

Id Cendoj: 28079230062001100861
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 766/1997
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a catorce de marzo de dos mil uno.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 766/97, seguido a instancia de "Queserías Prado SL", representada por el Procurador D. Gustavo Gómez Molero, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. La Unión de Pequeños Agricultores, promotora del expediente ante el TDC, se personó en las actuaciones, representada por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque. El recurso versó sobre impugnación de acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se fijó en 4.500.000 pts, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:- En fecha 3-6-97 se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuya virtud se impuso a la recurrente, entre otras empresas más, la sanción de multa de 4.500.000 pts y se le ordena la publicación de la parte dispositiva de la resolución, por incurrir en la conducta prohibida por el *art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia*, consistente en "haberse concertado para aplicar los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos".

En la citada resolución se declaró probado que la recurrente, junto con otras empresas del sector, durante los meses de septiembre y diciembre de 1991 y abril de 1992 aplicaron a los productores de leche los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) La recurrente pagó precios distintos a los de referencia, según consta en el expediente administrativo, y el TDC ignora esta cuestión en la resolución impugnada.

b) Caducidad del expediente: Infracción del *art. 43.4 Ley 30/92 y 20.6 RD 1398/93*.

Tanto el servicio, como el TDC han mantenido abiertos dos expedientes, por 2 y 3 años respectivamente con períodos de paralización total de los expedientes por causas ajenas a la recurrente.

c) Infracción del *art. 24.2 CE* :

El expediente se inició como consecuencia de un documento ilegalmente sustraído de la sede del FENIL, por lo que en aplicación de la doctrina del árbol envenenado, comunica la nulidad a lo posteriormente actuado, intentando el TDC salvar la denuncia mediante de la instrucción por él mismo de todo el expediente.

d) No se separó el órgano decisor del instructor: *Art. 10 RD 1398/93, y 134.2 Ley 30/92* .

El servicio sólo investigó y propuso sanción respecto de los precios-base, pues las primas y descuentos supusieron una cuestión nueva introducida por el TDC.

e) Introducción en el procedimiento sancionador de hechos distintos a los delimitados en el período de instrucción: *Art. 20.3 RD 1398/93* , concretamente lo relativo a las primas y descuentos comerciales aplicados por la recurrente al margen del precio-base.

f) La coincidencia de los precios de referencia se debe a las circunstancias objetivas del mercado, muy intervenido administrativamente.

No se ha probado la existencia del acuerdo, y puede darse una explicación objetiva a la coincidencia de precios, como es la existencia de un mercado de producto homogéneo (leche de vasca), y la petición de los ganaderos de la aplicación de un precio de referencia mínimo, en el marco de una gran tradición intervencionista de la administración. Invoca doctrina del TJCE en el sentido de que a falta de prueba deben analizarse detalladamente las características del mercado que se considera, pues no basta la existencia de un paralelismo de comportamiento para deducir la existencia de un acuerdo de reparto del mercado.

g) Infracción del *art. 10.1 Ley Defensa de la Competencia* .

La multa debió imponerse con referencia al volumen de facturación de la recurrente de 1996 y no, como se hizo, de 1995, pues la sanción se impuso el 3-6-97.

h) Infracción del *art. 24.1 CE* :

Al negarle el acceso al "Tratamiento informático" al que se refiere el TDC en su resolución para la fijación de los hechos probados, se le ha causado indefensión, ya que ignora los criterios seguidos para llegar a las cifras que se consigna en el cuadro resumen de facturas y precios.

i) No se tienen en cuenta atenuantes acreditadas.

La breve duración de la coincidencia de algunos precios (6 o 7 meses, no un año).

La cesación espontánea de la coincidencia de precios, pues la denuncia se conoce en septiembre de 1992 y la coincidencia cesó plenamente en el verano anterior.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó que la recurrente había realizado prácticas contrarias a la libre competencia en los términos señalados por la resolución impugnada.

La "Unión de Pequeños Agricultores" se opuso a la demanda con los siguientes argumentos:

a) La recurrente no pagó precios distintos.

