



Roj: **SAN 4883/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4883**

Id Cendoj: **28079230062021100499**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/11/2021**

Nº de Recurso: **262/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000262 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2940/2016

Demandante: SANCHÍS MIRA, S.A.

Procurador: DOÑA MARÍA DEL CARMEN PALOMARES QUESADA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

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.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **262/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **SANCHÍS MIRA, S.A.**, representada por la procuradora doña María del Carmen Palomares Quesada, contra la resolución de 7 de julio de 2016, S/0503/14, FABRICANTES DE TURRÓN, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 2.937.193 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que tras la exposición de los elementos de fácticos y la fundamentación jurídica solicitó se *«[d]icte sentencia por la que se estime el presente recurso con condena en costas de la parte demandada y, en consecuencia, se declare la nulidad de dicha resolución o, con carácter subsidiario, anule la multa impuesta o reduzca su importe de conformidad con lo aquí alegado. [...]»*.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 29 de septiembre de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 7 de julio de 2016, S/0503/14, FABRICANTES DE TURRÓN, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impuso una sanción por importe de 2.937.193 euros.

La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba:

«[P]RIMERO.- 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:

(...)

4. SANCHÍS MIRA, 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 mayo de 2011 hasta noviembre de 2013.

(...)

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

(...)

4. SANCHÍS MIRA, S.A., una multa de 2.937.193 euros [...]».

SEGUNDO.- La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que varias empresas, entre las que se encontraba la actora, cometieron una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio y en adelante LDC), y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada DOUE, 26 de octubre de 2012, C 326/49; en lo sucesivo TFUE). Se materializó, en lo que a la actora corresponde, en la participación 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.

1.- A esta conclusión llegó la Sala de Competencia tras la investigación e instrucción llevada a cabo por la Dirección de Competencia (DC), a raíz de 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, con la que se inició una información reservada.

2.- Los días 5 y 6 de noviembre de 2013 la DC realizó inspecciones en las sedes 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.- Tras practicarse varios requerimientos de información a las empresas implicadas y terceros comerciantes, y después de la ampliación de los plazos a instancia de las interesadas para contestarlos, el 6 de octubre de 2014 la DC incoó el expediente sancionador.



4.- Tras el pliego de concreción de hecho (PCH) se dictó la propuesta de resolución (PR) que fue elevada al Consejo de la CNMC el 1 de diciembre de 2015, y que concluyó con la resolución deliberada el 7 de abril de 2016 que ahora se impugna.

TERCERO.- El escrito de demanda, tras una descripción de la forma en que se sucedieron los acontecimientos, considera que la resolución debe ser anulada y apoya su pretensión en diversos motivos. (i) En primer lugar, reputa irregular la actividad inspectora, como consecuencia de la nulidad de la orden de inspección para el conjunto de las inspecciones, y en especial, de la inspección realizada en la empresa ALMENDRA Y MIEL. (ii) Acto seguido afirma que la resolución es incongruente y está falta de motivación lo que le causa indefensión, la CNMC maneja un indemostrado acuerdo de reparto de mercado que hace incomprensible la resolución. La argumentación hace dudar de cuál es la conducta por la que se la sanciona. (iii) En tercer lugar, dice que la CNMC ignora el contexto real del mercado de suministro de turrónes de la marca del distribuidor (MDD), puesto que SANCHÍS MIRA no podía participar en ninguna conducta anticompetitiva con respecto al suministro de turrónes para «marca blanca». Concluye que MERCADONA es la única cadena que ha solicitado marca blanca a la actora, que no se ha negado a suministrar marca blanca a nadie que se lo haya pedido. (iv) En cuarto lugar, sostiene que la información intercambiada por SANCHÍS MIRA no puede calificarse como información comercial, estratégica y sensible. Al menos en lo que a la actora respecta, es información manifiestamente pública por lo que no es apta para restringir la competencia. (v) En quinto lugar, cuestiona la motivación de la sanción que se le impone, y en todo caso es errónea por incorrecta la valoración del artículo 64 de la LDC.

El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso reiterando argumentos de la resolución sancionadora.

CUARTO.- Aunque con ello alteremos el ordinal que sigue el escrito de demanda, vamos a centrarnos en primer término en la incongruencia y la falta de motivación de la sanción que denuncia la actora, y tras su resultado, valoraremos la necesidad o no de continuar con el resto de los motivos invocados.

La CNMC consideró que, si bien constaban elementos de prueba de los intercambios entre cuatro de las seis empresas incoadas (ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, PICÓ y SANCHÍS MIRA) que datan de 1995, la potestad sancionadora se circunscribe por razones de prescripción de abril de 2011 hasta noviembre de 2013, fecha de las inspecciones.

La acreditación de la participación de SANCHÍS MIRA en las conductas imputadas se sustenta en los siguientes hitos probatorios:

1.- Consta en el expediente que, en mayo de 2011, una información de SANCHÍS MIRA sobre referencias y precios es remitida junto con la de otras empresas con la calificación de "confidencial", por JOSÉ GARRIGÓS a ALMENDRA Y MIEL.

2.- En agosto de 2012, el Director Comercial de ENRIQUE GARRIGÓS remitió a su homólogo de SANCHÍS MIRA un correo electrónico en el que se hacía referencia a un correo anterior remitido entre las empresas, en el que se solicitaba ayuda para cumplimentar información sobre precios de venta al público inicial de una serie de distribuidores en relación a Jijona con indicación de % de almendra.

3.- SANCHÍS MIRA convocó mediante correo electrónico de 5 de marzo de 2013 a una reunión el 19 de abril de 2013 al resto de los fabricantes: JOSÉ GARRIGÓS, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ y ALMENDRA Y MIEL.

