



Roj: **SAN 4960/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4960**

Id Cendoj: **28079230062021100507**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/11/2021**

Nº de Recurso: **240/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000240 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02680/2016

Demandante: TURRONES JOSE GARRIGOS SA,

Procurador: D. JUAN CARLOS ESTEVEZ FERNANDEZ-NOVOA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 240/16 promovido por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de **TURRONES JOSÉ GARRIGOS SA**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de 7 de abril de 2016, en el Expte. NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 250.055 euros por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha 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 dictase sentencia por la que declare que la Resolución de fecha 7 de abril de 2016, dictada en el Expediente Sancionador NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, por la Sala de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, es contraria a derecho, y por tanto la anule, dejando sin efecto todas sus declaraciones e intimaciones y con ello sanción impuesta a la recurrente, o subsidiariamente lo estime parcialmente reduciendo la Sanción impuesta proporcionalmente conforme lo indicado en el hecho 5.4 de esta demanda y ello con expresa condena en costas en todos los casos.

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

TERCERO. - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 29 de septiembre del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de 7 de abril de 2016, en el Expte. NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 250.055 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. -Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEGUNDO. - Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

[...]

3. TURRONES JOSÉ GARRIGÓS SA., por su participación en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrone, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013.

TERCERO. - Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

5., TURRONES JOSÉ GARRIGÓS SA., una multa de 250.055 euros.

[...]

CUARTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(...)"

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1.) Tras la presentación de una denuncia anónima el 17 de septiembre de 2012, que fue ampliada el 23 de octubre de 2014 (folios 1 y 8990 a 8992), se puso en conocimiento de la Dirección de Investigación (DI) de la extinta CNC la realización de posibles prácticas anticompetitivas por fabricantes de turrón para repartirse el mercado de las marcas de distribución, asignándose los grandes clientes, para proveer de turrone en sus variedades duro (Alicante), blando (Jijona), yema tostada, tortas y otros turrone de obrador.

2.) La DI inició una información reservada de acuerdo con el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador y, con fecha 5 y 6 de noviembre de 2013 realizó inspecciones en las sedes de ALMENDRA Y MIEL, S.A. (ALMEDRA Y MIEL), DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. (DELAVIUDA), ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A. (ENRIQUE GARRIGÓS), SANCHÍS MIRA, S.A., (SANCHÍS MIRA) y TURRONES PICÓ, S.A. (PICÓ).

3) El 18 de diciembre de 2013 la DC requirió información a AUCHAN ESPAÑA, S.A. (ALCAMPO), CARREFOUR, S.A. (CARREFOUR), DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIA), EL CORTE INGLÉS, S.A., (EL CORTE INGLÉS) y MERCADONA, S.A. (MERCADONA), relativa a los turrone fabricados para su empresa o grupo de empresas bajo su marca o marcas de distribuidor (marca blanca) desde 2006 a 2013.



4.) La DC requirió información a DELAVIUDA, ALMENDRA Y MIEL, PICÓ, TURRONES JOSÉ GARRIGÓS (JOSÉ GARRIGÓS), ENRIQUE GARRIGÓS, TURRONES EL ROMERO, S.A. (ROMERO) y SANCHÍS MIRA (folios 5065 a 5067 y 5068 a 5070, respectivamente, relativa a la estructura de propiedad y control de sus empresas, sobre el mercado en el que la empresa desarrolló su actividad y a los turrones fabricados por la empresa bajo marca de distribuidor de otras empresas (marca blanca) para el período 2006 a 2013 (folios 388 a 394).

5) Recibidas las contestaciones de las empresas requeridas e incorporada al expediente la información recabada en las inspecciones realizadas, el 6 de octubre de 2014 la DC, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 FABRICANTES DE TURRÓN, contra ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS, JOSÉ GARRIGÓS, SANCHÍS MIRA y PICÓ, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en la fijación de precios, de forma directa o indirecta, o de otras condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español del suministro de turrones de marca de distribución (marca blanca) por parte de los fabricantes de dichos productos.

6.) Con fecha 23 de octubre de 2014 el denunciante anónimo volvió a enviar a la DC nuevo escrito reiterando los hechos denunciados en 2012 (folios 8990 a 8992).

