

Id Cendoj: 28079230062002100959
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 760/1997
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil dos.

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 760/97, seguido a instancia de "Federación Nacional de Industrias Lácteas, **FENIL** , 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 15.000.000 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 15.000.000 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 "elaborar y difundir una recomendación de precios mediante la "Circular nº 82/92 Variación de criterios para el pago por calidad de la leche", que fue seguida por distintas compañías.

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.

Con carácter previo a la formulación de alegaciones jurídicas, se incide en las siguientes cuestiones:

. La situación del **FENIL** :

La Resolución del TDC exculpa al **FENIL** de la imputación de realizar recomendación sobre los precios, y solamente le sanciona por haber realizado una recomendación posterior, hecho que no le fue imputado como actuación ilícita en la propuesta remitida por el Servicio.

. La posición de **FENIL** :

FENIL es una federación de asociaciones profesionales que se limita a facilitar información a sus asociados sobre las estadísticas, normas técnicas y legislación aplicable en el mercado de la leche en al Unión Europea.

. Valoración del Informe-Propuesta:

Únicamente contiene una propuesta de sanción por causa de una supuesta recomendación de precios-base, pero no por una recomendación de bonificaciones y descuentos sobre esos precios- base.

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

a) La Circular 8/92 de 20-3-92 no era una recomendación de precios-base de la leche, sino simplemente la repercusión de los precios de intervención fijados por la CEE para la mantequilla (grasa) y leche en polvo (proteína), que son los ingredientes básicos de la leche. Por otra parte esos precios se venían aplicando desde septiembre de 1991.

b) Caducidad del expediente: Infracción del *art. 43.4 Ley 30/92 y DT única 3º 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 (desde el 9-7-1992 a 5-6-1997), lo que excede incluso los nuevos plazos de 18 meses a que se refiere el *art. 56 LDC (reforma Ley de medidas 1996)* .

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) Ausencia de pruebas sobre la conducta que se imputa a la recurrente.

e) Especiales circunstancias concurrentes:

.La recurrente ha mantenido una actitud de total colaboración con la Administración, que en todo caso debe ser tenida en cuenta.

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

La multa, en el caso de ser procedente, debió imponerse con referencia al volumen de facturación del ejercicio anterior (debe recordarse que la **FENIL** no lo tiene al no ser un operador económico por lo que a lo sumo podría referirse al total de ingresos anuales del año anterior, lo que podría suponer como máximo 6.848.000 pts).

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 Sentencia de esta misma Sección que acompaña (SAN de 16-12-1999 rec. Nº 771/97) .

La "Unión de Pequeños Agricultores" se opuso a la demanda con los siguientes argumentos, previo análisis de las características del mercado lácteo y tras precisar que el Servicio propuso, pág. 23 y 24 del Informe-Propuesta, sanción por "recomendación de la **FENIL** a sus asociados para aplicar un precio base y unas bonificaciones y penalizaciones durante los meses de septiembre de 1991 a mayo de 1992".

a) Sobre la Circular 8/92.

Contiene criterios homogéneos para definir un parámetro de leche tipo y variaciones uniformes en los precios a pagar por el litro de leche. En definitiva fija los elementos constitutivos del precio final (descuentos, rebajas márgenes...).

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) No infracción del *art. 10.1 LDC*.

Es práctica habitual en el TDC el aplicar a las asociaciones el criterio del *art. 10.1 LDC* con la única obligación de motivar el grado de imposición.

e) Correcta fijación de las atenuantes en el FJ 8 de la resolución, con mención expresa a la actitud colaboradora de la **FENIL**.

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 16 de enero de 2002 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 recomendar la fijación de precios y porcentajes de bonificación y descuento según calidad del producto 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 con el 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.

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 (se incoó el 18-6-92 y 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 períodos de prórroga para la práctica (pág. 13, punto 12 del Acuerdo impugnado). Tampoco puede prosperar la queja a que se hace referencia en los antecedentes de la demanda relativa a la falta de consignación en el pliego de cargos

de los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción, pues, como se desprende del examen de las actuaciones, existe suficiente correlación entre la consignación fáctica realizada en la fase de instrucción y la fijación de los hechos probados que se establecen en la resolución impugnada.

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 de la **FENIL** . No ha existido pues la violación denunciada, por lo que debe desestimarse la demanda en este punto.

En tercer lugar debemos referirnos a la queja por infracción del *art. 10 de la LDC* , en su doble manifestación de toma en consideración del volumen de facturación para imponer la sanción y aplicación de circunstancias atenuantes, pretensión que también debe rechazarse, pues como se razona en la pág 57 del Acuerdo, se ha impuesto una multa del 10% del límite máximo inicial que la propia LDC (*art. 10.1*) establece para los supuestos de infracción (150 millones de pts), siendo irrelevante que la recurrente sea o no operador económico, pues el propio precepto, con una redacción amplia, incluye también a las asociaciones empresariales. Finalmente, consta en la resolución, pág 57 y 58, que se tuvieron en cuenta las distintas circunstancias atenuantes concurrentes en el presente caso y concretamente las que menciona la recurrente en su demanda.