El informe de auditoría en el que se basa la recurrente no refuta que pagara el mismo precio base, bonificaciones y penalizaciones que el resto de imputados.

b) Caducidad del expediente:

La DT 2 de la *Ley 30/92*, remite a la *LPA de 1958* como norma que rige el expediente seguido contra la recurrente, iniciado el 9-7-92, sin que la fase de decisión del mismo ante el TDC pueda calificarse de procedimiento distinto.

c) Inexistencia de prueba ilícita.

No se inició el expediente públicamente por el documento a que se refiere la recurrente, y quedó probada la concertación de precios por la identidad de los precios base que variaban de mes a mes en las facturas que se adjuntaban

d) Inexistencia de infracción del principio de imparcialidad en el órgano que impone la sanción.

El SDC en el Pliego y en Informe-Propuesta se refiere a los cargos relativos a la alteración de precios en las bonificaciones y/o descuentos según calidad acontecida y no sólo sobre fijación de precios base.

e) No se introducen en el procedimiento sancionador nuevos hechos:

Se remite a lo anterior y a la doctrina de la Sala al respecto.

f) Suficiencia de la prueba para determinar la existencia de una práctica prohibida.

La simple concertación es distinta a la realización de una conducta conscientemente paralela, y la normativa comunitaria deja a la libre competencia la fijación de los precios. El TDC ha aplicado correctamente el sistema de la prueba por presunciones, pues ha partido de la existencia de unos indicios y ha encontrado un nexo entre el hecho y la presunción: que la concertación es la única explicación lógica al paralelismo en la fijación de los precios. El TDC analizó 400.000 facturas que evidencian que en 1991 y 1992 se aplicaron a los productos de leche los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche sin que existiera justificación para ello.

g) No infracción del *art. 10.1 LDC*

El fallo del TDC fue de 3-12-96, aunque se publicó el 3 de junio siguiente, por lo que la estimación de la multa fue correcta al referirse a la facturación del año anterior

h) Correcta fijación de la atenuantes

El TDC ha tenido en cuenta todas las circunstancias.

CUARTO:- Practicada la prueba propuesta, se acordó, en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado el día 14 de marzo de 2001 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso pueden agruparse en dos grandes grupos:

a) Vulneraciones de derechos fundamentales en la tramitación y resolución del expediente sancionador.

b) Determinar si la conducta desplegada por la recurrente consistente en poner en práctica una recomendación por la que se fijaban precios base y porcentajes de bonificación y descuento según calidad del producto, entre los meses de septiembre de 1991 y mayo de 1992, puede calificarse como acuerdo, decisión, recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, en su modalidad de fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, en los términos del *art. 1.1.a) de la Ley 16/89 de 17 de julio sobre Defensa de la*

Competencia .

SEGUNDO: En relación al primero de los apartados debe recordarse que tras la STC 18/1981, es constante y unánime la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que las garantías del *art. 24 de la CE* son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, pues a través de éste se manifiesta también el "ius puniendi" del Estado, lo que implica que desde esta premisa deben analizarse todas y cada una de las supuestas infracciones alegadas por la recurrente.

En nuestra sentencia de 13-1-2000 rec. nº 767/1997 , ya tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre alguna de las cuestiones que se plantean en el presente capítulo, y que damos pro reproducidas con remisión a la misma, sin perjuicio de recordar, aunque sea someramente en esta resolución, los fundamentos expuestos en la referida Sentencia.

Así, y por lo que a la caducidad del procedimiento respecta, debemos señalar que, contrariamente a lo que se argumenta en la demanda, existe un único procedimiento, bien es cierto que desarrollado en dos fases, de instrucción y de resolución, que se inicia el 1-4-1992, por lo tanto antes de regir la *Ley 30/1992, que entró en vigor el 27 de febrero* siguiente. La *Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958* , aplicable por lo tanto al presente caso, no preveía un plazo máximo de duración del procedimiento ni la aplicación del instituto de la caducidad por ello, razón por la que debe rechazarse la demanda en este punto, sin que por otra parte, resulte injustificada o caprichosa la larga duración del procedimiento (finaliza el 3-6-1997), habida cuenta su complejidad (se procesaron sobre 400.000 facturas) y el número de empresas implicadas (48) y en el que las partes solicitaron la concesión de periodos de prórroga para la práctica (pág. 13, punto 12 del Acuerdo impugnado).