7.) Tras la notificación el 3 de julio de 2015 del PCH, y formuladas alegaciones por las empresas imputadas, se notificó con fecha de 3 de noviembre de 2015 la propuesta de Resolución.

8) El 1 de diciembre de 2015, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

9.) Con fecha 18 de febrero de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas, o la mejor estimación disponible.

10.) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de abril de 2016.

Además, en la resolución recurrida se hace constar que el 9 de septiembre de 2014 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por la CNMC frente al auto de 31 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Alicante (folios 5161 a 5169), denegatorio de la solicitud de autorización de entrada en la sede de ALMENDRA Y MIEL. El Tribunal Superior de Justicia consideró justificada la necesidad de entrada, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación del Director de Competencia.

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

5. TURRONES JOSÉ GARRIGÓS SA.

El objeto social de TURRONES JOSÉ GARRIGÓN, S.A. (JOSÉ GARRIGÓS) es la fabricación, comercialización y venta en los mercados interior y exterior de toda clase de turrones, dulces y caramelos. Esta empresa, establecida en Jijona, es proveedor de marcas blancas principalmente a CARREFOUR y DIA14, comercializando también las marcas propias "Jijonenca", "El Antiguo", "Castillo de Jijona", "Flor de Jijona" y "José Garrigós"15. Pertenece en un 51,66% a TURRONES COLOMA S.A. y su volumen de negocios en 2015 fue de 13.160.785 €

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco normativo aplicable a la distribución y comercialización de turrones. Explica que el Real Decreto 1787/1982, de 14 de mayo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración y venta de turrones y mazapanes, modificado por Real Decreto 1167/1990, de 21 de septiembre y por Real Decreto 135/2010, de 12 de febrero, define a efectos legales lo que se entiende por turrones y mazapanes y fija con carácter obligatorio las normas de dichos productos que obligan a todos los fabricantes, elaboradores y comerciantes de turrones y mazapanes y, en su caso, a los importadores de estos productos. Precisa que las denominaciones específicas de turrón Jijona y de Alicante son objeto de protección en base a la Orden de 26 de septiembre de 1995 de la Consellería de Agricultura y Medio ambiente de la Comunidad Valenciana, que fue ratificada mediante la Orden de 22 de marzo de 1996 por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y homologada por la Unión Europea mediante la aprobación del Reglamento comunitario número 1107/1996, de 12 de junio de 1996 y que el Consejo Regulador de las Indicaciones Geográficas Protegidas "Jijona y Turrón de Alicante" es una corporación de derecho público, dotada de personalidad jurídica propia y de plena capacidad para el desarrollo de sus fines, que asume su defensa y promoción en el ámbito nacional e internacional.

Añade que la marca blanca de distribución, que surgió en España en los años 90, ha ido cobrando relevancia en el mercado y se define como aquella marca utilizada por un distribuidor para designar productos, bien fabricados por él mismo o por un fabricante ajeno, los cuales se venden exclusivamente en su propia cadena

de distribución, y que persigue dirigirse al consumidor mediante precios altamente competitivos, inferiores al resto de productos de mercado. Y señala que los productos con marca blanca, por lo general, tienen asegurado un alto nivel de ventas, lo cual permite a sus fabricantes aprovechar las economías de escala y disminuir los costes de fabricación.

A continuación, señala que el mercado de producto afectado por las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador es el mercado español del suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) por parte de los fabricantes de dichos productos.

Expone que la zona de producción amparada para las denominaciones específicas de turrón Jijona y de Alicante es el término municipal de Jijona, si bien las materias primas pueden proceder de la totalidad de dicha Comunidad Autónoma y que están adscritas a esta Denominación de Origen 21 empresas, entre ellas los fabricantes presuntamente implicados, a excepción de DELAVIUDA.

Recoge que la característica esencial de la producción y comercialización del turrón es su estacionalidad coincidente con la época navideña (el 65% de su producción se vende en los meses de diciembre y enero) y que dada la estacionalidad de la venta de turrónes su producción se inicia después del verano y antes de esas fechas las grandes cadenas de distribución (EL CORTE INGLÉS, ALCAMPO, CARREFOUR, MERCADONA, DIA, etc.) tienen que haber cerrado las negociaciones en cuanto a los tipos, precios y condiciones de los productos (turrónes) que van a recibir con marca del distribuidor.

