



Roj: **SAN 3292/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3292**

Id Cendoj: **28079230062016100313**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **393/2013**

Nº de Resolución: **332/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000393 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03784/2013

Demandante: GRUPO EMPRESARIAL PANASA S.L.

Procurador: RAMÓN RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. Berta Santillan Pedrosa

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 393/13 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira actuando en nombre y representación de **GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S.L.**, **BERLYS CORPORACIÓN ALIMENTARIA, S.A.U.** y **UNIÓN PANADERA DE LA RIBERA, S.L.**, contra la resolución de 10 de julio de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa por la comisión de una infracción muy grave; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se *"tenga por formulada demanda contencioso-administrativa contra la Resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el 10 de julio de 2013 en el expediente administrativo S/0376/11, Panaderías Pamplona, Resolución que deberá ser declarada contraria a Derecho en su integridad y, como consecuencia de ello, anuladas todas las declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta a Grupo Empresarial PANASA, S.L.; Panaderías Navarras, S.A. (Berlys Corporación Alimentaria, S.A.U.); Horno Artesano, S.L.U. (Berlys Corporación Alimentaria, S.L.U.), y Unión Panadera de la Ribera, S.L."*.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 22 de junio de 2016, teniendo así lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 10 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0376/11 "PANADERÍAS PAMPLONA" cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

" PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho CUARTO de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho QUINTO, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas: Panaderías Navarras, S.A., Horno Artesano, S.L.U., Unión Panadera de la Ribera, S.L., siendo corresponsable en los tres casos el Grupo Empresarial Panasa, S.A. (...).

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

- PANADERÍAS NAVARRAS, S.A., (Desde el 1 de enero de 2013, Berlys Corporación Alimentaria S.A.U.), 1.785.000€ (Un millón setecientos ochenta y cinco mil Euros), siendo responsable solidario GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S.L (GEP).

- HORNO ARTESANO, S.L.U., 158.031€ (Ciento cincuenta y ocho mil treinta y un Euros), siendo responsable solidario GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S.L (GEP).

- UNIÓN PANADERA DE LA RIBERA, S. L., 174.488€ (Ciento setenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y ocho Euros), siendo responsable solidario GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S.L (GEP)...

(...)

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 2 de febrero de 2011 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un escrito en el que se daba cuenta de una subida generalizada de los precios del pan en la ciudad de Pamplona y su comarca, subida producida en la misma fecha y con el mismo valor en diferentes comercios para la barra de pan de 200 gr. que habría pasado de 1,00 a 1,05 euros. También se informaba de que este mismo tipo de subida generalizada se dio también en 2008.

2.- Tras la actuaciones que igualmente refleja el expediente administrativo, con fecha 18 de octubre de 2011 la Dirección de Investigación inició una información reservada durante cuyo curso se incorporaron distintos documentos; y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC , el 23 de enero de 2012 acordó la incoación de expediente sancionador contra Panaderías Navarras, S.A. , Horno Artesano, S.L.U., Ega Pan, S.A. Arrasate, S.L., Fabripan Yori, S.L., Panadería Miravalles, S.L., Unión Panadera de la Ribera, S.L., Hornamosopan, S.L., Navarpan, S.L., Compañía Panificadora Sangüesina, S.L., Panificadora Caballero, S.L., Panificadora Baztanesa, S.A. y Donezpan, S.L. por una posible infracción del artículo 1 de la LDC , consistente en posibles acuerdos de fijación del precio de venta del pan en diferentes zonas de la Comunidad.



3.- Practicadas las pruebas y recabadas las informaciones que se recogen en el expediente, con fecha 30 de octubre de 2012, la Dirección de Investigación formuló pliego de concreción de hechos en el que concluye que:

"La conducta consistente en un acuerdo sobre la subida del precio de venta al público de pan fresco y fecha de dicha subida entre fabricantes y comercializadores de la Comunidad Foral de Navarra en los primeros meses de 2011 constituye una infracción contraria por objeto y por efectos al artículo 1 de la LDC .

-Son responsables de dicha infracción: PANASA, H. ARTESANO, EGAPAN, ARRASATE, FABRIPAN, MIRAVALLS, U. PANADERA, HORNAMOSOPAN, NAVARPAN, CP SANGÜESINA, P. CABALLERO, P. BAZTANESA, DONEZPAN y GEP".