La segunda de las cuestiones, invocación de la doctrina de árbol envenenado, se concreta directamente con la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia por apoyarse la sanción en una prueba inicial ilícitamente obtenida (STC 102/1994). Sobre este extremo es necesario citar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto (SSTC 175/2000, 238/2000 que cita la importante STC 81/1998). De estas sentencias cabe deducir que la doctrina invocada sólo será aplicable cuando la prueba ilícitamente obtenida haya sido el único medio probatorio en el que se funde la imposición de la sanción, y además aún en el supuesto de que el procedimiento se haya iniciado como consecuencia de una actuación ilícita, será necesario para comunicar esta ilicitud al resto de pruebas y actuaciones habidas en el seno del mismo, que pueda establecerse una relación lógica y directa entre ambas que conduzca de forma inequívoca la vinculación de unas y otras. Pues bien, en el presente caso, el procedimiento se inicia como consecuencia de dos denuncias, la primera, el 18-6-1992, presentada por la Unión de Pequeños agricultores (UPA), contra la Federación Nacional de Industrial Lácteas (FENIL) a la que se acompañó un documento fechado el 3-9-1991 que se refería a la actuación supuestamente anticompetitiva de dicha Federación por recomendar la conducta descrita en el FJ 1 de esta sentencia, y que había sido ilícitamente obtenido, dado su condición de "confidencial" concedida por el Servicio de Defensa de la Competencia. La segunda denuncia, a la que no se refiere la recurrente, fue interpuesta por un ganadero el 25 de septiembre de 1992 (Antecedente de Hecho Primero del acuerdo sancionador), por lo que de acuerdo con la doctrina expuesta no se aprecia esa exclusividad entre el inicio ilegítimo del expediente y la sanción impuesta. A mayor abundamiento, debe recordarse que el TDC en su Auto de 10-11-1994 dispuso la práctica de una amplia prueba, incluso de oficio (pág. 10 y ss del Acuerdo), y que en el FJ 1.2 del mismo razona, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que no se tuvo en cuenta el documento cuestionado, al que había renunciado la propia parte que lo aportó, por existir dudas sobre su origen y la legalidad de su aportación, construyéndose la resolución sancionatoria, originada por una doble denuncia, sobre el resto de la amplia prueba practicada y conseguida de forma autónoma e independiente del referido documento, que en cualquier caso ponía en evidencia una actuación antijurídica del FENIL. No ha existido pues la violación denunciada, por lo que debe desestimarse la demanda en este punto.

En tercer lugar se alude al solapamiento de funciones entre el órgano instructor y el decisor, basada en la improcedente cita de la *Ley 30/1992*. Con independencia de la inaplicabilidad de la referida norma este caso, debe recordarse que el pliego de cargos, formulado el 22-12-1993 se refería no sólo a la fijación concertada de un precio base, sino además a la aplicación de determinados descuentos y porcentajes de bonificación según la calidad del producto, que es la conducta por la que se sanciona a la recurrente, por lo que al haber tenido conocimiento de los hechos que se le imputaban con carácter previo a la imposición de la sanción, no ha existido la infracción denunciada (SSTC 120/1996 y 29/1989, entre otras muchas)

En cuarto lugar debemos referirnos a la denunciada infracción del *art. 10 de la LDC* , en su doble manifestación de elección del año de referencia para la imposición de la sanción y aplicación de circunstancias atenuantes, pretensión que también debe rechazarse, pues como se razona en la pág 71 del Acuerdo, se ha impuesto una multa del 10% de la cifra de negocios del año anterior a la fecha de resolución

del TDC (3-7-1997), por lo que dicho período de referencia será el año 1996. No obstante, si a pesar de esta declaración se hubiera producido un error en la cuantificación, deberá corregirse para coincidir con el porcentaje y ejercicio señalados. Por otra parte, consta en la resolución, pág 70, que se tuvieron en cuenta las distintas circunstancias atenuantes concurrentes en el presente caso y concretamente las que menciona la recurrente en su demanda.