El mercado geográfico afectado se circunscribe al mercado español, dado que la conducta se ha desarrollado estrictamente en el suministro de turrónes, en particular para marcas blancas de distribución, de ámbito nacional.

Por lo que se refiere a la estructura del mercado, señala la resolución impugnada que, por el lado de la oferta, el mercado incluye a las empresas fabricantes y comercializadoras de turrónes y dulces navideños y precisa que las 6 empresas incoadas -SANCHÍS MIRA, DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ y ALMENDRA Y MIEL-, estarían entre los primeros 8 primeros puestos de fabricantes de turrón en España puestos y acapararían el 58% de la producción.

Respecto de la demanda, recoge la resolución recurrida que el valor tradicional inherente a los dulces navideños y la madurez alcanzada por el sector, hacen que se haya visto relativamente menos afectado por la crisis económica que otros productos de consumo y que según estudio realizado en 2008 sobre precios de los turrónes por la Unión de Consumidores de España (UCE), la elección de marcas blancas puede suponer un importante ahorro frente a las marcas tradicionales. Las diferencias de precio alcanzan el 221% en el caso del turrón de Jijona (blando), un 230% para el turrón de Alicante (duro) y un 244% en el caso del turrón de chocolate. Además, también es fundamental respecto de los precios finales la elección del distribuidor de marca blanca

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas los días 5 y 6 de noviembre de 2013 en las sedes de las empresas ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS y PICÓ y la procedente de las contestaciones a los requerimientos de información formulados por la DC a las incoadas y terceros (empresas fabricantes de turrón y principales empresas de distribución que comercializan marcas blancas de turrón), de las que resulta acreditada la existencia de intercambios de información sobre precios, clientes y otros conceptos comercialmente sensibles, como consecuencia de la estrategia acordada entre las empresas incoadas de repartirse el mercado de suministro de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes previamente convenido entre ellas, conductas que *constituyen una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la LDC consistente en un intercambio de información sobre precios, clientes y otros datos comercialmente sensibles relativos al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) por ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ y SANCHÍS MIRA, que se mantuvo de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde al menos abril de 2011 hasta noviembre de 2013, coincidiendo con la realización de las inspecciones.*

En concreto y por lo que se refiere a la ahora recurrente, en el folio 38 y 39 de la Resolución se consigna que su participación en el intercambio de información comercialmente sensible, al menos desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013, coincidiendo con las inspecciones realizadas, queda acreditada, mediante los siguientes elementos de prueba:

"(...) JOSÉ GARRIGÓS remitió a una empresa competidora (ALMENDRA Y MIEL), en mayo de 2011 información sensible sobre referencias y precios de productos del resto de incoadas y de sí misma, con la calificación de "confidencial". JOSÉ GARRIGÓS fue convocada por correo electrónico remitido por SANCHÍS MIRA, con el resto de mercantiles incoadas, a una reunión de fabricantes en abril de 2013. (...) JOSÉ GARRIGÓS fue destinatario del



correo electrónico de 31 de octubre de 2013 de SANCHIS MIRA, también remitido a la vez a DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS y PICÓ, con el asunto "Precios marcas de distribución". Consta en el expediente también reflejo de los intercambios de mensajes vía Whatsapp mantenidos en junio y octubre de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL, relativos a aspectos comerciales de la relación con una empresa distribuidora cliente".

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad en su escrito de formalización de la demanda opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

1- Inaptitud de la denuncia anónima para dar lugar a las inspecciones realizadas los días 5 y 6 de noviembre y por ende, la nulidad o ineficacia de las Ordenes de Investigación y de las actas de inspección posteriores, respecto de TURRONES JOSE GARRIGOS S.A., dado que fue ajena tanto a la denuncia anónima y su ampliación, como a las órdenes de Investigación, pese a lo cual resultó afectada por ellas, sin haber podido participar en las actas de inspección como sí hicieron el resto de partes, ni haber podido impugnar la ineficacia de las Ordenes de Investigación realizadas, pese a ser el único fundamento que sustenta la sanción que le ha sido impuesta.

