



Roj: **STS 4899/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4899**

Id Cendoj: **28079130052021100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/12/2021**

Nº de Recurso: **5756/2020**

Nº de Resolución: **1529/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1000/2020,**
ATS 1168/2021,
STS 4899/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.529/2021

Fecha de sentencia: 20/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5756/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5756/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1529/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 20 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5756/2020 interpuesto por Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA), representado por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, bajo la dirección letrada de D. Juan José Lavilla Rubira, contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2020 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo nº 559/2017.

Ha sido parte recurrida, la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 25 de julio de 2017 del Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, que estima parcialmente el recurso de alzada frente a la resolución de 13 de marzo de 2017, en el expediente sancionador (PSC/2016/900) incoado a la recurrente por la comisión de 88 infracciones graves en materia de contratación alimentaria.

SEGUNDO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera) dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2020, cuyo fallo literalmente establecía:

"[...] **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIA), frente a la resolución de 25 de julio de 2017, dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA), en el expediente sancionador PSC/2016/900, que estima parcialmente el recurso de alzada interpuesto por dicha entidad contra la resolución de 13 de marzo de 2017, por el Secretario General de Agricultura y Alimentación, a que las presentes actuaciones se contraen y confirmar la expresada resolución por su conformidad a Derecho.

Con expresa condena en costas al recurrente."

TERCERO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA), el cual se tuvo por preparado en auto de fecha 25 septiembre de 2020 dictado por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo y remisión de las actuaciones.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha 12 de febrero de 2021 declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar:

"[...] si las condiciones contractuales pactadas por un distribuidor con los fabricantes o proveedores, relativas a la comercialización de los productos y a los precios de referencias comerciales pueden considerarse como <información comercial sensible> a efectos de la LCA y en su caso, si atendidas las circunstancias concretas del caso, el suministro de tal información a un consultor y un despacho de abogados, es susceptible de ser sancionada conforme al artículo 23.1 g) LCA."

Y, a tal efecto, dicho auto, identificó como normas jurídicas que debería ser objeto de interpretación: "[...] artículo 23.1 g) LCA en relación con el artículo 5 h) de la LCA y 542.3 de la LOPJ."

QUINTO.- La parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito presentado el 31 de marzo de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó:

"[...] que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha 15 de abril de 2020 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 559/2017 y, previos los trámites pertinentes, dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso:

1. Fije los criterios interpretativos expresados en el número 1 del Motivo Tercero del presente escrito.



2. Declare que ha lugar a la casación de la citada Sentencia de 15 de abril de 2020 y la anule.

3. Estime el mencionado recurso contencioso-administrativo 559/2017, anulando las Resoluciones administrativas en él impugnadas y, por ende, las 86 sanciones impuestas a DIA o, subsidiariamente, acuerde los pronunciamientos indicados en el número 2.b) del Motivo Tercero del presente escrito

4. Condene en las costas de la instancia a la Administración demandada."

SEXTO.- Por providencia de 5 de abril de 2021 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, lo que así hizo en escrito presentado el 14 de mayo siguiente, en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando que: "[...] admita este escrito y su copia, tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales."

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.- Por providencia de fecha 21 de julio de 2021 se designó nuevo magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 23 de noviembre de 2021, en que comenzó la deliberación, que finalizó el 30 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

Se impugna en este recurso la sentencia dictada en fecha 15 de abril de 2020 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo nº 559/2017, interpuesto por la entidad Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIA) frente a la resolución de 25 de julio de 2017, dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA), en el expediente sancionador PSC/2016/900 que, a su vez, estimó parcialmente el recurso de alzada interpuesto por dicha entidad contra la resolución de 13 de marzo de 2017, dictada por el Secretario General de Agricultura y Alimentación del citado Ministerio, que había impuesto a la recurrente un total de 88 sanciones administrativas de 80.000 € cada una, por la comisión de 88 infracciones graves en materia de contratación alimentaria (anulándose en la alzada dos de las mencionadas infracciones).

En la sentencia impugnada se hizo constar que el desglose de infracciones era el siguiente:

"a) Cuarenta y cuatro infracciones administrativas tipificadas en el párrafo g) del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto (exigir o revelar información comercial sensible de otros operadores que haya sido obtenida en el proceso de negociación o ejecución de un contrato alimentario, incumpliendo el deber de confidencialidad, así como utilizar dicha información para fines distintos a los expresamente pactados en el contrato), detalladas en el apartado a) de los cargos PRIMERO a CUADRAGÉSIMO CUARTO del Acuerdo de Inicio de expediente sancionador.

b) Treinta y cuatro infracciones administrativas tipificadas en el párrafo f) del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto (exigir pagos adicionales sobre el precio pactado en el contrato, salvo en los supuestos previstos en la propia Ley), detalladas en el apartado b) de los cargos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, NOVENO, DÉCIMO, DUODÉCIMO, DÉCIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO, DÉCIMO QUINTO, DÉCIMO SEXTO, DÉCIMO SÉPTIMO, DÉCIMO OCTAVO, DÉCIMO NOVENO, VIGÉSIMO, VIGÉSIMO PRIMERO, VIGÉSIMO SEGUNDO, VIGÉSIMO QUINTO, VIGÉSIMO SEXTO, VIGÉSIMO OCTAVO, TRIGÉSIMO, TRIGÉSIMO SEGUNDO, TRIGÉSIMO CUARTO, TRIGÉSIMO QUINTO, TRIGÉSIMO SEXTO, TRIGÉSIMO SÉPTIMO, TRIGÉSIMO NOVENO, CUADRAGÉSIMO, CUADRAGÉSIMO SEGUNDO, CUADRAGÉSIMO TERCERO Y CUADRAGÉSIMO CUARTO del Acuerdo de Inicio de expediente sancionador.

c) Diez infracciones administrativas tipificadas en el párrafo e) del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto (realizar modificaciones de las condiciones contractuales que no estén expresamente pactadas por las partes), detalladas en el apartado c) de los cargos SÉPTIMO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO, VIGÉSIMO SEXTO, VIGÉSIMO OCTAVO, TRIGÉSIMO TERCERO, TRIGÉSIMO NOVENO Y CUADRAGÉSIMO CUARTO del Acuerdo de Inicio de Expediente Sancionador.

