



Roj: **SAN 4895/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4895**

Id Cendoj: **28079230062021100501**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/11/2021**

Nº de Recurso: **269/2016**

Nº de Resolución:

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: 0000269 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02999/2016

Demandante: DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A.

Procurador: D. JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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. 269/16 promovido por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio en nombre y representación de **DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 7 de abril de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0503/14, FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.287.745 euros. 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 tenga por "... *formulada en tiempo y forma demanda contenciosa-administrativa contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptado en su reunión de 7 de abril de 2016, notificada a esta parte el 13 de abril, por la que se impone una sanción a mi representada de 2.287.745 euros, declarándose expresamente la nulidad de dicho acto administrativo, así como el pago de los gastos de constitución del aval realizado para la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, con los intereses legales correspondientes ...*".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido 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 de 2021, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, 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 7 de abril de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0503/14, FABRICANTES DE TURRÓN, cuya parte dispositiva 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.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

2. DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A., por su participación en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde abril de 2011 hasta noviembre de 2013.

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

(...)

2. DELAVIUDA ALIMENTACIÓN S.A., una multa de 2.287.745 euros

(...)

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

(...)"

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

1.- A través de una denuncia anónima presentada el 17 de septiembre de 2012, ampliada el 23 de octubre de 2014, se puso en conocimiento de la entonces CNC la existencia de posibles prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por fabricantes de turrón con el fin de repartirse el mercado de las marcas de distribución y asignarse los grandes clientes, para proveer de turrónes en sus variedades duro (Alicante), blando (Jijona), yema tostada, tortas y otros turrónes de obrador.

2.- A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Investigación inició una información reservada en el marco de la cual realizó los días 5 y 6 de noviembre de 2013 inspecciones en las sedes de ALMENDRA Y MIEL, S.A. (ALMEDRA Y MIEL), DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. (DELAVIUDA), ENRIQUE GARRIGOS MONERRIS, S.A. (ENRIQUE GARRIGOS), SANCHIS MIRA, S.A., (SANCHIS MIRA) y TURRONES PICO, S.A. (PICO).

3.- Practicadas las actuaciones y recabada la información que refleja el expediente administrativo, con fecha 6 de octubre de 2014 la ya Dirección de Competencia acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0503/14 FABRICANTES DE TURRON, contra ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGOS, JOSÉ GARRIGOS, SANCHIS MIRA y PICO, 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 turrónes de marca de distribución (marca blanca) por parte de los fabricantes de dichos productos.

4.- 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).

5.- Formulada el Pliego de Concreción de Hechos, que fue notificado a las incoadas el 3 de julio de 2015 y frente al cual formularon las alegaciones y propusieron la prueba que tuvieron por conveniente, el 3 de noviembre siguiente la DC notificó la Propuesta de Resolución, de la que se dio también traslado a las empresas expedientadas. Y con fecha 1 de diciembre de 2015 se elevó la referida propuesta, con las alegaciones y pruebas presentadas por las expedientadas, a la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que deliberó y decidió el asunto en su reunión de 7 de abril de 2016.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A., como una empresa cuyo objeto social es la fabricación y venta, distribución, importación y exportación de mazapanes, turrónes, chocolates, frutos secos y toda clase de productos de alimentación, y que en el año 2015 alcanzó un volumen de negocios de 78.887.770 euros. Precisa que, al estar ubicada en Toledo, no puede fabricar turrónes de las variedades Jijona y Alicante, productos sujetos a las normativas de las Denominaciones de Origen que exigen su fabricación en Alicante. Y que las marcas pertenecientes a Delaviuda son "El Almendro", "Delaviuda", "La Bruja" y "Moneris Planelles", suministrando a marcas de distribución, principalmente, y entre otras, a ALCAMPO, AHORRAMAS, EROSKI y DIA.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución menciona la normativa aplicable a la distribución y comercialización de turrónes y la relativa a la protección de las indicaciones geográficas "Jijona y Turrón de Alicante" para, a continuación, identificar dicho mercado con el del suministro de turrónes, en particular para marcas de distribución (marcas blancas), por parte de los fabricantes de dichos productos.

En cuanto al mercado geográfico, lo limita al mercado español.

Caracteriza dicho mercado, desde el lado de la oferta, por incluir a las empresas fabricantes y comercializadoras de turrónes y dulces navideños, empresas que habrían experimentado grandes cambios durante los últimos años al pasar de una estructura tradicional formada por pequeñas y medianas empresas de carácter semi-artesanal, a una preponderancia de grandes grupos, con ofertas muy diversificadas.