4.- En abril y mayo de 2013 también consta la remisión por SANCHÍS MIRA a la atención personal del Director General de su rival ALMENDRA Y MIEL de documentación referente a productos comercializados por empresas de distribución.

5.- El 31 de octubre de 2013, es remitido otro correo 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.

QUINTO.- Pasemos al análisis que como han sido interpretados y valorados por la Administración sancionadora estos datos sobre los que descansa la sanción de la actora.

Antes de todo, no podemos pasar por alto las consideraciones que hizo la resolución de la CNMC (folio 30), al hilo de la alegaciones de ENRIQUE GARRIGÓS en torno a que los intercambios de información tuvieron lugar 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 y que podían recogerse tanto de los envases del producto como en los respectivos lineales de las distribuidoras o sus páginas web. El acuerdo sancionador no rebate esta afirmación sobre la información intercambiada, y se limita sin mayores precisiones a decir que «*[n]o 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.

Los intercambios de información acreditados eran aptos, por tanto, y tal era el objetivo buscado por las empresas fabricantes incoadas, para producir una decisiva disminución de la incertidumbre en el proceso de determinación de precios y otras relevantes condiciones comerciales que hubiera primado en ausencia de tal compartición de información. [...]».

La falta de relevancia incriminatoria que expresó ENRIQUE GARRIGÓS también se manifiesta en el intercambio de abril y mayo de 2013, remitido por SANCHÍS MIRA, puesto que la información está ampliamente disponible en el etiquetado del producto o incluso en páginas web de acceso público. Pero sobre todo, se refiere a datos históricos de la campaña anterior de 2012.

Otro tanto podemos decir del correo de 31 de octubre de 2013, donde únicamente se facilita información sobre los precios de venta al público (PVP) de los turrones MDD.

Llegados a este punto, la pregunta obligada es ¿dónde radica el resto de la prueba o indicios relevantes del intercambio de información en el que se materializa la sanción? o en palabras de la CNMC, dónde está el resto de la documentación sobre la que « [n]o aporta explicación respecto del resto de intercambios de información estratégica acreditados [...]».

En el caso de SANCHÍS MIRA nos queda como dato incriminatorio más relevante, la convocatoria a la reunión de 19 de abril de 2013. Sin embargo, no hay constancia de su celebración, ni referencia tan siquiera indiciaria de su contenido, o de que se llevara a cabo alguna actividad relacionada con el intercambio de información que se persigue.

La información de SANCHÍS MIRA sobre referencias y precios que fue remitida por JOSÉ GARRIGÓS a ALMENDRA Y MIEL, con la calificación de *confidencial*, además de que incurre en la misma inconsistencia a la que ya nos hemos referido, constituye la información de un tercero. En estos casos, ya hemos dicho anteriores ocasiones y entre otras en las SsAN de 18 de diciembre de 2020, recurso 452/2016; 15 de diciembre de 2020, recurso 522/2016; o 24 de noviembre de 2020, recurso 482/2016 que «[N]o sabemos si los hechos a los que se refiere o indica fueron ciertos, hubieron tenido lugar, o que en la información intercambiada hubiera tenido efectiva participación quien aquí recurre.

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.

En segundo lugar, la infracción que se le imputa a la actora ha sido calificada como única y continuada, lo que tiene lugar cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, como nos recordó la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08 , Putters International NV, (apartados 34 y 35). [...] ».

Descartada la relevancia probatoria de los extremos puestos de manifiesto por la Administración, resulta inviable que se le pueda hacer participe a la actora, no ya en la concreta infracción que pudiera desprenderse de la conversación mantenida entre dos ajenos sino en un plan global con un objetivo común que le suponga su intención de participar, y se le presuma el conocimiento de los comportamientos del resto de los integrantes.

No podemos perder de vista que la conducta que se integra en la infracción perseguida es la de intercambio de información, y solo sobre los elementos supuestamente incriminatorios de este comportamiento debemos centrarnos. Hacemos esta advertencia porque es probable que otras pruebas recabadas pudieran poner sobre la pista de una infracción de reparto de mercado, sin embargo, no fue este el objeto de la sanción.

SEXTO.- La valoración que hemos hecho en el anterior razonamiento nos conduce a la conclusión que ya tuvimos ocasión de expresar en sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016; reiterado por la de 14 de diciembre de 2020, recurso 504/2016, cuando dijimos 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.

Tampoco podemos suplir el acuerdo sancionador con extremos traídos al expediente en fases anteriores del procedimiento de instrucción, salvo expresa remisión o referencia del propio acuerdo sancionador, como podría ocurrir con el Pliego de Concreción de Hechos. Este momento del procedimiento está previsto, según el artículo 50.3 de la LDC, para recoger "los hechos que puedan ser constitutivos de infracción (...)", y para que el interesado pueda contestarlo y proponer las pruebas que considere oportunas. Ni tan siquiera se contiene en este momento propuesta de resolución sancionadora que se deja para más tarde, una vez concluido el procedimiento de instrucción. [...]».

En definitiva, solo podemos constatar que la prueba sobre la que descansa la imposición de la sanción no despeja toda duda sobre la participación de la actora en el cártel, ni permite imputarla las prácticas anticompetitivas en los periodos por las que se la sanciona.

Para tomar esta decisión no es necesario agotar el examen del resto de los motivos invocados en el escrito de demanda, puesto que ya abordado nos conduce a la íntegra estimación del recurso con la íntegra anulación de la sanción impugnada.

SÉPTIMO. - La completa estimación del recurso implica la condena en costas a la Administración de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **SANCHÍS MIRA, S.A.**, contra la resolución de 7 de julio de 2016, S/0503/14, FABRICANTES DE TURRÓN, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que anulamos porque no es conforme a Derecho, con expresa condena en costas a la Administración.

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.