Como consecuencia del recurso de alzada interpuesto por la recurrente, quedaron reducidas a 86 sanciones, al haberse estimado las pretensiones de la recurrente y anulado los cargos cuadragésimo cuarto, apartados B y C".

SEGUNDO.- Cuestión que presenta interés casacional.

Pese a que la parte recurrente alegó en su escrito de preparación la existencia de interés casacional objetivo para que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre cuatro cuestiones, el auto de admisión dictado el 21 de febrero de 2021 estableció que "a juicio de esta Sección de Admisión, solo reviste interés casacional objetivo la segunda de las identificadas en el escrito de preparación, es decir la relativa a determinar si las condiciones contractuales pactadas por un distribuidor con los fabricantes o proveedores, relativas a la comercialización de los productos y a los precios de referencias comerciales son o no "información comercial sensible" a efectos de la LCA, y, sí el suministro de tal información a un consultor y un despacho de abogados, para un fin lícito y con garantía de confidencialidad de la información revelada, constituye o no la infracción tipificada en artículo 23.1 g) LCA".

En consonancia con esta cuestión, la Sección de admisión identificó como norma jurídica que, en principio, debía ser objeto de interpretación en sentencia el artículo 23.1 g) de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena, en relación con el artículo 5 h) de la referida Ley y el 542.3 de la LOPJ, sin perjuicio de que la sentencia se extendiera a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO.- Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional indicada en el auto de admisión.

Conforme a lo expuesto, debemos determinar, en primer lugar, si las condiciones contractuales pactadas por un distribuidor con los fabricantes o proveedores, relativas a la comercialización de los productos y a los precios de referencias comerciales son o no "información comercial sensible" a efectos de la LCA; y, en segundo término si el suministro de tal información a un consultor y un despacho de abogados, para un fin lícito y con garantía de confidencialidad de la información revelada, constituye o no la infracción tipificada en artículo 23.1 g) LCA.

I. Respecto a la primera de las cuestiones enunciadas, referida al concepto de información comercial sensible, el artículo 5.h) de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria establece:

" Información comercial sensible: Es aquel conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público, que están referidos a la naturaleza, características o finalidades de un producto, a los métodos o procesos para su producción, o a los medios o formas para su distribución o comercialización, y cuyo conocimiento es necesario para la fabricación o comercialización del producto".

A juicio de la Sala, es claro que en el concepto legal de "información comercial sensible" cabe incluir las condiciones contractuales pactadas por un distribuidor con los fabricantes o proveedores, relativas a la comercialización de los productos y a los precios de referencias comerciales.

Y esto es así porque, en la definición legal de "información comercial sensible", están literalmente incluidos los conocimientos técnicos referidos a la naturaleza, características o finalidades de un producto, y a los medios o formas para su distribución o comercialización, que son necesarios para la fabricación o comercialización del producto.

En este sentido, resulta evidente que la normativa reguladora que estamos analizando contempla la necesaria intervención de operadores profesionales en la cadena alimentaria y, precisamente, de esa cualidad de profesionalidad de los operadores, sustentada en su especialización y en la intensidad de su dedicación, cabe colegir fundadamente que para la adecuada fabricación y comercialización de un producto es necesario poseer un conjunto de conocimientos técnicos relativos a dicho producto (bien sean éstos referidos a su naturaleza, características, finalidades, o a los medios o formas para su distribución o comercialización) del que carece, con carácter general, el resto de la población (que es a lo que se refiere la ley cuando alude a que aquéllos " no son de dominio público").

Esta conclusión, por otra parte, se corrobora con la lectura de los artículos 9 y 13 de la mencionada Ley 12/2013, que regulan, respectivamente, el contenido mínimo que deben tener las condiciones contractuales pactadas en los contratos alimentarios y el suministro de información comercial sensible entre operadores de la cadena alimentaria.

En consecuencia, debemos dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas en el auto de admisión en los siguientes términos: *Las condiciones contractuales pactadas por un distribuidor con los fabricantes o proveedores, relativas a la comercialización de los productos y a los precios de referencias comerciales se integran en el concepto de "información comercial sensible" al que se refiere el artículo 5.h) de la Ley 12/2013 .*

II. La segunda de las cuestiones enunciadas es la atinente a si el suministro de la referida información comercial sensible a un consultor y un despacho de abogados, para un fin lícito y con garantía de confidencialidad de la información revelada, constituye o no la infracción tipificada en artículo 23.1 g) LCA.

Para resolver esta cuestión es preciso examinar los artículos 13 y 23.1.g) de la mencionada Ley 12/2013, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 13. Suministro de información comercial sensible .

1. *En los contratos alimentarios deberá concretarse por escrito la información que las partes deban suministrarse para el efectivo cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales, así como el plazo de entrega de dicha información, que en todo caso deberá ser proporcionada y estar justificada en razones objetivas relacionadas con el objeto del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia.*

2. *En ningún caso un operador podrá exigir a otro operador de la cadena información comercial sensible sobre sus productos, ni tampoco los documentos que permitan verificar dicha información, salvo que así conste en el contrato escrito de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.*

3. *La información comercialmente sensible que se obtenga en el proceso de negociación o ejecución de un contrato alimentario, se destinará exclusivamente a los fines para los que le fue facilitada, respetándose en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada.*

4. *Los operadores no podrán exigirse ni desvelar información comercial sensible sobre otros operadores y, en particular, documentos que permitan verificar dicha información comercial.*

Artículo 23. Infracciones en materia de contratación alimentaria.

1. *Son infracciones leves en materia de contratación alimentaria, las siguientes:*

(...)

g) Exigir o revelar información comercial sensible de otros operadores, que haya sido obtenida en el proceso de negociación o ejecución de un contrato alimentario, incumpliendo el deber de confidencialidad, así como utilizar dicha información para fines distintos a los expresamente pactados en el contrato.