Desde el lado de la demanda, destaca que se ha visto menos afectado que otros por la crisis económica y que la elección de marcas blancas por el consumidor puede suponer un ahorro importante frente a las marcas tradicionales, refiriendo que *"En este contexto es relevante el concepto de "cotizaciones", que son los precios de sus productos que los fabricantes de turrón ofrecen a las empresas de distribución, indicando precio, referencia, tipo de turrón y peso"*.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas en las sedes de las empresas ALMEDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGOS y PICO, así como la reflejada en las contestaciones de las empresas incoadas a los requerimientos de información que se les formularon a lo largo del expediente administrativo.

Tales pruebas pondrían de manifiesto que las empresas fabricantes de turrón ALMEDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGOS y PICO, desde 1995 hasta 2007, intercambiaron información sobre precios, clientes y otros datos comercialmente sensibles, relativos al mercado de suministro de turrónes a las empresas de distribución; si bien dichas actuaciones contrarias a la competencia se considerarían prescritas *"...al no haberse recabado elementos de prueba que acrediten la continuidad de la infracción hasta la fecha en la que se realizaron las inspecciones, en noviembre de 2013"*.

A partir de 2011 entiende acreditados contactos entre las empresas competidoras fabricantes de turrónes ALMEDRA Y MIEL, DELAVIUDA, JOSE GARRIGOS, ENRIQUE GARRIGOS, PICO y SANCHÍS MIRA tendentes a proporcionar e intercambiar información en los términos que supone anticompetitivos y finalmente sanciona al entender acreditada su participación en *"... 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 ALMEDRA 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"*.



TERCERO.- Frente a la resolución recurrida, la entidad actora esgrime en su demanda como motivos de impugnación los siguientes:

- Nulidad del procedimiento sancionador por la utilización indebida de la denuncia anónima, con manifiesta indefensión.
- Nulidad del procedimiento sancionador por haberse realizado la autorización judicial de entrada a Delaviuda sin cumplir los requisitos exigidos para su realización.
- Nulidad de la sanción por dictarse la autorización judicial para un hecho totalmente diverso del seguido en el procedimiento sancionador.
- Nulidad de la sanción por la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente en el registro realizado en la sede de la empresa.
- Nulidad de lo actuado por la posible vulneración de la doctrina de la infracción provocada.
- Nulidad de la sanción por incumplimiento de los requisitos legales de la orden de investigación, con vulneración del derecho de defensa.
- Nulidad por la vulneración del artículo 25.2 del Real Decreto 261/2008, 22 de febrero.
- Nulidad de la sanción por el incumplimiento de los artículos 49.2 y 50.1 de la LDC.
- Nulidad de la sanción por alteración de los elementos de hecho de la infracción durante la tramitación del expediente sancionador.
- Nulidad de la sanción por la caducidad del procedimiento de comprobación reservada.
- Inexistencia de la conducta objeto de sanción.
- Vulneración del principio de culpabilidad.
- Vulneración del principio de tipicidad.
- Nulidad de la sanción por inexistencia de motivación.

Vulneración del artículo 63 de la Ley 15/07, de 3 de julio.

No obstante, alterando el orden que para el análisis de los motivos expuestos sugiere su exposición en la demanda y aun la misma sistemática procesal, la Sala considera procedente comenzar examinando el motivo que denuncia la inexistencia de la conducta objeto de sanción y que la recurrente anuda a la falta de una prueba suficiente de la conducta imputada. Verdadera cuestión de fondo cuya estimación haría innecesario el análisis de los restantes motivos.

Es importante destacar que la intervención de DELAVIUDA en el intercambio se habría evidenciado a través de los hechos que la Comisión entiende acreditados y que expone en la resolución recurrida del siguiente modo (páginas 36 y 37):

"Respecto de la contribución intencional de las incoadas al plan global, esta Sala coincide con la apreciación del órgano de instrucción en cuanto a la participación de las incoadas en las prácticas descritas, diferenciando ligeramente períodos en el inicio de la conducta, conforme a la siguiente determinación individualizada:

(...)

2. DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. ha participado en el intercambio de información comercialmente sensible al menos desde abril de 2011 hasta noviembre de 2013, coincidiendo con la realización de las inspecciones.

