

Id Cendoj: 28079230061999100723  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 0761 / 1997  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: DEMANDA SOBRE CONCESIÓN DE BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA  
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Elaboración y difusión de recomendación de precios.

**SENTENCIA**

Madrid, a dieciseis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 06/761/1997, se tramita a instancia de LACTEOS MORAIS, S.A., representado por el Procurador D. Gustavo Gómez Molero, con asistencia Letrada, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de Junio de 1.997, sobre práctica restrictiva de la competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 8.700.000,-pesetas. Ha sido Codemandado UNION DE PEQUEÑOS AGRICULTORES (UPA), Procurador D. Roberto Granizo Palomeque.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por LACTEOS MORAIS, S.A., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de Junio de 1.997, solicitando a la Sala declare nulo el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 3 de Mayo de 1.999, con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 14 de Diciembre de 1.999.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en este litigio la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 352/94 (847/92 del SDC, incoado por denuncia de la Unión de Pequeños Agricultores (UPA), del Sindicato Unión General de Trabajadores, contra la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL), por la realización de una practica restrictiva de la competencia consistente en la elaboración y difusión de una recomendación de precios y contra 49 empresas fabricantes de productos lácteos, por el seguimiento de la recomendación anterior y la aplicación de precios similares en el mercado

SEGUNDO.- En el escrito de conclusiones de la actora se argumenta que LACTEOS MORAIS, S.A., sufrió una pérdida continuada de ganaderos a lo largo de todo el período de referencia, y como documento nº 1 de la demanda se aportaron unas estadísticas que así lo corroboran, en opinión de dicha litigante, quien razona que esta pérdida continuada de ganaderos contradice la tesis de la concertación, pues no es posible que los ganaderos se muevan de una empresa láctea a otra si no fuera debido a que existe competencia en las condiciones de compra de la leche.

Este documento se intentó aportar por la actora al Expediente administrativo siendo rechazado por el Tribunal de Defensa de la Competencia por haberse presentado después del 5-julio-1996, según consta en la Resolución recurrida, pag. 74, apdo. Primero, letra c).

Además de esta cuestión de fondo la demandante expone los siguientes motivos impugnatorios: La caducidad del Expte 352/94, la iniciación de la instrucción como consecuencia de una denuncia basada en una prueba ilícita que vicia de nulidad todo el procedimiento, nulidad del expediente administrativo por vulneración de la obligada separación entre órgano instructor y órgano sancionador, introducción en el procedimientos sancionador de hechos distintos a los delimitados en el período de instrucción, la limitación de la competencia que consecuencia de las circunstancias objetivas del mercado, muy intervenido administrativamente, vulneración del art. 76.3 de la Ley 30/1992, y del art. 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, la Resolución del TDC no tiene en cuenta atenuantes acreditadas, y al menos habría que deducir del importe de la multa los gastos del informe de auditoría ordenado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y que LACTEOS MORAIS, S.A., soportó un gasto de 40.000 ptas, por la elaboración de un informe de auditoría solicitado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, durante el período de prueba del procedimiento administrativo sancionador. Este gasto no tiene por qué ser soportado por la recurrente, en su opinión, pues no estaba obligada a sufragar un informe de un auditor independiente solicitado por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Por ello, en el supuesto de que las sanciones no fuesen anuladas en el presente recurso, la multa impuesta debería ser en todo caso disminuída en la cuantía gastada en el referido informe de auditoría, según el art. 4.2 del R.D. 1398/1993.

TERCERO.- La Sala siguiendo el orden expositivo de la demanda considera respecto del motivo de caducidad, que en este caso no es aplicable la Ley 30/92, porque entró en vigor el 27 de Febrero de 1.993, según su Disposición Final, y el presente procedimiento administrativo inició el 9 de Julio de 1.992, por lo cual según la Disposición Transitoria Segunda de dicha ley, se rige por la normativa anterior.

Otro tanto, ocurre con el R.D. 1398/93, en cuya Disposición Transitoria Unica se aplica la misma solución jurídica a su vigencia efectiva

Además, teniendo en cuenta esta premisa jurídica, tampoco puede cuestionarse la supuesta vulneración del art. 76 nº3 de la ley 30/92, por la misma razón del primer párrafo de este fundamento.