Dados los términos en que se nos plantea la cuestión por la Sección de Admisión, una primera aproximación al tenor literal de los preceptos que hemos transcrito podría llevarnos a dar a aquélla una respuesta positiva, esto es, a afirmar la concurrencia de los elementos integrantes de la acción típica -consistente en revelar información comercial sensible de otros operadores de la cadena alimentaria- aunque la información sensible se suministrara a un consultor o a un despacho de abogados con un fin lícito y bajo garantía de confidencialidad, pues los indicados preceptos no efectúan distinción alguna en función de quién sea el destinatario o receptor de ese suministro de información.

Sin embargo, esta afirmación debe ser necesariamente matizada. Lo que la normativa trata de evitar es que esa información sensible salga del ámbito que le es propio, que es el referido a los sujetos del contrato alimentario en cuya negociación o ejecución fue generada aquélla, sin consentimiento de éstos. Y, por eso, la normativa sanciona la infracción del deber de confidencialidad que pesa sobre dichos sujetos y también la utilización de dicha información para fines distintos de los pactados expresamente en el contrato.

Pero, eso no significa, necesariamente, que exista una prohibición absoluta de suministrar esa información sensible a un consultor o a un abogado. Es lógico -y perfectamente lícito- que un operador de la cadena alimentaria pueda recabar la asistencia técnica de aquellos profesionales en el curso de la negociación o ejecución de un contrato alimentario, pues el concurso de éstos puede serle beneficioso y hasta necesario para la correcta defensa de sus intereses. Por eso, en tales casos, el suministro de información sensible a dichos profesionales sin desbordar el ámbito al que nos hemos referido en el párrafo anterior estaría justificado.

Ahora bien, fuera de ese caso, la revelación de la referida información sensible está vedada, incluso, aunque el destinatario de ese suministro de información sea un consultor o un abogado. Esto es, fuera de aquel supuesto, daría igual que el suministro se realizara con un fin lícito y ofreciendo aquellos profesionales garantía de confidencialidad, porque lo que la ley prohíbe es que, sin el consentimiento de los sujetos del contrato alimentario a quienes afecta, se desborde el ámbito estricto de confidencialidad -delimitado por la ley- en que debe permanecer esa información sensible.

En consecuencia, podemos dar respuesta a la cuestión de interés casacional suscitada por la Sección de Admisión en los siguientes términos:



(i) El suministro de información sensible -generada en el curso de la negociación o ejecución de un contrato alimentario- a un consultor o a un abogado para un fin lícito y con garantía de confidencialidad de la información revelada, podrá constituir o no la infracción tipificada en artículo 23.1 g) LCA en función de las circunstancias concurrentes.

(ii) Cuando no se cuente con el consentimiento del otro operador de la cadena alimentaria afectado por el contrato, el suministro de la información sensible a esos profesionales -consultor o abogado- solo será lícito si se hiciere con la finalidad de que el suministrador reciba la asistencia técnica de aquéllos en el curso de la negociación o ejecución de ese contrato alimentario del que fuera parte, y siempre y cuando la información sensible suministrada quede circunscrita estrictamente a ese ámbito y finalidad, y no se utilice para fines distintos a los expresamente pactados en el contrato.

(iii) Fuera de ese supuesto, el suministro de esa información podría dar lugar a la infracción tipificada en artículo 23.1 g) LCA .

CUARTO.-Los razonamientos de la sentencia impugnada.

En la sentencia impugnada, la Sala de instancia llega a la conclusión de que está acreditado que la recurrente, DIA, incurrió en las 86 infracciones por las que fue sancionada en vía administrativa, de las que 44 se corresponden con la cuestión que fue declarada de interés casacional por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera.

Esas 44 infracciones estaban tipificadas en el párrafo g) del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto (exigir o revelar información comercial sensible de otros operadores que haya sido obtenida en el proceso de negociación o ejecución de un contrato alimentario, incumpliendo el deber de confidencialidad, así como utilizar dicha información para fines distintos a los expresamente pactados en el contrato), y fueron detalladas en el apartado a) de los cargos PRIMERO a CUADRAGÉSIMO CUARTO del Acuerdo de Inicio del expediente sancionador.

Esas infracciones consistieron -en esencia- en que, tras suscribir DIA y Eroski un Acuerdo de Colaboración el 24 de junio de 2015 para incrementar su competitividad a través de la negociación conjunta de sus condiciones de compra, con esa misma finalidad suministraron a una empresa consultora externa (Accenture S.L.) y a un despacho de abogados (Clifford Chance) información comercial sensible de diversos proveedores y fabricantes, con carácter previo a las reuniones con éstos y sin su consentimiento.

A este respecto la sentencia impugnada señala en su Fundamento Sexto:

"SEXTO.- El núcleo central de la cuestión debatida lo constituye, sin embargo, la valoración de la prueba existente en el presente procedimiento, tanto la abundante documental obrante al expediente como las respuestas a los requerimientos que la AICA efectuó a los fabricantes, así como las testificales celebradas en esta Sala.

A este respecto, ya se ha señalado que la tesis de la parte consiste en negar la existencia de una prueba válida y suficiente para imputarle las infracciones sancionadas.

En síntesis, ésta aducía en primer lugar, vulneración al derecho a la presunción de inocencia como consecuencia de la radical ausencia de pruebas válidas suficientes para demostrar la comisión de 86 infracciones del artículo 23.1 de la Ley 12/2013, añadiendo violación de los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica como consecuencia de la falta de claridad y precisión de las infracciones que se le imputan, así como la interpretación expansiva de las prohibiciones del artículo 23.1 g) e) y f) de la Ley 12/2013, que se hace por la Administración demandada.

Respecto del principio de presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 129/2003, de 30 de junio y las que en ella se citan que: "[~]"la presunción de inocencia, que rige sin excepción en el ordenamiento sancionador, garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad" [STC 195/1997, de 20 de junio (RTC 1997, 195), F. 4 b) y las resoluciones allí mencionadas]. En palabras de la STC 169/1998, de 21 de julio (RTC 1998, 169), el derecho a la presunción de inocencia en el campo del Derecho administrativo sancionador comporta "que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio" [...]".