2- Falta de prueba sobre su participación en el intercambio de información sancionado y vulneración de la presunción de inocencia y de los principios de culpabilidad y carga probatoria que imperan dentro del procedimiento sancionador, que se inició por una denuncia anónima y se sustentó- a modo de cimientos, en unos antecedentes que se tipificaron y no sancionan por prescripción, y que concluyo erróneamente en que las mercantiles incoadas - todas al mismo nivel- intercambiaron mutuamente información comercialmente sensible desde abril de 2011 hasta, al menos, noviembre de 2013

3- Errónea valoración jurídica de los hechos declarados probados e incorrecta definición del mercado afecto.

4- La CNMC no ha probado los efectos anticompetitivos de los supuestos intercambios de información sancionados.

5- Incorrecta aplicación de los artículos 63 y 64 LDC, en la Sanción impuesta, con la infracción de los principios de proporcionalidad, motivación e individualización de la misma

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

CUARTO.- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos, a continuación, el motivo de impugnación que denuncia la falta de aptitud de la Orden de Investigación como consecuencia de un escrito anónimo de denuncia

Recordemos que el artículo 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia dice que:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación:

- a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción
- b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia
- c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

2. La denuncia dirigida a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia deberá contener, como mínimo, la siguiente información pudiendo el denunciante aportar los datos e información adicionales recogidos en el anexo I del presente Reglamento:

- a) Nombre o razón social, domicilio, teléfono y número de fax del/de los denunciados y, en el caso de que éstos actúen por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efectos de notificaciones.
- b) Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, número de teléfono y de fax o cualquier otro medio electrónico pertinente de los denunciados.
- c) Hechos de los que se deriva la existencia de una infracción y pruebas, en su caso, de los mismos, así como definición y estructura del mercado relevante.
- d) En su caso, justificación de los intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Si la denuncia no reuniera los requisitos establecidos en el apartado 2 se requerirá al denunciante para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o aporte la documentación requerida, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de la denuncia.

4. El desistimiento del denunciante no impediría a la Dirección de Investigación realizar de oficio todas aquellas actuaciones que considerase necesarias.

5. La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio."

Como vemos, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, a través de tres vías:

- a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción
- b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia
- c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

La entidad recurrente tendría razón si el procedimiento sancionador se hubiera iniciado por denuncia, pues en ese caso, el precepto exige, como hemos visto, no solo la identificación precisa del o los denunciantes sino una descripción de los hechos que se denuncian, pruebas que los acrediten, definición y estructura del mercado relevante y justificación del interés legítimo para intervenir en el procedimiento sancionador.

Lo que sucede es que, en éste caso, el procedimiento se inició por iniciativa de la CNMC tras adquirir conocimiento de las supuestas conductas infractoras a la vista de la documentación aportada por un denunciante anónimo que se describe en el expediente.

Con el fin de verificar si de la denuncia y documentación aportada se deducía la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, la Dirección de Investigación acordó abrir una información reservada, al amparo del art. 49.2 de la Ley 15/2007 en cuanto establece que:

"2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."

Así las cosas, fue ya, a raíz de la información obtenida en las inspecciones realizadas los fecha 5 y 6 de noviembre de 2013 en las sedes de ALMENDRA Y MIEL, S.A. (ALMENDRA Y MIEL), DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. (DELAVIUDA), ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A. (ENRIQUE GARRIGÓS), SANCHÍS MIRA, S.A., (SANCHÍS MIRA) y TURRONES PICÓ, S.A. (PICÓ) y a la vista del resultado de los requerimientos de información realizados a AUCHAN ESPAÑA, S.A. (ALCAMPO), CARREFOUR, S.A. (CARREFOUR), DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIA), EL CORTE INGLÉS, S.A., (EL CORTE INGLÉS) y MERCADONA, S.A. (MERCADONA), relativa a los turrones fabricados para su empresa o grupo de empresas bajo su marca o marcas de distribuidor (marca blanca) desde 2006 a 2013, así como a DELAVIUDA, ALMENDRA Y MIEL, PICÓ, TURRONES JOSÉ GARRIGÓS (JOSÉ GARRIGÓS), ENRIQUE GARRIGÓS, TURRONES EL ROMERO, S.A. (ROMERO) y SANCHÍS MIRA, cuando se decide incoar el procedimiento sancionador.