4.- Presentadas alegaciones por las entidades afectadas, y acordado el cierre de la fase de instrucción, recayó propuesta de resolución en la que se interesaba *"Primero. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC consistente en:Un acuerdo sobre la subida del precio de venta al público de pan fresco y la fecha de dicha subida entre fabricantes y comercializadores de Pamplona y su Comarca entre el 1 y el 3 de febrero de 2011.Segundo. Que se declare responsables de esta infracción a PANASA, H. ARTESANO, ARRASATE, FABRIPAN, MIRAVALLS, U. PANADERA, HORNAMOSOPAN, NAVARPAN y GEP. Tercero. Que las conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC . Cuarto. Que se imponga a cada una de ellas la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC , teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC . Quinto. Que se archiven las actuaciones en relación con EGAPAN, CP SANGÜESINA, P. CABALLERO, P. BAZTANESA y DONEZPAN".*

5.- Tras la alegaciones de las partes, y requerida y remitida en los términos que resultan del expediente información sobre el volumen de negocios total en el ejercicio de 2012 y volumen de negocios del mercado afectado de las empresas expedientadas, el Consejo de la CNC deliberó y termino de resolver sobre este expediente en su reunión de 3 de julio de 2013, dictando a continuación la resolución de 10 de julio de 2013 cuya parte dispositiva hemos transcrito antes, y contra la cual interpuso PANASA (denominación bajo la que se agrupa, a efectos de este proceso, a las entidades que actúan bajo la misma representación procesal actora) el recurso contencioso-administrativo que dio origen a los presentes autos.

SEGUNDO .- Como resume la sentencia de esta misma Sección de 1 de julio de 2016, recaída en el recurso núm. 390/13 que fue interpuesto por otra de las empresas sancionadas frente a la misma resolución aquí recurrida, son hechos relevantes para abordar el litigio los siguientes:

"Las características del mercado afectado son las siguientes:

-El mercado de producto afectado es el de la fabricación y comercialización del pan fresco.

a) Del consumo total de pan, un 81% es pan fresco normal, del día y no industrial ni integral; La barra de pan es el producto o formato más demandado, representando el 75% del consumo de pan fresco (es decir, cerca de 1,40 millones de toneladas .) El segundo a gran distancia es la baguette -10%-, seguida de la chapata -7%- y del pan de payés -4%-, aunque su diferenciación respecto a la barra tradicional es más comercial que técnica.

b) El sector del pan presenta una estructura empresarial muy compleja y atomizada, sobre todo en la fase final o de venta al consumidor. Se trata del más extenso sector de la agroalimentación española, con cerca de 170.000 empresas, de las cuales sólo un 8% tiene actividad productora, mientras que el 92% sólo tiene actividad comercializadora.

c) En España, se importa alrededor del 50% del trigo que se consume en las distintas industrias

d) El trigo blando (del que se obtiene la harina para la industria panadera) representa el 75% de los costes de una industria harinera.

e) Existen grandes diferencias entre los precios de los trigos empleados en la fabricación de la harina: desde los de máxima calidad, importados normalmente desde EEUU, Canadá, Australia y Francia, hasta los de menor calidad que pueden tener un coste aproximado por debajo del 50% con respecto a los de máxima calidad.

f) El consumo de pan en España se viene reduciendo, aunque su gasto ha crecido en los últimos años debido al aumento de su precio. La Comunidad Navarra es la cuarta consumidora de pan en España

- El mercado geográfico es provincial.

(...) La resolución recurrida declara probado que:

-El 14 de septiembre de 2010, la prensa local publicó un artículo con el título "La industria no prevé subir el pan durante este año, pero no descarta hacerlo en 2011".



-El 1 de febrero de 2011 el establecimiento de la recurrente y nueve más de la zona de Pamplona y su comarca elevaron el precio de determinadas labores de pan y en concreto de la barra común, en 5 céntimos, pasando de 1 euro a 1,05 euros.

-En otras zonas de la Comunidad se realizaron, en fechas inmediatamente posteriores, subidas de precios también coincidentes.