Constan en el expediente contactos, al menos telefónicos, en abril de 2011, entre directivos (Director General y Director de Marca) de DELAVIUDA y PICÓ (Director General). Asimismo, en mayo de 2011 información de DELAVIUDA sobre referencias y precios es remitida, con la calificación de "confidencial", junto a la del resto de incoados, por JOSÉ GARRIGÓS a ALMENDRA Y MIEL. Consta asimismo la convocatoria a DELAVIUDA a una reunión de fabricantes, a la que se convoca a la vez al resto de incoados, por correo electrónico de abril de 2013 remitido por SANCHIS MIRA. A través de la agenda del Director General de ALMENDRA Y MIEL se evidencian los contactos bilaterales de esta empresa con DELAVIUDA. Asimismo, se ha recabado en la inspección de DELAVIUDA correo interno de mayo de 2013 en el que se pone de manifiesto conversación telefónica con PICÓ sobre precios ofrecidos a empresas de distribución. Finalmente, son anotaciones manuscritas del Director Comercial de Marcas de Terceros de DELAVIUDA, fechadas en julio y octubre de 2013 donde se recogen varias referencias a la existencia de un "pacto" entre empresas fabricantes de turrón y las referencias a posibles salidas del mismo por entender la empresa afectada (ALMENDRA Y MIEL) que se estaban incumpliendo los términos del mismo".



Menciona además las pruebas concretas incorporadas al expediente que sustentan este relato:

- Correo electrónico interno de DELAVIUDA de 6 de abril de 2011 en el que se informa, tanto al Director General como al Director Marca de Terceros de esta empresa, de que el Director General de PICÓ había llamado indicando haber quedado en hablar con estos ese día: "[Director General de PICÓ] ha dicho que habíais quedado en hablar hoy. Ha preguntado por ambos" (folio 4649).
- Documentación recabada en la inspección de la sede de ALMENDRA Y MIEL en sobre con el logotipo de Turrónes JOSÉ GARRIGÓS y con indicación manuscrita de "CONFIDENCIAL" con información fechada en mayo de 2011 de DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ, SANCHIS MIRA, JOSÉ GARRIGÓS y la propia ALMENDRA Y MIEL, información que incluía las referencias del producto y pesos por empresas de distribución, así como un cuadro con las marcas blancas por competidor y empresa de distribución.
- Correo enviado el 31 de octubre de 2013, pocos días antes de las inspecciones realizadas el 5 y 6 de noviembre, por SANCHIS MIRA a DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS, ENRIQUE GARRIGÓS Y PICÓ, con el asunto "PRECIOS MARCAS DE DISTRIBUCIÓN", en el que remitía dichos precios de nueve marcas de distribución al inicio de la campaña.
- Reunión celebrada entre las empresas competidoras, que supone acreditada con el correo electrónico enviado por SANCHIS MIRA el 5 de marzo de 2013 convocando para el 19 de abril de 2013 a JOSÉ GARRIGÓS, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ y ALMENDRA Y MIEL, pendiente de confirmación de la fecha definitiva de la reunión y de una posterior comunicación sobre el lugar de celebración de la misma.
- Contactos bilaterales entre directivos de las citadas empresas el 25 y 26 de abril de 2013, que resultarían de anotaciones manuscritas en la agenda del Director General de ALMENDRA Y MIEL, respecto a los contactos mantenidos con PICÓ y DELAVIUDA, respectivamente.
- Solicitud por parte de DIA en 2013 a DELAVIUDA, entre otras empresas, de cotizaciones de productos, ofertando la entidad aquí recurrente "...la "torta choco almendra" de 200gr. que le fue adjudicada, al ofertar ALMENDRA Y MIEL un precio más elevado".
- Correo interno de DELAVIUDA de 13 de mayo de 2013 en el que explícitamente se reconoce que PICÓ le ha llamado y le ha facilitado información sobre los precios ofrecidos a las empresas de distribución (marcas de distribución o MD), concretamente a la empresa Sebastián Oros.
- Anotaciones manuscritas del Director Comercial de Marcas de Terceros de DELAVIUDA, de julio y octubre de 2013, en las que, según la Comisión, se evidencia la existencia de un pacto para repartirse el mercado de suministro de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes, que está en la base del intercambio de información. En dichas anotaciones se indicaría expresamente que DELAVIUDA considera que ALMENDRA Y MIEL se sale del pacto, pues le ha quitado ALIADA, que es la marca blanca de EL CORTE INGLES, y por tanto no cumple los términos del reparto de clientes.