Por tanto, la actuación de la CNMC se ha acomodado a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia y su reglamento.

Por lo demás, la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020, rec. 2062/2018, valida la denuncia anónima como noticia criminis que obliga a investigar a fin de confirmar lo que en ella se dice.

En definitiva, el procedimiento sancionador no se inició por la denuncia anónima y, por tanto, procede desestimar este primer motivo impugnatorio.

QUINTO. - Denuncia también la recurrente que se ha producido una extralimitación respecto del objeto de las Ordenes de investigación recabándose pruebas de una conducta diferente de la que debía investigarse.

Es cierto que, como resolvimos en la Sentencia 238/2016 dictada en el Procedimiento Ordinario tramitado con el nº 136/2014, queda fuera del objeto de la orden de investigación, por su excesiva vaguedad y falta de concreción, la petición de investigación vinculada a "cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencia", por lo que la validación de la actuación inspectora quedaba reducida a las conductas de consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado.

Recordemos que la orden de investigación refería su objeto a una posible práctica anticompetitiva prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia, consistente en acuerdos



para la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado y cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencias en el mercado de turrónes por parte de sus fabricantes y que la resolución impugnada consideró acreditada la existencia de intercambios de información sobre precios, clientes como consecuencia de la estrategia acordada entre las empresas incoadas de repartirse el mercado de suministro de turrónes de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes previamente convenido entre ellas.

Ahora bien, entendemos que, la resolución sancionadora no ha incurrido en una extralimitación del objeto de la investigación respecto del precisado en la Orden por cuanto que, en el presente caso, los intercambios de información constituían el medio para alcanzar el reparto del mercado, que era una de las conductas a las que se contraía el objeto de la orden de investigación, por lo que no integran una conducta desgajada e independiente de la consignada en aquella.

Así resulta de la Resolución sancionadora cuando explica en su página 32 que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas, a través del intercambio de información sensible y estratégica, era repartirse el mercado de suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución. Lo acontecido fue que las pruebas obtenidas, a juicio de la CNMC no podían fundamentar una conducta anticompetitiva de reparto de mercado, pero si intercambios de información comercial sensible entre las empresas incoadas, que, insistimos, para la CNMC constituían el medio para conseguir aquel.

Por lo demás cumple manifestar que la entrada de la recurrente en el procedimiento sancionador se produjo como consecuencia de los indicios hallados en las inspecciones realizadas en las sedes de otras empresas, sin que proyecte ninguna consecuencia anulatoria el hecho de que la sede ahora recurrente no fuera objeto de Inspección puesto que ninguna indefensión se le ha originado por ello toda vez que ha podido articular los medios de defensa que ha tenido por conveniente para desvirtuar el material probatorio obtenido y en el que se ha basado su imputación.

SEXTO. - Entrando en el examen del motivo de impugnación que denuncia la falta de prueba de la existencia de intercambios de información ilícitos, la recurrente examina en su escrito de demanda cada una de las pruebas en las que la resolución recurrida fundamenta su participación en la conducta sancionada.

Así, respecto de los documentos que se encontraron en la inspección realizada en la sede de ALMENDRA Y MIEL, que acreditarían para la CNMC que JOSÉ GARRIGÓS remitió a una empresa competidora (ALMENDRA Y MIEL), en mayo de 2011 información sensible sobre referencias y precios de productos del resto de incoadas y de sí misma, con la calificación de "confidencial", explica que ALMENDRA Y MIEL subcontrató la producción de algunos de sus productos a la actora cuando lo ha necesitado y que, en concreto, en las campañas 2011-2012 y 2012-2013 le fabricó 419.806 unidades y 70.345, respectivamente, de diversas referencias de turrón y que estas relaciones comerciales explican que se hallara un sobre con el membrete de JOSÉ GARRIGÓS en las instalaciones de ALMENDRA Y MIEL y el carácter confidencial de la documentación que habría incorporado al mismo y sostiene que ese "carácter confidencial" no se ajusta al carácter público de la información que obraba en el sobre en el momento de la inspección.