En este caso sólo es aplicable la LPA de 17 de Julio de 1958, conforme a la tesis de la Abogacía del Estado y de la codemandada cuando razonan que no se ha producido inactividad administrativa durante el período comprendido entre el inicio de la infracción cuestionada; 1 de Abril de 1.992 y la fecha de la resolución recurrida el 3 de Junio de 1.997, porque en este expediente administrativo debido a su complejidad fue preciso procesar por medios informáticos más de 400.000 facturas de 48 empresas diferentes; y se practicaron pruebas documentales, como son los informes de la Comisión Europea, del Ministerio de Agricultura, y la Subdirección General de Estudios del Tribunal de Defensa de la Competencia, testificales, periciales y diligencias para mejor proveer. Los diferentes plazos del procedimiento fueron ampliados a instancia de los interesados; en la proposición, práctica y valoración de la prueba, y de las diligencias para mejor proveer.

Así pues, no existe la caducidad pretendida por la actora; y los plazos de caducidad del art. 100 de la

Ley 66/1997, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social; no son de aplicación al caso, al haberse iniciado el expediente antes del 1 de Enero de 1.998, según la Disposición Transitoria 12ª de la Ley 66/97. No concurriendo prescripción según el art. 12 nº1 a) de la LDC, ni vulneración al art. 76 nº 3 de la Ley 30/92.

CUARTO.- En cuanto a los siguientes alegatos de la demanda sobre la nulidad del expediente, al haberse instruido como consecuencia de una denuncia basada en una prueba ilícita, no haber mediado la necesaria separación entre órgano instructor y órgano sancionador; y habérsele negado la aportación de determinados documentos a la actora, debemos considerar que el procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas se inicia por el Servicio de Defensa de la Competencia, según el art. 36 de la LDC, de oficio o a instancia de parte interesada; y que cualquier persona, interesada o no, puede formular denuncia, ante el Servicio. Por lo que es la denuncia, y no los documentos adjuntos a la misma, la causa determinante de la iniciación del procedimiento.

El expediente se inició por dos denuncias: Una formulada por la UPA, que aportó el documento al que la actora hace referencia, junto con numerosas liquidaciones mensuales de pago de leche efectuadas por una serie de industrias lácteas a los ganaderos; y otra formulada por un ganadero, que no incluyó el citado documento. Así pues, el procedimiento no se inició sólo a causa de dicho documento y en el curso del procedimiento la parte que había aportado el documento renunció a su utilización, y el TDC acordó no tomarlo en consideración como prueba, y sí en cambio considerar las actas de FENIL, que son contradictorias con dicho documento.

En este caso, también se plantea por la recurrente la posible ineficacia probatoria del documento aportado al inicio del procedimiento por la primera denunciante atendiendo a sus circunstancias de obtención. La Sala entiende que se trató en su momento de un simple indicio que fue razonadamente descartado por el TDC en el hecho probado 8 y fundamento de derecho Tercero, 3.1 privándole así de cualquier virtualidad jurídica. Lo decisivo en el presente supuesto es el conjunto de los demás medios probatorios, cuya valoración probatoria comprende su eficacia para destruir la presunción de inocencia de la recurrente, debiendo tenerse en cuenta la doctrina de la Sala 3ª, Sección 6ª del Tribunal Supremo, que entre otras, en su sentencia de 17 de Noviembre de 1.998 (R- 9.150), considera que las actuaciones administrativas del expediente no constituyen una simple denuncia si no que son susceptibles de valorarse como prueba en la vía judicial contencioso- administrativa sin precisar reiteración alguna en dicha instancia jurisdiccional, lo cual no depende de la parte que haya aportado el medio probatorio si no de su incorporación regular al expediente administrativo sancionador, y su correcta valoración posterior, sin aportación "ex novo" en sede judicial, según se precisa en la sentencia de aquella Sala, Sección 7ª de 11 de Diciembre de 1.998. (R-607).

El TDC ha reflejado correctamente en la resolución recurrida los principio constitucionales de selección de medios probatorios válidos, y de su ulterior valoración ponderada en función del conjunto de pruebas seleccionadas, postergando, sin valor alguno, las obtenidas sin las debidas garantías legales; que de este modo no contaminan aquéllas validas y eficaces. Por lo tanto la alegación de la recurrente en este aspecto carece de suficiente fundamento, siendo admisible y eficiente la prueba seleccionada y valorada por el TDC, según el criterio de la Sección 3ª de dicha Sala, consolidado en su sentencia de 28 de Enero de 1.999 (R-274).