Pues bien, para determinar el verdadero alcance incriminatorio que tales pruebas pudieran tener a los efectos de considerar que DELAVIUDA participó en la infracción única y continuada de intercambio de información comercial sensible que se le imputa, resulta en primer lugar indiciaria la consideración que refleja la propia resolución recurrida en su página 30, donde la misma Comisión admite relativizar el valor que pudiera atribuirse a los intercambios posteriores a las fechas en que los pedidos realizados por las distribuidoras estuvieran cerrados, o a los datos manifiestamente públicos que constasen en los envases del producto, y ello al hilo de las alegaciones formuladas al respecto por una de las incoadas (GARRIGÓS), insistiendo en cualquiera caso en la eficacia de las restantes pruebas.

Sin embargo, el análisis de las que se refieren a DELAVIUDA no posibilita, a juicio de la Sala, mantener la imputación.

Así, ha de decirse que el correo electrónico interno de DELAVIUDA de 6 de abril de 2011 en el que se comunica que el Director General de PICÓ había llamado manifestando haber quedado en hablar con el Director General y el Director Marca de Terceros -folio 4649-, sin más precisiones, no permite deducir más que un mero contacto, insuficiente desde luego para deducir de ello una conducta anticompetitiva.

En cuanto a la documentación recabada en la inspección de la sede de ALMENDRA Y MIEL en sobre con el logotipo de Turrónes JOSÉ GARRIGÓS, folios 207 a 220, con información fechada en mayo de 2011 que incluiría las referencias del producto y pesos por empresas de distribución, así como un cuadro con las marcas blancas por competidor y empresa de distribución, no puede suponerse que se trate de información comercial sensible referida a secretos de empresa. Son en realidad cuadros en los que se relaciona a cada fabricante con las distribuidoras a las que vende y en los que se concretan productos, tratándose de datos públicos y conocidos,



bien porque en el propio envase del producto de marca blanca se identifica al fabricante, o bien porque, en todo caso, con la indicación del Número de Registro Sanitario de la Industria es posible tal identificación.

Otro tanto sucede con el correo enviado el 31 de octubre de 2013 por SANCHÍS MIRA a DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS, ENRIQUE GARRIGÓS Y PICÓ, con el asunto "PRECIOS MARCAS DE DISTRIBUCIÓN", en el que remitía dichos precios de nueve marcas de distribución al inicio de la campaña -folios 3988 y 3989-. La lectura de este correo revela que se trata de los precios de venta de los distribuidores, precios públicos y conocidos de los que dice el remitente *"...Es una pena que algunos operadores vendan tan barato. Esto harai que los otros bajen pronto"*. En modo alguno constituye, por tanto, información comercial sensible cuyo intercambio pudiera ser constitutivo de la infracción que se sanciona.

La reunión a la que se refiere el correo electrónico enviado por SANCHÍS MIRA el 5 de marzo de 2013, convocándola para el 19 de abril siguiente, y que remite a DELAVIUDA y a las demás incoadas, no hay constancia de que se celebre, ni referencia, tan siquiera indiciaria, a su contenido, o de que se llevara a cabo alguna actividad relacionada con el intercambio de información que se persigue. Y si el solo hecho de la convocatoria pudiera contribuir, junto con otros elementos de prueba, a formar la convicción de que la conducta anticompetitiva se llevó a cabo en efecto, faltan en este caso esos otros elementos complementarios al punto de que la conclusión que extrae la Sala es que no está acreditado el intercambio de información que sanciona en este caso la CNMC.

Tampoco podemos atribuir eficacia probatoria suficiente a los contactos bilaterales entre directivos de las empresas PICO y DELAVIUDA el 25 y 26 de abril de 2013 que resultarían de anotaciones manuscritas en la agenda del Director General de ALMENDRA Y MIEL pues se trata de manifestaciones de terceros cuya eficacia probatoria tiene las limitaciones que hemos advertido en sentencias de esta misma Sala de 18 de diciembre de 2020, recurso 452/2016; 15 de diciembre de 2020, recurso 522/2016; ó 24 de noviembre de 2020, recurso 482/2016, en las que hemos señalado que *" Lo que otros digan de un tercero podría ser válido como indicio para llevar a cabo una investigación, pero necesita de otros elementos que justifiquen, cuanto menos, que lo dicho o hablado entre ellos respecto del tercero, resulta cierto o verosímil. En todo caso, debe ser confirmado por otros extremos que revelen, sin dudas, su participación o conocimiento de la infracción. El rumor debe estar confirmado por otras actuaciones y debidamente expuesto en el proceso de motivación a la hora de imponer la sanción. En este tipo de intervenciones, donde lo único cierto es la cita de un tercero, no se puede construir una prueba de cargo por indicios con las mínimas garantías para imputar una infracción como la que es objeto de revisión en el presente recurso, si no va constado o confirmado por otros extremos donde se ponga de manifiesto la directa o efectiva participación de la sancionada"*.