Expone que esa relación de subcontratación existente en las campañas previas a la inspección, supuso que entre ambas empresas, se tuviera que intercambiar información confidencial pero necesaria para poder fabricar (recetas, gramajes y modos de trabajo que la entidad ALMENDRA Y MIEL S.A. exigía para la fabricación de su producto, acompañando a tal efecto como documento n.º dos, correos electrónicos remitidos entre ambas empresas y en los que se determinan datos relevantes para la producción, como cantidades, precios y formulas propias para fabricación de los turrónes subcontratados.

Añade que, dicho lo anterior, y sin perjuicio de que no remitiera ninguno de los cuadros informativos que aparecen en el sobre abierto encontrado el día de la inspección 5/11/2013, -que contenía un listado de fabricantes correspondientes al turrón MDD de diversas cadenas de distribución, junto con alguna información adicional sobre el producto en cuestión como la relativa a si está amparado por el Consejo Regulador, si lleva la etiquetas "sin gluten", el etiquetado nutricional y, en algunos casos, el precio de venta al público (PVP) del producto, listados que aparecían fechados más de dos años desde su remisión inicial,- lo cierto es que la única referencia a la actora, en la documentación existente en el citado sobre, aparece en el folio 217 del expediente y consiste en un folio blanco, sin firma en el que solo constan - con errores - que productos de MDD (sin precio, sin peso, sin más datos) fabrica JOSÉ GARRIGÓS a los distribuidores, información que, como se indicó en la vía administrativa (folio 3606 expediente) , es por completo pública y conocida, y cualquier estudio nimio de mercado, puede constatar.

Explica que constituye práctica generalizada que en los envases de los turrónes con MDD se identifique al fabricante. Precisa que no existe obligación legal en este sentido (como sí que existe en relación con la obligatoria indicación del Número de Registro Sanitario de la Industria, con el que fácilmente se puede



identificar al fabricante) dado que tanto la norma de calidad en vigor (RD 1787/1982), como las normas de etiquetado que han venido sucediéndose en el tiempo desde 1988, han venido estableciendo la posibilidad de que uno u otro se identifiquen. No obstante, desde que en la década de los 90 se introdujeran las MDD, así ha venido realizándose. Para acreditar esta afirmación aporta como documento nº tres, estudio o Auditoría de mercado para marca blanca emitido, por Inocencio, perteneciente a la entidad CTC externalización SLU, donde se constata que la información contenida en tal sobre es de dominio público, y puede constatarse con un mero estudio de mercado.

Por lo expuesto concluye la recurrente que se trataría de información de carácter público (accesible en el propio producto de forma expresa o por referencia al registro de sanidad del fabricante, entre otros medios) y que es imposible que por objeto o por efecto restrinja la competencia. Añade que tampoco es cierto que toda la información de los folios 208 a 220 esté fechada en mayo de 2011. Desde luego, no está fechada en esa fecha ni en ninguna otra el sobre que obra al folio 207; tampoco lo están los folios 218 a 220. Y respecto de los que sí llevan fecha sellada, efectivamente en mayo de 2011, es imposible saber a qué momento responde la estampación del sello de la fecha o quién la puso.

Por lo demás denuncia la falta de rigor probatorio de la CNMC, porque obvia dos extremos, a su juicio, esenciales de la documentación existente en el sobre porque el cuadro que se dice contenido en aquel está manuscrito de puño y letra por el propio director general de la empresa inspeccionada ALEMEDRA Y MIEL S.A, Sr Sirvent, tal y como se reconoce por tal entidad, en su escrito de alegaciones al PCH, que consta en el folio 9466 del expediente, y que, además, no fueron objeto de intercambio alguno, sino que simplemente se encontraban guardados en el mismo cajón de la mesa del despacho de D. Julián, junto con los demás folios, como precisamente indica la propia DC en el listado de la documentación recabada durante la inspección en la sede JOSE GARRIGÓS, como resulta del reconocimiento de la propia entidad ALMENDRA Y MIEL S.A. quien, en su escrito de alegaciones a la PR, folio 10118 y ss, acompañando para ello un informe pericial caligráfico que hacemos propio, emitido por Mariano, folios 10137 a 10168, donde se reconoce la identidad del autor de las notas manuscritas, en la persona del Director General de tal entidad Sr Julián.