Partiendo de esta premisa, examinaremos cada una de las infracciones imputadas en relación con el principio de presunción de inocencia que se denuncia vulnerado, comenzando por el análisis de la infracción prevista



en el artículo 23.1. g), " *exigir o revelar información comercial sensible de otros operadores*", y cuál ha de ser la interpretación adecuada y acorde a la definición que el artículo 5 de la ley ofrece.

En dicho precepto, apartado h), se define la información comercial sensible como " *aquel conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público, que están referidos a la naturaleza, características o finalidades de un producto, a los métodos o procesos para su producción, o a los medios o formas para su distribución o comercialización, y cuyo conocimiento es necesario para la fabricación o comercialización del producto*".

A la vista de tal definición, resulta obvio que las condiciones y pactos contractuales de Dia con los respectivos fabricantes y proveedores, medios de pagos y específicas condiciones pactadas con cada uno de ellos, entran claramente de lleno entre lo que se considera información sensible. A este respecto debemos tener en cuenta la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados, contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, en donde se dice que constituye un " *secreto comercial*" la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; y c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control. Como señala el representante del Estado en su escrito de alegaciones de 5 de junio de 2019, " *La utilización o revelación de un secreto comercial, de acuerdo con el artículo 4.3 de la Directiva, se considerarán ilícitas cuando, entre otros casos, las lleve a cabo, sin el consentimiento de su poseedor, una persona respecto de la que conste que concurre alguna de las condiciones siguientes: b) incumplir un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto comercial*".

En el mismo sentido, el artículo 3.1.g) de la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, ordena a los Estados prohibir que el comprador adquiera, utilice o divulgue secretos comerciales del proveedor ilícitamente en el sentido de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo. Como señala el representante del Estado, esta Directiva (UE 2016/943), ha sido incorporada, en estos mismos términos, al Derecho español, mediante la Ley 1/2019, de 2 de febrero, de Secretos Empresariales.

Partiendo de estas premisas, y con independencia de que, a tenor de las respuestas dadas por los fabricantes en los requerimientos efectuados por la AICA y posteriormente en la prueba testifical celebrada en la Sala, se pueda colegir, que, en las diversas reuniones mantenidas por Dia y Eroski, individualmente con cada uno de los proveedores, la mayor parte de estos manifestaron que en el curso de dichas reuniones, no se había desvelado ninguna información comercial, si bien, en bastantes casos apuntaban "dudas o sospechas" de que se hubieran producido, (véase en el siguiente fundamento jurídico las declaraciones del representante de Hero, Ferrero Iberica o Schweppes), de lo que no cabe duda, es que las informaciones que Dia suministró a un consultor externo (Accenture) y a la firma de abogados Clifford Chance, referentes a las condiciones comerciales con los fabricantes y proveedores, constituyen una revelación de información sensible, por cuanto se hicieron con carácter previo a las reuniones con dichos proveedores y por supuesto sin contar con su consentimiento. La actora expone en su escrito de demanda, lo siguiente:

" *Para el análisis de los aspectos comerciales, se solicitó a la consultora Accenture, S.L. (el "Consultor") la realización de un estudio preliminar, consistente en analizar los términos comerciales aplicados a las compras de DIA y EROSKI en relación con 6 proveedores; y determinar el impacto de una eventual mejora en dichos términos comerciales que podría resultar para el consumidor final y para las partes en el caso de que procedieran a negociar de forma conjunta la compra de sus respectivos volúmenes de suministros con dichos proveedores (Cláusula 3.1 del Acuerdo de Intenciones, folio 28 del fichero "B_000" del expediente administrativo).*

A estos efectos, DIA y EROSKI se comprometieron a suministrar a la firma de abogados Clifford Chance, asesor legal de ambas partes en este proyecto, toda la información necesaria para la elaboración de este estudio por parte del Consultor; y a que toda petición de información entre el Consultor y las partes se canalizase a través de esta firma de abogados y previa su revisión, sin que las partes pudieran interactuar directamente con el Consultor (Cláusula 3.3 del Acuerdo de Intenciones, folio 29 del fichero "B 000" del expediente administrativo).

El 11 de mayo de 2015, DIA y EROSKI procedieron a contratar a Accenture, S.L. (una compañía de servicios profesionales de estrategia y consultoría, que no realiza ninguna actividad económica en el ámbito de la cadena alimentaria) como Consultor para la realizar un estudio preliminar en el que se analizaran las condiciones



comerciales y el potencial de valor de la posible colaboración entre ambos distribuidores, todo ello bajo un marco de confidencialidad o metodología de "Clean Data Room" [...]

En particular, el proyecto contemplaba una primera fase, en la que se analizarían las condiciones de 6 proveedores, entre los que se encontraban COCA-COLA, PANRICO, PEPSICO, y CAMPOFRÍO; y una segunda fase en la que se irían incluyendo nuevos proveedores al análisis. En ambos casos, el análisis debería realizarse sobre las condiciones comerciales y volumen de compras históricos de DIA y EROSKI, correspondientes al año 2014 ...

Tanto la entrega de los datos necesarios para en análisis por parte de DIA y EROSKI al Consultor, como de cualquier petición de información adicional se canalizaría a través de la firma de abogados Clifford Chance.

Además, como parte del Acuerdo con el Consultor, Accenture, S.L. asumía un compromiso de confidencialidad, consistente en implementar un sistema de "Clean Data Room" (o caja negra), que impidiera que ninguna de las partes pudiera acceder a información confidencial de la otra parte; y a que las conclusiones del estudio solo se facilitaran a DIA y EROSKI siguiendo el formato establecido, una vez que hubieran sido revisadas por la firma de abogados externos designada al efecto".