Por otra parte, y aunque no se alegue expresamente en la demanda, conviene destacar, pues ha sido una alegación recurrente en otros recursos muy similares al presente resueltos por esta Sección y se encuentra implícita en el presente, que no existe infracción del principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (*Ley 4/99* de reforma de la *Ley 30/92*, *art. 3.1.2*). Así, la STS de 10-5-99 Az 3979 , recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general". Por otra parte, en la STS de 1-2-99 Az 1633 ,

se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la *Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 [RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246]*, modificada por *Ley 4/1999 [RCL 1999\114]*, y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa".

Se trata en definitiva de un principio de origen jurisprudencial, que debe examinarse desde el casuismo de cada decisión, y que se concibe como una reacción del Juez frente a actuaciones irregulares tanto del Poder Legislativo, como de la Administración, caracterizadas por sorprender la confianza del destinatario, en materias tan dispares como cambios normativos sorpresivos en supuestos de intervención económica, especialmente en el ámbito de la Política Agraria Común (STJCE 16-12-1999), o en procesos de selección en la función pública (STJCE 17-4-1997). En definitiva, como señala la STJCE de 12-5-1998, para anular un acto irregular recaído en el seno del derecho nacional de un Estado, el Juez deberá ponderar los intereses en conflicto en cada caso, y resolver dando primacía, bien al principio de legalidad, revocando el acto, lo que demanda el interés general, bien dando protección a la confianza legítima, en defensa del interés individual.

En el presente caso, si bien es cierto que en una etapa anterior a la producción de los hechos sancionados la Administración española practicó una cierta intervención en el mercado, no existe la continuidad o intermediación necesaria como para entender que la actuación de la recurrente se ha visto sorprendida por la actuación de la Administración, plenamente acorde con el derecho comunitario, subrayando que dicha legislación data con la suficiente antigüedad como para que pueda calificarse de sorpresiva una actuación que simplemente trata de restablecer el imperio de la *ley española ya adaptada a la normativa europea que se remonta en este punto a 1968*, razón por la que también procede la desestimación de la demanda en este extremo, máxime si se tiene en cuenta que esta circunstancia fue tomada en consideración como atenuante para la imposición de la sanción (pág 65 del Acuerdo del TDC). Finalmente el desordenado carácter de la exposición de la actora se confirma con la alegación, en fase de conclusiones, de un nuevo motivo de recurso no invocado en el momento procesal oportuno, que fue el de la redacción de la demanda: infracción del *art. 24.1 CE* por denegación de acceso al tratamiento informático de las facturas tenidas en cuenta por el TDC para la imposición de la sanción. Esta forma de proceder, a quien realmente causa indefensión es a las demás partes, pues la extemporánea alegación del motivo de recurso impide una correcta y amplia defensa respecto del mismo en el trámite de contestación, con la consiguiente posibilidad de proposición de prueba. Por otra parte el escrito de conclusiones se reserva para la valoración de la prueba ya practicada, no para la ampliación de la demanda. Por estos motivos no puede ser tenido en cuenta, sin perjuicio de recordar en este punto la doctrina que esta Sección ha establecido en asuntos derivados de la impugnación del mismo acto administrativo y que la parte recurrente conoce por estar asistida por la misma dirección técnica y obrar copia de la sentencia referida en estas actuaciones. En definitiva, negamos la existencia de indefensión dado que nunca se impidió a las partes el acceso a las facturas originales, extremo que por otra parte no guarda relevancia con el reproche que se efectúa a la adopción de la Circular 8/92 por las razones que se exponen a continuación.

TERCERO: Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas, es decir la conducta que motiva la imposición de la sanción, este Tribunal asume las consideraciones establecidas en la pág. 56 del acto impugnado, corroborado por la lectura de la Circular 8/92 cuya redacción es asumida por la recurrente. En esencia se estima que el contenido de la citada Circular es contrario al *art. 1.1 de la Ley 16/1989* en la medida en que no sólo establece criterios homogéneos para la definición de un parámetro de leche tipo, si no que, y esto es lo más relevante, indica unas variaciones uniformes en los precios a pagar por litro de leche (bonificaciones y descuentos) en función o disminución de parámetros como la materia grasa o

proteínica, o la calidad bacteriológica. Acreditada la existencia de la Circular, su autoría y difusión por la propia confesión de la recurrente, ninguna duda cabe acerca de la procedencia de la sanción impuesta, pues, como es suficientemente sabido, no es necesario que a este tipo de recomendaciones les siga una efectiva ejecución por parte de los destinatarios para que se considere realizada la conducta ilícita, pues la antijuridicidad descansa en su propio contenido, que claramente incorpora una recomendación colectiva contraria a la fijación por cada empresario de forma libre y voluntaria de los precios finales, y su posterior difusión.

QUINTO: 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 de casación.

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