Rechaza cualquier valor incriminatorio al correo electrónico de 5/3/13 remitido por SANCHIS MIRA SA, folio 062-4063 del expediente, confirmando fecha definitiva para reunión el viernes 19 de abril de 2013.

Por lo que se refiere al correo electrónico remitido el 31/10/2013 a JOSÉ GARRIGÓS y otros, por SANHIS MIRA S.A. con el asunto precio marcas de distribución,- folios 3988 y ss-, aduce la entidad recurrente que, en contra de lo sostenido en la resolución recurrida, al citado correo electrónico, no se adjuntaba ninguno de los cuadros a que se hace referencia, en los que, según aquella, se desglosaba la información relativa al artículo, unidades por caja, precio factura, precio neto y previsión en cajas, referidos a PICÓ, JOSÉ GARRIGÓS, Productos JIMÉNEZ (perteneciente a ALMENDRA Y MIEL), así como de PRODUCTOS VIRGINIAS, S.A., CATALAOU, S.A. y AGRUPACIÓN TAJE, S.A.,

Añade que en cualquier caso, el contenido real del citado correo de 31 de octubre de 2013, facilita información sobre los precios de venta al público (PVP) de los turrónes MDD que algunas cadenas de distribución habrían aplicado en los primeros compases de la campaña y, por tanto, de carácter público que puede obtener persona acudiendo a un establecimiento de las citadas cadenas de distribución; que es información sobre datos pasados y que es información sobre la que ninguno de los fabricantes de turrón tiene control puesto que se trata del precio venta al público libremente fijado por las cadenas de distribución.

Así las cosas, concluye que tal información está fuera del ámbito objetivo del artículo 1 de la LDC, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea sobre los acuerdos de cooperación horizontal.

Respecto de las conversaciones de Whatsapp entre el Director General de Almendra y Miel SA y el Director Comercial de JOSÉ GARRIGÓS manifiesta la recurrente que, atendiendo a su fecha, se enviaron una vez que las negociaciones en cuanto a tipos, precios y condiciones de los turrónes que las distribuidoras comercializarían con MDD se encontraban ya cerradas, y que así ha sido reconocido en la propia resolución sancionadora que decreta que tales hitos se producen antes del verano.

Por lo demás explica que los referidos Whatsapp tiene su explicación en relación de subcontratación existente entre ambas empresas y en la pérdida que sufrió la recurrente en la producción de las tres referencias amparadas en por el Consejo Regulador de las Indicaciones Geográficas Protegidas "Jijona" y "Turrón de Alicante, con MDD para la entidad DÍA.

Por todo lo expuesto afirma que ninguno de los indicios imputados a José Garrigós, acredita ni directa ni indirectamente que haya participado en la conducta sancionada, esto es, que haya compartido información de precios, clientes y otras de carácter confidencial, con el resto de implicados en el expediente.



La Administración demanda se opone al recurso e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la resolución recurrida,

SÉPTIMO. - Expuestos los términos del debate, es importante destacar que en la Resolución recurrida se consigna de forma expresa lo siguiente:

"Las alegaciones de las partes (ENRIQUE GARRIGÓS) relativas a que algunos de los intercambios de información se produjeron en fechas posteriores a que los pedidos realizados por las distribuidoras a los fabricantes de turrónes estuvieran cerrados o que se trataba de datos manifiestamente públicos que pueden recogerse tanto de los envases del producto como de los respectivos lineales de las distribuidoras o sus páginas web, no aporta explicación respecto del resto de intercambios de información estratégica acreditados entre teóricas rivales en fechas previas al inicio de la campaña, con valor relevante por tanto para establecer estrategias de futuro de cara a tal inicio de la campaña, y pone además de manifiesto la habitualidad de los contactos entre las empresas competidoras incoadas".