Por tanto, y aún cuando resulta un tanto difícil asumir que en virtud de tal compromiso de confidencialidad, ni Dia ni Erosky conocieran las condiciones comerciales de cada uno con los proveedores del otro, pues para poder conseguir los fines del acuerdo de colaboración, es evidente que en algún momento de la negociación sin duda tuvieron que intercambiar dicha información, máxime cuando la firma de abogados Clifford Chance era la asesora de ambas entidades, de lo que no cabe duda es que solo el hecho de poner dicha información a disposición de la consultora Accenture y de Clifford Chance, ya constituye por si solo una revelación de información comercial sensible a terceros ajenos a las dos partes, Dia y el correspondiente fabricante o proveedor.

Así se deduce de la propia documentación obrante al expediente, pues en el documento obrante al fichero B-000, folio 37, documento con el anagrama de ACCENTURE, esta consultora expone que "los análisis se realizarán sobre las condiciones comerciales y volúmenes de compra del año 2014, incluyendo acuerdos "fuera de factura", información de la actividad promocional susceptible de consideración en el análisis, volúmenes de compra realizados durante 2014, y en el folio 124 del mismo Fichero B-000, se encuentra el modelo de acuerdo de confidencialidad, en el cual, y en primer término en el punto 5.1.2, se declara como estrictamente confidencial la información relativa cualquier dato o información que pueda recibir de manera directa o indirecta de DIA/EROSKI, y en particular, los servicios que pueda acordar prestar a los proveedores, información sobre volúmenes, precios o cualquier otro dato comercialmente sensible, lo que ya supone una contradicción con el criterio de la actora que niega que la información tenga el carácter de información sensible a los efectos de la ley.

Pero es que, en ese mismo documento, folio 125, punto 5.3, se contiene la siguiente cláusula " *No compartir con la otra parte del acuerdo (EROSKI/DIA) más información que la estrictamente necesaria para poder llevar a cabo las negociaciones objeto del acuerdo*". Se desconoce cual pueda ser la información considerada "estrictamente necesaria", pero es obvio que la propia Consultora era consciente de que el encargo que se le hacía por las dos distribuidoras Dia y Erosky, en algún momento y para cumplir su objetivo, exigía compartir alguna información entre ambas.

Por tanto, no existe ninguna vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando es la misma recurrente la que reconoce haber puesto en conocimiento de una consultora y de una firma de abogados, las condiciones comerciales individualmente pactadas con cada uno de los fabricantes o proveedores, por supuesto sin haber contado con su consentimiento, conducta que se debe entender como constitutiva de la infracción prevista en el artículo 23.1 g), por cuanto, como ya hemos analizado anteriormente, los medios o formas de comercialización o de distribución, están plenamente integrados en el concepto de "información comercial sensible" del artículo 5 de la Ley 12/2013, y dicha información se ha utilizado para fines distintos de los expresamente pactados en los contratos, con lo que se cumple perfectamente el tipo de la infracción del artículo 23.1 g).

En definitiva, la Sala, considera que se ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 172/2005 , que afirma que por lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia, sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (artículo 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humano y de las libertades fundamentales), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, entre otras).

En otro orden de cosas, también se argumenta por la recurrente, que el Consultor no es en modo alguno un operador de la cadena alimentaria, según se define en el apartado 5 c) de la ley, lo que ciertamente es correcto, pero debe señalarse que el tipo del artículo 23.1 g), no se refiere a revelar información sensible "a otros operadores", sino " *de otros operadores*", y en el caso presente, esa revelación se hizo al Consultor y a los asesores legales, que efectivamente no son operadores, pero sin embargo la información revelada correspondía a información sensible " *de otros operadores*", que es lo que exige la literalidad del precepto.

Por todo lo anterior, debe confirmarse la imposición de las 44 infracciones administrativas tipificadas en este apartado g)".

QUINTO.- El escrito de interposición.

La parte recurrente se opone a los razonamientos expresados en la sentencia impugnada y a las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia, imputando a ésta la comisión de las siguientes infracciones:

A) Infracción de los artículos 23.1.g), en relación con los artículos 5.c) y h) y 13, LCA y 25.1 de la Constitución .

A este respecto -en síntesis- comienza la recurrente por negar que la información suministrada por ella integre el concepto legal de información comercial sensible.

Subsidiariamente, alega que aunque la información suministrada fuera información comercial sensible, su revelación a un consultor y a un despacho de abogados no constituiría la infracción del artículo 23.1.g) LCA, ya que los mismos no son operadores a efectos de dicha Ley.

Subsidiariamente a lo anterior, alega que aunque se aceptara que la LCA prohíbe la relevación de información comercial sensible de un operador a cualquier tercero, aun si éste no es operador, la infracción del artículo 23.1.g) no se cometería si la información se revelara, como ocurrió, a asesores externos para fines lícitos y con garantía de la confidencialidad de la información revelada.

Y, subsidiariamente a lo anterior, alega que la Administración sancionó a DIA por el suministro de la información al consultor y a EROSKI, pero no por su revelación al despacho de abogados. La SAN, por su parte, confirma las sanciones por haberse revelado la información al consultor y al despacho (no a EROSKI). En relación con el despacho de abogados, pues, la SAN es inválida, pues los Tribunales controlan las sanciones administrativas, pero no pueden sancionar por hechos no sancionados por la Administración.

Concluye este apartado señalando que la apreciación por la Sala de las infracciones denunciadas en este apartado conllevaría la anulación de las 44 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.g) LCA y, subsidiariamente, de acogerse solo el motivo de impugnación expuesto en el número 6, la reducción de su importe a la mitad.

B) Infracción de los artículos 23.2, en relación con las letras g), f), e) y h) del artículo 23.1 , y 22.3 LCA , del artículo 131.3.c) LPAC y de la jurisprudencia sobre el concepto de reincidencia.

Señala al respecto que la estimación de este motivo de impugnación supondría que la calificación correcta para las 86 infracciones sería la de leves, con lo que la cuantía de las sanciones habría de reducirse sustancialmente (conforme al artículo 24.1.a) LCA, el importe máximo de la multa por infracción leve es de 3.000 euros) y, adicionalmente, muchas de las infracciones habrían prescrito.