Desde luego, no enerva la anterior conclusión acerca de la carencia de una prueba suficiente la solicitud por parte de DIA en 2013 a DELAVIUDA, entre otras empresas, de cotizaciones de productos y a la que alude también la resolución, solicitud que carece de cualquier valor incriminatorio teniendo en cuenta que la infracción que finalmente se sanciona ha sido la de intercambio de información comercial sensible.

Este dato no puede perderse de vista pues el objeto inicial de la investigación era en realidad una conducta distinta, el reparto de mercado, como lo trasluce en ocasiones la resolución misma.

Así, en su página 23 cuando relata que *"En las anotaciones manuscritas del Director Comercial de Marcas de Terceros de DELAVIUDA, fechadas en julio y octubre de 2013, y recabadas en la inspección efectuada en la sede de esta empresa, se evidencia la existencia de un pacto para repartirse el mercado de suministro de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes, que está en la base del intercambio de información"*.

Conviene recordar en este punto cual es la configuración del intercambio de información como conducta colusoria a la que no se refieren de manera explícita los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, si bien, y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01), por la que establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características deben ser calificados como cárteles.

Destacamos los siguientes epígrafes de la Comunicación que determinan cuales son las características que debe reunir un intercambio de información entre empresas competidoras para que pueda calificarse como de conducta colusoria. Las características que deberá reunir la citada información son:

1. Información estratégica:

(61):" El intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos.



Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir".

(58): " El intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores".

(86): " El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otro tipo de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. (...) La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio".

2. Información actual con consecuencias para una política comercial futura:

(73): " Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio".

(90): "No es probable que el intercambio de datos históricos de lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado".

3. Información desagregada:

(74): " Así pues, los intercambios entre competidores sobre datos individualizados sobre los precios o cantidades previstas en el futuro deberán considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades".

(89): " Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tiene muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa".

4. Frecuencia del intercambio de información:

(91): "Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común en el mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En mercados más inestables pueden ser necesarios unos intercambios de información más frecuentes con objeto de facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. (...) No obstante, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio, también depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos".

5. Información de datos públicos o privados:

(92): "Por lo general, no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituya una infracción del artículo 101. La información verdaderamente pública es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente".

Pues bien, partiendo de dicha configuración, ha de insistirse en que ninguna de las pruebas reflejadas en la resolución justifican que en la conducta de DELAVIUDA concurren las circunstancias requeridas por la Comunicación. Así, ni puede decirse que se hayan acreditado contactos frecuentes, ni que no se refieran algunos de los supuestamente incriminatorios a campañas ya pasadas -datos históricos-, ni que no reflejen también algunos de ellos datos públicos y conocidos, como señalábamos.

En cuanto a esa carencia de prueba, ya hemos dicho en sentencias de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016, y en la de 14 de diciembre de 2020, recurso 504/2016, que «[N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta. Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento



completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor".

Finalmente, la insuficiencia probatoria se acentúa si advertimos que la infracción se ha calificado como única y continuada, calificación que implica un plus de prueba en cuanto requiere justificar, no solo la existencia de la conducta anticompetitiva, sino la de un plan global que persigue un objetivo común en los términos en que lo ha descrito el TJUE, y así en sentencia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, que exige que las diversas acciones se inscriban en "un *plan conjunto debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, en cuyo caso, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto [...]*", recordando lo dicho en anteriores sentencias (Comisión/Anic Participazioni, apartado 81; Aalborg Portland y otros/ Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C- 219/00 P, apartado 258).

CUARTO.- Procede, en atención a cuanto venimos razonando, la estimación del recurso al no haberse acreditado la comisión por parte de DELAVIUDA de la infracción única y continuada que se le imputa, con la consiguiente anulación de la resolución recurrida y la imposición de las costas a la Administración demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio en nombre y representación de **DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 7 de abril de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0503/14, FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.287.745 euros.

2.- Anular la referida resolución, por no ser ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.