Así las cosas, hemos de concluir que la propia CNMC admite que los documentos o actuaciones posteriores a la fecha del cierre de los pedidos de las distribuidoras a los fabricantes así como los relativos a datos manifiestamente públicos, que pueden recogerse tanto de los envases del producto como de los respectivos lineales de las distribuidoras o sus páginas web, no constituyen elementos de prueba a los efectos de imputar a la recurrente la conducta por la que finalmente ha sido sancionada la recurrente.

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, en el caso examinado quedan descartados los siguientes elementos de prueba:

Por razón de su fecha, por tratarse de información posterior a la fecha de cierre de los contratos firmados entre los fabricantes de turrón y las distribuidoras, el correo remitido entre otros a Enrique Garrigós por Sanchis Mira el 31 de octubre de 2013, con el asunto "Precios marcas de distribución" y los intercambios de mensajes vía Whatsapp mantenidos en octubre de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL, relativos a aspectos comerciales de la relación con una empresa distribuidora cliente.

Así las cosas, la imputación de la recurrente en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013, en principio podría quedar fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada en los siguientes hechos:

1. Información hallada en la sede de Almendra y Miel, que se dice remitida por JOSÉ GARRIGÓS a la competidora ALMENDRA Y MIEL, en mayo de 2011 sobre referencias y precios de productos del resto de incoadas y de sí misma, con la calificación de "confidencial".
2. Convocatoria realizada en abril de 2013 por SANCHÍS al resto de incoados, incluido ENRIQUE GARRIGÓS, a una reunión de fabricantes en abril de 2013.
3. Intercambios de mensajes vía Whatsapp mantenidos en junio de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL, relativos a aspectos comerciales de la relación con una empresa distribuidora cliente.

Pues bien, examinados dichos documentos, hemos de convenir con la recurrente en el nulo valor incriminatorio a la convocatoria a una reunión de fabricantes realizada por Sanchis Mira en abril de 2013 por cuanto se desconoce, sin que la resolución recurrida lo precise, cuál era su objeto. Además, no existe constancia de que se hubiera celebrado.

Por lo que se refiere a la información hallada en la sede de Almendra y Miel, que se dice remitida por JOSÉ GARRIGÓS a la competidora ALMENDRA Y MIEL, en mayo de 2011 sobre referencias y precios de productos del resto de incoadas y de sí misma, con la calificación de "confidencial", además que haber quedado acreditado en las actuaciones que los documentos encontrados en la Inspección de ALMENDRA Y MIEL, contenidos en el interior de un sobre con el logotipo de José Garrigós, no habían sido elaborados por la ahora recurrente sino manuscritos de puño y letra por el propio director general de la empresa inspeccionada ALEMEDRA Y MIEL S.A, Sr Julián.

A ello ha de añadirse que, como se explica en la demanda, los datos contenidos en el citado sobre, -listado de fabricantes correspondientes al turrón MDD de diversas cadenas de distribución, junto con alguna información adicional sobre el producto en cuestión como la relativa a si está amparado por el Consejo Regulador, si lleva la etiquetas "sin gluten", el etiquetado nutricional, etc y, en algunos casos el precio de venta al público (PVP) del producto tal, son carácter público (accesible en el propio producto de forma expresa o por referencia al registro de sanidad del fabricante, entre otros medios) por lo que no constituyen información comercial sensible susceptible de restringir la competencia.



Por último, atendiendo a su contenido, tampoco apreciamos que las conversaciones por Whatsapp transcritas en la resolución sancionadora, mantenidas en junio de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL contengan evidencias incriminatorias de la participación de la recurrente en una infracción única y continuada de información comercial sensible, por su contenido, ni por razón de su fecha puesto que tuvieron lugar una vez que pedidos realizados por las distribuidoras a los fabricantes de turrónes estuvieron cerrados.

OCTAVO. - Así las cosas, no habiendo quedado acreditada la participación de la recurrente en la conducta por la que ha sido sancionada, el presente recurso ha de ser estimado resultando innecesario el examen de los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

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

FALLAMOS

1- Estimar el recurso contencioso-administrativo por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de **TURRONES JOSÉ GARRIGOS, SA**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de 7 de abril de 2016, en el Expte. NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 250.055 euros por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

2- Anular la resolución recurrida.

3- Imponer las costas procesales a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.