencia no era necesaria para realizar la inspección, hasta el punto de que la misma se realizó sin la misma.

Por último es importante resaltar que la inspección concluyó el mismo día esa misma tarde - a las 20.10 horas -, firmándose el acta a las 21.45 horas -.

SEGUNDO : El artículo 62.2 e) de la Ley 15/2007 dispone:

"e. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

1. No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección.

2. No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.

3. Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia."

Por su parte el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 23 determina:

"1. La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas de hasta un 1 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) proporcionen información inexacta o engañosa en respuesta a una solicitud formulada en aplicación del artículo 17 o del apartado 2 del artículo 18;

b) proporcionen información inexacta, incompleta o engañosa en respuesta a una solicitud formulada mediante decisión adoptada conforme al artículo 17 o al apartado 3 del artículo 18, o no faciliten la información en el plazo fijado;

c) presenten de manera incompleta, durante las inspecciones efectuadas en virtud del artículo 20, los libros u otros documentos profesionales requeridos, o no se sometan a las inspecciones ordenadas mediante decisión adoptada en aplicación del apartado 4 del artículo 20;

d) en respuesta a una pregunta planteada con arreglo a la letra e) del apartado 2 del artículo 20,

- den una respuesta inexacta o engañosa,

- no rectifiquen una respuesta incorrecta, incompleta o engañosa dada por un miembro de su personal dentro de un plazo máximo establecido por la Comisión, o bien

- omitan o se nieguen a dar una respuesta completa sobre hechos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección ordenada mediante decisión adoptada en virtud del apartado 4 del artículo 20;



e) *hayan roto los precintos colocados por los agentes o sus acompañantes habilitados por la Comisión en aplicación de la letra d) del apartado 2 del artículo 20.*"

En cuanto al Tribunal de Primera Instancia, ha contemplado un supuesto de obstrucción en su sentencia de 8 de octubre de 2008, en los siguientes términos:

"256 En cuanto a este tercer elemento de información, es preciso destacar que, en la Decisión (considerando 67), la Comisión precisó que el Ministerio de Justicia americano había anunciado el 4 de noviembre de 2002 que la filial de Morgan en los Estados Unidos había aceptado reconocerse culpable ante las acusaciones de participación en un cártel internacional dirigido a fijar los precios de diferentes tipos de productos eléctricos de carbono vendidos en los Estados Unidos y en otros países, y que la sociedad matriz del Reino Unido, Morgan, había aceptado reconocerse culpable ante las acusaciones de tentativa de obstrucción de la investigación. La Decisión menciona expresamente los escritos de acusación de 24 de septiembre de 2003 contra los cuatro antiguos responsables de Morgan por un gran jurado federal a causa de soborno de testigos y destrucción u ocultación de documentos durante el período comprendido entre abril de 1999 y agosto de 2001.

257 Consta además que la Comisión recibió un escrito de Morgan de fecha 30 de octubre de 2001 que completaba los elementos ya aportados en relación con su solicitud de clemencia formulada el 18 de septiembre de 2001, en el que se indica claramente que «es evidente que algunos empleados han retirado y/o destruido documentación pertinente».

258 Se manifiesta de esa forma que la Comisión fue informada por Morgan ya en 2001 de la ocultación y la destrucción por el propio personal de esa empresa de documentos relacionados con el cártel denunciado. La remisión de los escritos de acusación por la demandante, en septiembre de 2003, no hizo otra cosa que confirmar la realidad de actuaciones ya conocidas y la voluntad de Morgan de intentar en un primer momento encubrir su responsabilidad, a la vez que aportaba precisiones sobre las muestras concretas de esa voluntad."

El mismo Tribunal en su sentencia 17 de diciembre de 2009 manifiesta:

" Con carácter preliminar, procede recordar que, tanto la finalidad del Reglamento nº 17 como la enumeración por su artículo 14 de las facultades de que están investidos los Agentes de la Comisión ponen de manifiesto que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas sobre la competencia en los lugares donde normalmente se hallan, es decir, en los locales empresariales. Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o, incluso, con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas. Si bien es cierto que el artículo 14 del Reglamento nº 17 confiere, de este modo, a la Comisión amplias facultades de investigación, el ejercicio de estas facultades está sometido a condiciones apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas afectadas. A este respecto, debe señalarse, ante todo, la obligación impuesta a la Comisión de indicar el objeto y la finalidad de la verificación. Esta obligación constituye una exigencia fundamental, no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa. (sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, citada en el apartado 199 supra, apartados 26 a 29)."