C) Infracción del artículo 23.1.f), en relación con los artículos 12.2, LCA y 25.1 CE .

Alega a este respecto que, ante todo, "exigir", a efectos del artículo 23.1.f) LCA, equivale a "obtener" u "obligar a", de forma que, contra lo que sostiene la SAN, la conducta típica exige el resultado lesivo.

Subsidiariamente, alega que la sentencia vulnera los preceptos citados en el epígrafe, porque (i) las referencias a la "urgencia" y el "apremio" son incompatibles con el principio de tipicidad y, (ii) además, la SAN obvia el requisito esencial, que no concurre aquí, de que quien formule la solicitud urgente o apremiante esté en una posición de poder respecto de su destinatario.

Subsidiariamente, alega que, aun si se aceptaran los criterios interpretativos del artículo 23.1.f) LCA sostenidos por la Administración, su aplicación a los hechos considerados no justifica la confirmación de las 33 sanciones impuestas por las infracciones tipificadas por aquél.

Concluye este apartado señalando que la estimación de este motivo de impugnación supondría la anulación de las 33 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.f) LCA o, subsidiariamente, las correspondientes a los proveedores mencionados en su escrito.

D) Infracción de los artículos 23.1.e) LCA y 25.1 y 24.2 CE (presunción de inocencia).



Alega a este respecto que la sentencia impugnada confirma las 9 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.e) LCA por entender, en su FJ 8, (i) que "dejar de suministrar un determinado producto [su "desreferenciación"] supone una modificación de las condiciones contractuales, salvo que estuviera expresamente pactada, esto es, que en dichas condiciones se contemplara esa posibilidad" (pág. 24, tercer párrafo) y (ii) que entraña tal modificación el hecho de que, "frente a las nuevas tarifas que estos fabricantes de manera legítima solicitaron, Dia se negó a aceptarlas hasta que no se firmara el acuerdo con las dos empresas [DIA y EROSKI]" (pág. 26, primer párrafo).

Tales criterios vulneran los preceptos mencionados, a juicio de la recurrente, por lo que considera que la estimación de este motivo de impugnación conllevaría la anulación de las 9 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.e) LCA.

Finalmente, la parte recurrente precisa en el Fundamento Tercero de su escrito de interposición el sentido de las pretensiones deducidas y de los pronunciamientos solicitados en los siguientes términos:

1. En primer término, DIA va a pretender que la sentencia que resuelva el recurso de casación fije, conforme a la primera frase del artículo 93.1 de la LJCA, los siguientes criterios interpretativos en relación con la cuestión que el Auto de admisión del recurso consideró dotada de interés casacional objetivo:

* Las condiciones contractuales pactadas por un distribuidor con los fabricantes o proveedores, relativas a la comercialización de los productos y a los precios de referencias comerciales, no constituyen "información comercial sensible" a efectos de la LCA [y, en particular, de la infracción tipificada por su artículo 23.1.g)].

* En la hipótesis de que dicha información se considere "información comercial sensible" a efectos de la LCA, el suministro de la misma a un consultor y un despacho de abogados no es susceptible de ser sancionado conforme al artículo 23.1.g) LCA: (i) en todo caso, por no ser operadores, o, (ii) subsidiariamente, cuando la revelación se produce para fines lícitos y con garantía de la confidencialidad de la información revelada.

2. En segundo lugar, se va a pretender que, en aplicación de tales criterios y de las demás normas aplicables, y conforme a la segunda frase del artículo 93.1 de la LJCA, la sentencia:

a) Declare que ha lugar al recurso de casación y, en consecuencia, anule en su integridad la Sentencia recurrida.

b) Estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo 559/2017, sustanciado ante la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, anulando las Resoluciones administrativas impugnadas y, por ende, las 86 sanciones impuestas o, subsidiariamente:

* Conforme a lo expuesto en la letra A del Motivo Segundo, (i) anule íntegramente las 44 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.g) LCA o, (ii) subsidiariamente, de acogerse solo el motivo de impugnación hecho valer en el número 6 de dicha letra A, reduzca su importe a la mitad.

* Conforme a lo expuesto en la letra B del Motivo Segundo, declare que las 86 infracciones cometidas son leves y, en consecuencia, (i) anule, por prescripción de las infracciones correspondientes, las 44 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.g) LCA y las 20 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.f) LCA consistentes en la exigencia de pagos adicionales a los 20 proveedores enumerados en la tabla contenida en las págs. 87-88 de la demanda, y (ii) reduzca el importe de las 22 sanciones restantes de forma que el mismo no exceda de los 3.000 euros fijado como límite superior para las infracciones leves.

* Conforme a lo expuesto en la letra C del Motivo Segundo, (i) anule íntegramente las 33 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.f) LCA o, (ii) subsidiariamente, de acogerse solo el motivo de impugnación hecho valer en el número 4 de dicha letra C, anule las 14 sanciones impuestas por tales infracciones correspondientes a los proveedores mencionados en dicho número 4.

* Conforme a lo expuesto en la letra D del Motivo Segundo, anule las 9 sanciones impuestas por las infracciones del artículo 23.1.e) LCA.

3. Finalmente, se va a pretender que, conforme a los artículos 93.4 y 139.1 LJCA, se condene a la Administración en las costas de la instancia."

SEXTO.- El escrito de oposición.

La Administración del Estado se opone al recurso de casación interpuesto, alegando, en primer término, que frente a la clara delimitación que hace la Sala al admitir el recurso, el escrito de interposición plantea que se aborden todas las infracciones normativas y jurisprudenciales invocadas en el previo escrito de preparación, con cita de la doctrina contenida en el Auto del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2019 (RCA 1150/2019) que, a su juicio, no sustenta la viabilidad de ampliar el debate casacional en los términos que se pretende.