-Los productores afectados suponen más del 80% de la producción de pan fresco para la venta, fijan los precios de venta al público a sus expendedores directos, a los exclusivos, a los franquiciados y a los revendedores, de forma que de acuerdo con las inspecciones, la barra de pan en Pamplona y su comarca subió en febrero un 5%".

TERCERO.- Antes de analizar los concretos motivos de impugnación que se esgrimen en la demanda, procede indicar, en cuanto a la relación existente entre las distintas empresas representadas en este proceso y que actúan como demandantes, que la resolución impugnada incluye entre sus hechos probados un expreso pronunciamiento sobre dicha relación, que es en realidad consecuencia de la información aportada por las partes y recogida en las actas de las inspecciones, y que la Dirección de Investigación resume del siguiente modo:

"- **PANADERÍAS NAVARRAS, S. A. - PANASA**, sociedad fundada por un grupo de panaderos de la Comunidad Foral de Navarra, está activa a través de sus distintas sociedades en el sector de la panadería, en el cual desarrolla actividades de fabricación, almacenamiento, distribución y comercialización de pan, bollería y pastelería fresca y congelada.

Desde el 1 de enero de 2013 la empresa ha pasado a denominarse Berlys Cooperación Alimentaria S.A.U. (folio 2859)

El 28 de febrero de 2011, el 100% de sus acciones fueron adquiridas por Grupo Empresarial Panasa, S. L. (en adelante, GEP).

H. ARTESANO y U. PANADERA (ambas incoadas en este expediente) se encuentran participadas en un 100% por PANASA, como se verá a continuación.

- **HORNO ARTESANO, S.L.U. - H. ARTESANO** es una sociedad participada al 100% por PANASA. Posee cuatro tiendas propias en Pamplona y su comarca y un obrador en la localidad de Burlada.

(...)

- **UNIÓN PANADERA DE LA RIBERA, S. L. - U. PANADERA** posee una panificadora en el municipio de Artica (Navarra) y es propiedad 100% de PANASA. Posee una cadena de establecimientos franquiciados bajo la denominación de "La Gavilla". Además, sus productos se venden en otros establecimientos minoristas y en el canal HORECA".

(...)

- **GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S. L. - GEP** es una sociedad instrumental creada por sus actuales accionistas, MercapitalPrivateEquity, S.G.E.C.R., S.A.U. y Artá Capital S.G.E.C.R., S.A, con el exclusivo fin de adquirir las acciones de PANASA, operación llevada a cabo a finales de febrero de 2011. Esta sociedad carece de cualquier otra actividad distinta de la de ser propietario de PANASA, siendo su ámbito de actividad y volúmenes de ventas plenamente coincidentes".

Como decimos, todas ellas actúan como parte única en este proceso y bajo la denominación colectiva, propuesta por su representación procesal, de "PANASA".

CUARTO .- Como primer motivo impugnatorio argumenta PANASA que no hay prueba alguna que acredite la existencia de contactos entre las empresas que, presuntamente, se pusieron de acuerdo para decidir la subida del precio del pan.

Es ésta una alegación reiterada en los recursos entablados por las distintas entidades que han sido sancionadas por la misma resolución ahora impugnada, alegación que aborda la ya citada sentencia de 1 de julio de 2016, recaída en el recurso núm. 390/13 , en estos términos:

"**SEGUNDO:** De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 22 de octubre de 2015 del Tribunal de Justicia, Asunto AC Treauhand, C-194/14 , apartados 29 a 34 y de 21 de enero de 2016 también del Tribunal de Justicia, Asunto Eturas C- 74/14 , apartados 36 y 42), las notas que caracterizan el concepto de "práctica concertada" y las reglas sobre la carga de la prueba de su existencia, son las siguientes:

1. La distinción entre las distintas modalidades de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 101 TFUE , se refiere sólo a distintas formas de colusión entre empresas que se distinguen únicamente por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan.



2. La existencia de una práctica concertada o de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia.

3. El concepto de «práctica concertada» supone, además de la concertación entre las empresas de que se trate, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos (sentencia Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, apartado 126).

4. La Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo.

5. Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una «práctica concertada» en el sentido de dicha disposición deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común.