Resta por analizar la queja relativa a la posible violación del *art. 24.1 CE* por haberse negado ala recurrente el acceso al "Tratamiento Informático" a que se refiere el TDC en su resolución, lo que le impide conocer los criterios seguidos para la fijación de los hechos. Sobre este extremo, resulta esencial referirnos al Auto de 8-3-1996 dictado por el TDC en el que de forma expresa se levantó la confidencialidad respecto de los informes de auditoría en relación a las empresas acusadas de realizar prácticas concertadas y en el que se recordaba que las facturas, que es la materia objeto de tratamiento informático y reflejan los precios base y primas pagadas a los ganaderos, siempre estuvieron a *disposición de las empresas imputadas*. Por otra parte, en el *FJ 2* del Acuerdo, expresamente se alude a la conformidad de los imputados en el acto de la vista respecto de la subsanación de los defectos de tramitación que pudieran haber causado indefensión. En atención a lo expuesto procede desestimar la demanda en relación a la pretensión relativa a la violación de derechos fundamentales en la tramitación y resolución del expediente.

TERCERO: La segunda cuestión a la que nos referíamos en nuestro *FJ 1* exige abordar el tema relativo al ajuste constitucional de la técnica seguida por el TDC para llegar a la conclusión de que existió prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y concluir en consecuencia que se adoptaron las prácticas concertadas. En este punto, la resolución del TDC es sumamente precisa y meticulosa, partiendo de un hecho incuestionable, como es la existencia en la Unión Europea de un mercado libre de oferta y demanda, pues el precio indicativo al que se refiere el *Reglamento CEE 804/1968* , sólo es un precio deseable a percibir por los ganaderos en una determinada campaña y sirve de referencia para fijar los precios umbral y de intervención. En consecuencia, debe concluirse que las prácticas intervencionistas, frecuentes en la tradición previa al ingreso en la CEE por la Administración española, o colusoria es contraria a la normativa comunitaria. Así las cosas, en la pág. 60 y ss del Acuerdo, se establece el mecanismo lógico seguido para llegar a la imposición de la sanción: de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (las iniciales SSTC 175 y 174/1985) la prueba indiciaria puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, si el órgano sancionador parte de la prueba plena de los indicios y razona debidamente que de los mimos se infiere la comisión del hecho ilícito, lo que se complementa con la doctrina del TJCE citada en la resolución en el sentido de que con dichas bases podrá imponerse la sanción si no se aduce otra explicación razonable que explique desde la legalidad, lo realmente ocurrido, y por lo tanto, se destruya la sombra de ilegalidad que proyecta sobre el imputado el mecanismo indiciario descrito. En el presente caso, en la pág. 61 del Acuerdo se expone la coincidencia de los precios base, bonificaciones y descuentos pagados por litro de leche en los períodos de referencia, y en la 62 se explica el por qué la referida identidad no deriva de razones del mercado, argumentos a los que nos remitimos y expresamente afirmamos que compartimos. Frente a ésto, las alegaciones vertidas de contrario, tratando de ofrecer una explicación alternativa razonable, incurren en una petición de principio, pues parten de la base de justifica la existencia de prácticas concertadas en atención a la tradición intervencionista en España, la crisis del sector, y la posición de liderazgo barométrico, realmente colusorio como razona el TDC, de una empresa, lo que supone la explícita admisión de la irregularidad denunciada. En definitiva, la coincidencia en las fijaciones de precios no puede explicarse razonablemente al margen de la convicción expresada por el TDC y compartida por esta Sala de la existencia de una práctica concertada, por lo que también debe rechazarse la demanda en este punto, debiendo unirse a lo expuesto que el TDC no incurrió en incongruencia en la valoración de la prueba, pues el Informe de auditoría a que se alude en la pág 4 de la demanda, en modo alguno exculpa a la recurrente, pues en el mismo no se niega que pagara el mismo precio base, bonificaciones o penalizaciones a que se refiere el acto impugnado.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos la demanda y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de

indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.