Antes bien, señala la Abogacía del Estado, como ha declarado reiteradamente el TS, la regla general es que el debate de casación debe quedar enmarcado dentro de los límites de las concretas infracciones cuya interpretación susciten las cuestiones declaradas de interés casacional en el auto de admisión. La ampliación a infracciones normativas o jurisprudenciales distintas, aunque hayan sido citadas en el escrito de preparación, se reputa en todo caso excepcional y, además, es improcedente cuando se trate de cuestiones expresamente rechazadas en el auto de admisión (y cita al efecto la STS de 22 de marzo de 2021, RCA 5596/2019).

En relación con la primera de las cuestiones que presentan interés casacional objetivo, relativa al concepto de información sensible, sostiene la Abogacía del Estado -en síntesis- que la tesis de la recurrente carece por completo de sustento, pues no se explica la disyuntiva que se pretende establecer entre información "técnica" y "económica" como conceptos radicalmente distintos y excluyentes cuando no lo son; y añade que, de hecho, en el presente caso, la conducta sancionada se refiere a la revelación de conocimientos técnicos referidos a las formas o medios de comercialización y distribución de productos alimenticios, lo que encaja perfectamente en el concepto de información comercial sensible contenido en el artículo 5 de la Ley 12/2013.

Afirma, asimismo, que tampoco puede aceptarse el erróneo planteamiento de la recurrente de que, precisamente, las condiciones referentes a la comercialización de los productos entre DIA y los respectivos suministradores y fabricantes, principalmente en materia de precios de referencias comerciales, no son determinantes de la comercialización de los productos.

Y añade que, a mayor abundamiento, como señala la Sala de instancia en la sentencia que se recurre (FD sexto), es la propia recurrente la que entiende que la información revelada tiene la consideración que ahora discute.

En cuanto a la segunda de las cuestiones suscitadas en el auto de admisión, sostiene la Abogacía del Estado -en esencia- que el tipo infractor se cumple al poner la información comercial sensible a disposición de la consultora y del despacho de Abogados -que es el mismo para ambos distribuidores-, y este hecho constituye por sí solo una revelación de información comercial sensible a terceros ajenos a las dos partes (la recurrente y el correspondiente fabricante o proveedor) y, como expresamente declara la sentencia recurrida, dicha información se utiliza para fines distintos de los expresamente pactados en los contratos sin el consentimiento ni autorización del fabricante/ proveedor, con lo que se cumple el tipo de la infracción del artículo 23.1 g) de la Ley 12/2013 que califica como tal no solo " *Exigir o revelar información comercial sensible de otros operadores*" sino también " *utilizar dicha información para fines distintos a los expresamente pactados en el contrato*".

Por todo ello, concluye solicitando que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia impugnada, y ello conforme a la interpretación que defiende de los preceptos identificados en el Auto de admisión a trámite de este recurso de casación.

SÉPTIMO.- Consideraciones relativas a los razonamientos incluidos en la sentencia impugnada.

Tras analizar los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia (que hemos transcrito en el Fundamento Cuarto), estimamos conveniente destacar a efectos de la resolución de este recurso lo siguiente:

(i) En primer lugar, que la Sala de instancia consideró que las condiciones y pactos contractuales de DIA con los respectivos fabricantes y proveedores, medios de pagos y específicas condiciones acordadas con cada uno de ellos, entran claramente en el concepto legal de información sensible.

(ii) En segundo lugar que, tras valorar la abundante prueba practicada, la Sala de instancia estimó acreditado que DIA había llevado a cabo actuaciones constitutivas de la infracción prevista en el artículo 23.1.g) de la LCA. En este sentido, consideró probado, por un lado, que DIA puso en conocimiento de una consultora y de una firma de abogados las condiciones comerciales individualmente pactadas con cada uno de los fabricantes o proveedores, sin haber contado con su consentimiento; y, por otro, que dicha información se había utilizado para fines distintos de los expresamente pactados en los contratos.

(iii) En tercer lugar, que los razonamientos empleados en su sentencia por la Sala de instancia para sustentar su decisión de confirmar las sanciones impuestas a la recurrente se ajustan a la doctrina que hemos establecido en el Fundamento Tercero. Y, además, que los motivos por los que la Sala de instancia consideró acreditados los hechos constitutivos de las infracciones indicadas, así como la participación en ellos de la recurrente, quedaron reflejados expresa y pormenorizadamente, de forma razonada y razonable, en la sentencia impugnada.

En consecuencia, teniendo en cuenta estas circunstancias y la jurisprudencia que, reiteradamente, ha establecido que la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia no puede ser revisada en sede casacional (por todas, baste citar la STS nº. 384/2021, de 18 de marzo), resulta procedente confirmar la decisión adoptada por la Sala de instancia.

OCTAVO.- Conclusiones.



En virtud de lo razonado en los precedentes Fundamentos, debemos establecer las siguientes conclusiones:

- I. Procede desestimar la primera pretensión de la recurrente [expresada en el apartado a) de la página 20 del escrito de interposición], referida a la declaración de haber lugar al recurso de casación y, en consecuencia, anular la sentencia recurrida.
- II. También procede desestimar la primera de las pretensiones formuladas por la parte recurrente con carácter subsidiario, esto es, la relativa a la anulación de las sanciones correspondientes a las 44 infracciones tipificadas en el artículo 23.1.g) de la LCA [consignada en primer lugar en el primer epígrafe del apartado b) de la página 20 del escrito de interposición].
- III. Procede desestimar también la pretensión formulada con carácter subsidiario a la anterior [consignada en segundo lugar en el primer epígrafe del apartado b) de la página 20 del escrito de interposición], a fin de que se reduzca a la mitad el importe de las sanciones.

A este respecto, la recurrente alega en su escrito de interposición -con carácter subsidiario- que mientras que la Administración sancionó a DIA por revelar la información al consultor y a Eroski, la sentencia impugnada confirmó las sanciones por haberse revelado la información al consultor y al despacho de abogados, pero no a Eroski, por lo que la sentencia sería inválida en relación con el despacho de abogados. Y, con base en ese razonamiento, pretende que se reduzca a la mitad el importe de las multas impuestas por las infracciones del artículo 23.1.g) de la LCA, por ser uno y no dos los sujetos destinatarios de la revelación supuestamente ilegal.