TERCERO: En el presente caso no existe prueba documental alguna de la existencia de la colusión entre las empresas y tampoco consta la asistencia de la recurrente a reunión alguna en la que se tratara la cuestión de la subida del precio de la barra de pan. El único elemento previo a la subida de los precios objetivamente constatable se limita a la publicación, el 14 de septiembre de 2010 en un medio local, de un comentario que recoge declaraciones de la empresa líder del sector descartando una subida de precios de pan para 2010, pero no para 2011, todo ello en función de la evolución del precio del trigo.

Las pruebas en las que se basa la CNC para declarar la existencia de una práctica concertada son pues, puramente indiciarias. Los concretos indicios en los que se asienta la presunción, todos ellos debidamente acreditados, son los siguientes: a) se produce un incremento del precio de la barra de pan por importe idéntico en todas las empresas sancionadas (0,5 céntimos), b) dicho incremento se produce para todas las empresa sancionadas el mismo día: 1 de febrero de 2011, c) Las empresa sancionadas tienen estructuras comerciales, gastos y dimensiones sustancialmente diferentes, d) el líder del mercado (Panasa), incrementa los precios el mismo día que la recurrente, e) A pesar del anuncio velado de Panasa hecho en los medios en el mes de septiembre de 2010, la recurrente no sube el precio del pan hasta febrero de 2011.

Frente a estos indicios la recurrente ofrece una explicación alternativa que no resulta convincente, pues si bien justifica de forma razonable la necesidad de realizar una subida del precio del pan, dados los incrementos objetivos del precio de las materias primas, combustibles y mano de obra, la explicación ofrecida no resulta lógica ni convincente cuando trata de justificar la coincidencia temporal y cuantitativa de la subida del precio.

A este respecto debe partirse de la premisa de que todo operador debe determinar su política de precios de forma autónoma en el mercado, extremo que no concurre en el presente caso. Contrariamente a lo que se afirma en la demanda, la recurrente ha contribuido con su propio comportamiento a los objetivos comunes colusorios perseguidos por el conjunto de los participantes, conducta que se ha materializado en la subida de precios realizada por todos ellos el mismo día y en la misma cuantía.

(...)

Finalmente solo cabe decir para justificar la declaración de la existencia de la práctica concertada, que ha existido por parte de la recurrente un comportamiento en el mercado que ha seguido la concertación y existe una plena relación de causalidad entre ambos elementos en el sentido expuesto en la sentencia Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, apartado 126".

Tales consideraciones son plenamente trasladables al caso de autos, si bien es preciso hacer aquí algunas precisiones.

La sentencia parcialmente transcrita razona, además, en torno a la justificación que podría ofrecer a la entidad entonces sancionada el hecho de que el aumento del precio del pan obedeciera al seguimiento de la conducta del líder del mercado, precisamente la mercantil aquí recurrente.

En concreto, sobre esta cuestión expone la sentencia lo siguiente:

"Esta forma de proceder no aparece como reacción a la conducta del líder de mercado.

Panasa, la empresa líder, incrementó sus precios el mismo día que la recurrente y en la misma cuantía a pesar de tener estructuras empresariales diferentes, de lo que se infiere que la recurrente tenía conocimiento previo



de esta forma de actuación concertada de la empresa líder y de las demás sancionadas, asumiendo el riesgo de su actuación.

Una subida de los precios realizada de forma espontánea en el mes de enero o en fecha posterior al 1 de febrero, y en ese caso, efectivamente como reacción a la conducta del líder del mercado, podría justificar, sin duda, un incremento de los precios, pero eso no es lo ocurrido.

La recurrente insiste en que su conducta fue reactiva porque tenía conocimiento, por ser un hecho público y transparente el mercado, que el líder del mercado iba a subir los precios en esa precisa cuantía y preciso día.

No consta acreditada dicha publicidad sobre la conducta del líder más allá de sus declaraciones en septiembre de 2010 y la subida no se produce hasta el 1 de febrero de 2011. Por otra parte, debería justificar que conocía por clientes o por terceros no sólo que el líder iba a subir los precios, sino también las demás empresas que así lo hicieron, lo que no ha hecho".