QUINTO.- Respecto del principio de separación entre el órgano instructor: S.D.C. y el órgano sancionador: T.D.C. se ha respetado en este caso, ya que el T.D.C., se ha limitado a examinar los hechos del pliego de concreción de hechos formulado por el SDC, y de acuerdo con el informe elevado por el citado Servicio al Tribunal. Y en cuanto a los documentos que la actora pretendía presentar, éstos sólo pueden aportarse durante el periodo probatorio, según los arts; 37.1 y 40.1 LDC, y no después de las diligencias para mejor proveer. La práctica de tales diligencias depende de la iniciativa del órgano decisorio, el cual no puede suplir la falta de diligencia de las partes, que no aportaron en el momento procesal oportuno documentos que entonces conocían, y ahora carecen de suficiente relevancia, a los efectos impugnatorios propugnados por la actora.

La falta de acreditación de los hechos sancionados, que se argumenta en la demanda carece de suficiente justificación porque según consta en los folios 34 a 41 de la resolución recurrida concurre en este caso coincidencia de precios-base, bonificaciones y penalizaciones, teniendo una evolución sincronizada cronológicamente. Apreciación técnica que concuerda con los testimonios de FENIL y de varias empresas expedientadas que han reconocido operar con los mismos precios, y con las características estructurales del mercado de la leche, que hacen inviable que por el concurso de la oferta y la demanda se produzca una identidad de precios como la contrastada en este asunto.

Las circunstancias alegadas por la actora, de concertación de los ganaderos, el intervencionismo administrativo, la política láctea de la Unión Europea, o la presencia de un líder barométrico en el sector, han sido correctamente valoradas por la resolución impugnada, en que se ha rechazado movidamente la supuesta concertación de los ganaderos, que podría ser objeto de denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia, pero no justifica la concertación sancionada, y ha tenido en cuenta como atenuante el intervencionismo administrativo de los años anteriores a la concertación, así como, los restantes factores especificados en los fundamentos jurídicos: 8 núms. 2, 3 y 4 de la Resolución recurrida.

SEXTO.- La recurrente considera vulnerado el art. 10.1 LDC porque el TDC no ha tenido en cuenta la facturación del ejercicio 1996, que es el anterior a la fecha de la resolución, pero entiende la Sala que dicha norma establece un límite máximo a la imposición de las multas, las cuales podrán ser "de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal".

En este caso, el T.D.C., ha partido del volumen de compra de leche de vaca de cada una de las empresas sancionadas durante los años en que la concertación se produjo: 1991 y 1992; sin que haya aplicado los límites máximos referidos, rigiendo un criterio de moderación al cuantificar el TDC la multa a la empresa recurrente, ponderando diversas circunstancias alegadas por la recurrente, como la presión de los sindicatos y de las organizaciones agrarias, la tradicional intervención administrativa en el sector, el hecho de que no hayan participado en la concertación todas las empresas que operan en el mismo mercado, y la limitada duración de la práctica en el tiempo.

Así pues, se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad, y no puede reducirse la cuantía de la multa con cargo al importe del informe de auditoría cuyo coste asumieron las empresas sancionadas, ya que el TDC consideró este hecho al cuantificar la multa de la empresa recurrente, según consta en el apartado 8.3.f. de la resolución impugnada.

SEPTIMO.- La pérdida continuada de ganaderos no es óbice para que la actora siguiera la recomendación de precios sancionada, y la disparidad de los precios finales del producto lácteo comercializado, tampoco representa un inconveniente jurídico, para aquel seguimiento respecto del precio-base, que es el auténtico objeto litigioso, según los fundamentos jurídicos 7, nº7 letras: d) y f) de la Resolución recurrida.

La duración limitada de dicha practica restrictiva de competencia no enerva las razones del TDC para acordar sancionarla, pero sí representa una causa de atenuación en su graduación según se argumenta en el fundamento de derecho 8 nº3 de la Resolución recurrida.

En definitiva las cuestiones de fondo suscitadas en la demanda y en el escrito de conclusiones de la actora entiende la Sala que han sido correctamente tratadas en la citada Resolución del TDC, cuyos razonamientos no han sido eficazmente desvirtuados por la parte actora en este recurso.

OCTAVO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de LACTEOS MORAIS, S.A., confirmando la Resolución del Tribunal de Defensa de la competencia de fecha 3 de Junio de 1.997, a que las presentes actuaciones se contraen, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-