Esta pretensión subsidiaria no puede acogerse. Veamos.

La sentencia impugnada transcribe -en su página 15- lo expuesto por la actora en su demanda en los siguientes términos:

" Para el análisis de los aspectos comerciales, se solicitó a la consultora Accenture, S.L. (el "Consultor") la realización de un estudio preliminar, consistente en analizar los términos comerciales aplicados a las compras de DIA y EROSKI en relación con 6 proveedores; y determinar el impacto de una eventual mejora en dichos términos comerciales que podría resultar para el consumidor final y para las partes en el caso de que procedieran a negociar de forma conjunta la compra de sus respectivos volúmenes de suministros con dichos proveedores (Cláusula 3.1 del Acuerdo de Intenciones, folio 28 del fichero "B_000" del expediente administrativo).

A estos efectos, DIA y EROSKI se comprometieron a suministrar a la firma de abogados Clifford Chance, asesor legal de ambas partes en este proyecto, toda la información necesaria para la elaboración de este estudio por parte del Consultor; y a que toda petición de información entre el Consultor y las partes se canalizase a través de esta firma de abogados y previa su revisión, sin que las partes pudieran interactuar directamente con el Consultor (Cláusula 3.3 del Acuerdo de Intenciones, folio 29 del fichero "B 000" del expediente administrativo).

El 11 de mayo de 2015, DIA y EROSKI procedieron a contratar a Accenture, S.L. (una compañía de servicios profesionales de estrategia y consultoría, que no realiza ninguna actividad económica en el ámbito de la cadena alimentaria) como Consultor para la realizar un estudio preliminar en el que se analizaran las condiciones comerciales y el potencial de valor de la posible colaboración entre ambos distribuidores, todo ello bajo un marco de confidencialidad o metodología de "Clean Data Room" [...]

En particular, el proyecto contemplaba una primera fase, en la que se analizarían las condiciones de 6 proveedores, entre los que se encontraban COCA-COLA, PANRICO, PEPSICO, y CAMPOFRÍO; y una segunda fase en la que se irían incluyendo nuevos proveedores al análisis. En ambos casos, el análisis debería realizarse sobre las condiciones comerciales y volumen de compras históricos de DIA y EROSKI, correspondientes al año 2014 ...

Tanto la entrega de los datos necesarios para en análisis por parte de DIA y EROSKI al Consultor, como de cualquier petición de información adicional se canalizaría a través de la firma de abogados Clifford Chance.

Además, como parte del Acuerdo con el Consultor, Accenture, S.L. asumía un compromiso de confidencialidad, consistente en implementar un sistema de "Clean Data Room" (o caja negra), que impidiera que ninguna de las partes pudiera acceder a información confidencial de la otra parte; y a que las conclusiones del estudio solo se facilitarían a DIA y EROSKI siguiendo el formato establecido, una vez que hubieran sido revisadas por la firma de abogados externos designada al efecto".

Y, a la vista de este documento -y de otras consideraciones que expone- la Sala de instancia tiene por acreditado (página 16) que " es la misma recurrente la que reconoce haber puesto en conocimiento de una consultora y de una firma de abogados, las condiciones comerciales individualmente pactadas con cada uno de los fabricantes o proveedores, por supuesto sin haber contado con su consentimiento, conducta que se debe entender como constitutiva de la infracción prevista en el artículo 23.1 g), por cuanto, como ya hemos analizado anteriormente, los medios o formas de comercialización o de distribución, están plenamente integrados en el concepto de



"información comercial sensible" del artículo 5 de la Ley 12/2013 , y dicha información se ha utilizado para fines distintos de los expresamente pactados en los contratos, con lo que se cumple perfectamente el tipo de la infracción del artículo 23.1 g)". Y, con base en esta apreciación probatoria, confirma las 44 sanciones impuestas en vía administrativa.

Por tanto, a la vista de lo expuesto cabe apreciar que la pretensión subsidiaria de la parte recurrente no encuentra sustento en lo realmente acaecido en este caso, pues constatamos que los términos en que se expresa la sentencia impugnada no se corresponden con lo que la recurrente afirma que en aquélla se ha dicho respecto de los destinatarios de la revelación de información sensible; esto es, la Sala de instancia, tras valorar la abundante prueba practicada, se ha limitado a confirmar las sanciones impuestas en la resolución administrativa, pero sin efectuar las distinciones alegadas por la recurrente sobre los destinatarios de la revelación.

En consecuencia, procede rechazar esta pretensión subsidiaria formulada por la parte recurrente.

IV. El rechazo de las pretensiones indicadas comporta la desestimación del recurso de casación, sin que sea obstáculo para ello el que la parte recurrente haya invocado en sus escritos de preparación e interposición la existencia de otras tres cuestiones que, a su juicio, revisten interés casacional y que fueron expresamente rechazadas por la Sección de Admisión.

Esto es, una vez fijada la doctrina correspondiente a la cuestión a la que el auto de admisión atribuyó interés casacional y, aplicada al caso dicha doctrina con resultado desfavorable para las tesis de la recurrente, no es necesario ya, para resolver este recurso, abordar el examen de otras cuestiones que son conceptualmente separables de aquélla, por más que todas ellas puedan estar relacionadas como consecuencia de invocarse en el mismo supuesto enjuiciado.

NOVENO.- Costas.

Desestimado el recurso de casación, procede, en virtud de lo previsto en los artículos 93.4 y 193.1 LJCA, resolver sobre las costas.

Y, al efecto, disponemos que, respecto de las costas del presente recurso de casación, cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de las comunes, al no apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de aquéllas; y confirmamos lo ordenado en la sentencia impugnada respecto de las costas causadas en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.- Establecer la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento Tercero.

Segundo.- Declarar no haber lugar y desestimar el recurso de casación nº 5756/2020 interpuesto por la representación procesal de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA), contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2020 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo nº 559/2017, sentencia que confirmamos por ser ajustada a Derecho.

Tercero.- Imponer las costas conforme a lo establecido en el último de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.