Por lo tanto, es obligado analizar cual sea la posición que cabe atribuir a PANASA en su condición de líder barométrico del mercado y la incidencia que dicha posición pudiera tener sobre su responsabilidad en la práctica concertada que se sanciona, todo ello a la vista de los argumentos reflejados en la demanda y, en particular, atendida la explicación alternativa que ofrece de los hechos comprobados y valorados por la Comisión.

Así, parte la recurrente de la doctrina fijada por el Tribunal General de la Unión Europea sobre esta cuestión y de la que es manifestación la sentencia dictada con fecha 12 de abril de 2013, asunto T-442/08, C/SAC, que, en síntesis, excluye la responsabilidad en el caso de que los sancionados acrediten la existencia de circunstancias que pudieran ofrecer un enfoque diferente de los hechos declarados probados por el órgano sancionador y permitan con ello sustituir por otra la explicación en la cual se ha sustentado su responsabilidad.

Se refiere de este modo a una interpretación alternativa lógica, posición que habría acogido también con el mismo alcance el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de octubre de 2009

En este supuesto, dicha interpretación estaría sustentada, en primer lugar, en la transparencia de precios y la sensibilidad al precio de la barra de pan común de uso corriente, lo cual justificaría que los fabricantes vendedores de pan aplicasen el mismo precio a la barra de pan de formato estándar.

Ha de decirse, sin embargo, que aun admitiendo esa característica marcada por el tipo de producto, lo que no resulta explicable es que la subida de precio se produjera el mismo día.

Es decir, la explicación alternativa ofrecida podría amparar una subida de precio operada por los distintos vendedores de pan en un lapso o período incluso corto de tiempo, pero resulta insuficiente para justificar que se produjera, en el caso de todas las entidades sancionadas, precisamente el mismo día y en cantidad idéntica para un tipo, también único, de producto, la barra de pan común.

La referencia a *"variaciones muy importantes de costes comunes a las empresas en fechas inmediatamente anteriores a la subida"*, que pretende conformar también una explicación alternativa a la práctica concertada, tropieza con igual obstáculo ya que dicha explicación no alcanza a la exacta sincronización, es decir, a la aplicación de la subida el mismo día, ni a la coincidencia, igualmente exacta, en el importe de la misma.

Ambas coincidencias, en día y en importe, constituyen indicios de práctica concertada sin duda más intensos que los que pudiera sugerir la explicación alternativa que propone la recurrente.

Otro tanto sucede con las alusiones a la *"transparencia del mercado y acceso a la información sobre las iniciativas de otros operadores"*. Sin negar la posible veracidad de esas circunstancias, la Sala, en el ejercicio de las facultades que le asisten sobre la libre valoración de la prueba, llega a la misma conclusión antes expuesta por resultarle inverosímil que, por el solo hecho de tratarse de un mercado transparente, que además ofrezca las posibilidades de amplio acceso a la información sobre la conducta de otros operadores a que se refiere la demandante, se pudiera haber posibilitado que todas las entidades sancionadas coincidieran en la subida el mismo día, aplicándola a idéntico producto y en igual cantidad.

Resulta, por otra parte, necesario analizar si la posición de líder en el mercado que ocupaba GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S.A, permite excluir su responsabilidad.

Sostiene en este sentido la entidad que resulta claro que PANASA tenía derecho a subir los precios, sin que pueda ser sancionada por el hecho de que sus competidores decidieran emular su iniciativa.

Sin embargo, los razonamientos anteriores, que insisten todos en la falta de explicación alternativa suficiente acerca de la coincidencia en la fecha del incremento del precio de la barra de pan común y de su concreto importe, no se ven afectados por esa posición, por otro lado incontrovertida, de líder del mercado que ocupaba



PANASA, pues si bien nada impide que pudiera decidir unilateralmente y en cualquier momento la aplicación del aumento de precio para sus productos, es igualmente cierto que tampoco se justifica la sincronización a la que hemos venido aludiendo la cual requeriría, necesariamente, del concurso de la recurrente en lo que no cabe calificar sino como práctica concertada.

QUINTO .- Argumenta, además, la recurrente que *"se encuentra en la misma situación procesal que otras empresas que fueron absueltas en la resolución"*.