El Reglamento configura la falta que analizamos desde la premisa de actuaciones consistentes en que proporcionen información inexacta o engañosa requerida por la Comisión en uso de facultades que le atribuye el reglamento, o bien, presenten de manera incompleta, durante las inspecciones efectuadas en virtud del artículo 20, los libros u otros documentos profesionales requeridos, o no se sometan a las inspecciones ordenadas, o que, - den una respuesta inexacta o engañosa, - no rectifiquen una respuesta incorrecta, incompleta o engañosa dada por un miembro de su personal dentro de un plazo máximo establecido por la Comisión, o bien - omitan o se nieguen a dar una respuesta completa sobre hechos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección ordenada mediante decisión adoptada en virtud del apartado 4 del artículo 20; o, por último, hayan roto los precintos colocados por los agentes o sus acompañantes habilitados por la Comisión.

Pues bien, los comportamientos tipificados por el Reglamento lo son conductas encaminadas a falsear la información dada a la comisión, no someterse a la inspección o romper los precintos. Todas ellas se encaminan directamente a privar a la Comisión del conocimiento de los hechos o a impedir la realización de la inspección, o a la posibilidad de alterar pruebas - es la ratio de la tipificación de la rotura de los precintos -.



La Ley 15/2007 no da una definición de obstrucción, aunque citada, a título enunciativo, determinados comportamientos que la constituyen:

- 1.- *No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados*
- 2.- *No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.*
- 3.- *Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia.*

Los comportamientos que han de ser subsumidos en el presente tipo infractor, ha de guardar semejanza con los descritos e incluirse dentro del ámbito de protección de la norma.

Se pretende, tipificando la obstrucción, castigar administrativamente aquellos comportamientos tendentes a impedir la inspección por parte de los órganos de defensa de la competencia, o alterar sus resultados.

Se trata de alterar el real contenido de libros o documentos o no responder a preguntas o romper los precintos. Todas ellas son conductas relevantes para alterar el resultado de la inspección o las pruebas necesarias.

En el caso que nos ocupa, las conductas han consistido esencialmente en dilaciones - a mi juicio, respecto del organigrama solicitado, no puede calificarse la dilación de documento engañoso, incorrecto o incompleto, porque la imputación consiste en que se tardó tres horas en su elaboración -.

Las dilaciones pueden ser calificadas de obstrucción si son aptas para perjudicar el bien jurídico protegido por la norma, esto es, hacer posible la inspección y obtener de ella hechos ciertos y verdaderos. Por lo tanto solo las dilaciones que hacen imposible la inspección u obtener un resultado cierto de ella pueden ser calificadas de obstrucción. Observemos el supuesto en que el Tribunal de Primera Instancia calificó el comportamiento de obstrucción: "*de soborno de testigos y destrucción u ocultación de documentos*"... "*es evidente que algunos empleados han retirado y/o destruido documentación pertinente*", y, aunque puede admitirse como obstrucción actos que no revistan tal gravedad, deben, al menos, tender a los fines antes señalados, impedir o falsear la inspección.

En el presente caso, a mi juicio, los actos no revisten entidad suficiente para subsumirlos en el tipo infractor, y ello porque se trata de dilaciones - no se ha imputado la alteración de datos -, que no han impedido ni podían impedir la realización de la inspección. De hecho la misma se llevó a efecto concluyéndose en el mismo día.

Solicitar instrucciones a la central de la empresa o solicitar la presencia de un abogado, no puede entenderse como una dilación obstructiva, porque se ejerce un derecho, o bien a la defensa, o bien se sigue el orden de toma de decisiones de la estructura de la misma.

Las dudas del principio sobre la persona que había de firmar el recibí se vinculan a la capacidad de decisión dentro de la estructura empresarial, la redacción del organigrama en tres horas, no es desproporcionada ni la presencia del encargado de sistemas en una hora.

En conclusión, los comportamientos imputados no pueden, a mi entender, ser calificadas de obstrucción en términos infractores, porque no han vulnerado el bien jurídico protegido por la norma, ni se dirigían a dicha vulneración.

Entiendo por todo ello que **debió estimarse el recurso con anulación de la Resolución impugnada, y de la sanción impuesta**.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Iltma. Sra. D^a. ANA ISABEL RESA GOMEZ, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-