Se refiere con ello a las entidades cuya responsabilidad se excluyó por la CNC porque subieron los precios en el resto de comarcas de Navarra cuando ya conocían la subida en Pamplona, aceptando de este modo una explicación racional alternativa a la colusión para el paralelismo de conductas que llevó a no apreciar responsabilidad en la actuación de EGAPAN, CP SANGÜESINA, P. CABALLERO, P. BAZTANESA y DONEZPAN.

Pues bien, la misma lógica debería, en opinión de la demandante, llevar a considerar justificada la subida en su caso ya que también hubo una señal o dato conocido antes de aumentar los precios, cual sería el incremento de costes (salarios y precio de la harina), así como la subida de precios por parte de HORNO ARTESANO SLU el 1 de enero de 2011. En relación con ello, advierte que HORNO ARTESANO modificó los precios de la mayoría de sus productos de panadería en diciembre de 2010 para su entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2011 (folios 1171 y 2275 a 2294 del expediente), lo que determinaría la ausencia de responsabilidad de PANASA, además de constituir un dato esencial de información para el resto de los competidores acerca de la intención de PANASA de aplicar la subida.

Entiende entonces que se ha producido una vulneración del principio de igualdad y una práctica discriminatoria.

No advertimos, sin embargo, que dicha vulneración haya existido en realidad.

Ha de recordarse que, según constante doctrina del Tribunal Constitucional, que resulta ocioso citar por conocida, el juicio de igualdad exige partir de la identidad de situaciones entre los supuestos objeto de comparación como presupuesto necesario para poder advertir un trato discriminatorio.

El dato que justificaba la exclusión de responsabilidad en el caso de las empresas citadas está expresamente reflejado en la propuesta de resolución, en la que se manifiesta lo siguiente:

"En la medida en que en este mercado: (i) existe un líder con presencia significativa y otros operadores de menor tamaño, (ii) la actuación de PANASA era susceptible de ser conocida por el resto de operadores, entre otros medios, por la prensa digital del día siguiente a la subida de precios en Pamplona y Comarca, 2 de febrero de 2012, esta Dirección de Investigación no puede descartar que exista una explicación racional alternativa a la colusión para el paralelismo de conductas observado por parte de operadores de otras zonas de Navarra que subieron el precio con posterioridad a la subida que tuvo lugar en Pamplona y Comarca. En este sentido, no puede descartarse que EGAPAN, DONEZPAN, P. BAZTANESA, CP SANGÜESINA y P. CABALLERO, adaptasen su comportamiento al del líder del mercado y, en consecuencia, la concertación no sería la única explicación plausible para el paralelismo observado. De modo particular esta última sociedad se vio influenciada de forma muy especial por el comportamiento del líder dado que pone a la venta variedades de pan de éste".

Es decir, el conocimiento de la subida de precios producida en Pamplona y Comarca el 1 de febrero de 2011 -se refiere erróneamente la propuesta al año 2012- constituía, en la medida en que suponía una adaptación de su comportamiento al del líder del mercado, la existencia una explicación alternativa plausible a la concertación.

Dicha explicación no existe en el caso de autos por cuanto no se produjo el conocimiento de ese dato previo y determinante de una subida del precio del pan.

A ello no resulta equiparable, por lo que quiebra la identidad de situaciones consustancial al juicio de igualdad, que se hubiera producido un incremento de costes (harina y salarios) que, como venimos reiterando, no explica la coincidencia en cuanto al día y la cuantía de la subida aplicada; ni tampoco que la citada empresa del grupo PANASA, HORNO ARTESANO SLU, hubiera subido sus precios el 1 de enero de 2011 -un mes antes-, lo que tampoco justifica dicha coincidencia.

SEXTO .- Por último, denuncia la entidad actora, con carácter subsidiario respecto de los anteriores motivos, la falta de graduación adecuada de la sanción.

Es lo cierto que, en este caso, la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la *"Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea"* (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.



Es por ello por lo que procede la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, de la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

SÉPTIMO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira actuando en nombre y representación de **GRUPO EMPRESARIAL PANASA, S.L. , BERLYS CORPORACIÓN ALIMENTARIA, S.A.U. y UNIÓN PANADERA DE LA RIBERA, S.L. ,** contra la resolución de 10 de julio de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala mediante escrito que habrá de presentarse en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, previa la constitución del correspondiente depósito, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 07/09/2016 doy fe.