

Id Cendoj: 28079230062003100111  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 0953/1997  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo  
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

Madrid, a veinte de octubre de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **DANONE** S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, 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 1997, siendo Codemandada Unión de Pequeños Agricultores y la cuantía del presente recurso de 480.809,68 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por **DANONE** S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, 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 1997, solicitando a la Sala declare la nulidad del acto impugnado.

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 de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando a tal fin lo que estimó oportuno e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día

ocho de octubre de dos mil tres.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones

concordantes y supletorias de la misma.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de junio de 1997, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 480.809,68 euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en la concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o 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, y en particular los que consistan en: a) La fijación de forma directa o indirecta de precios..."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..."

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: Distintas cuestiones han de ser analizadas, unas relativas a vulneraciones en la tramitación del expediente, otras relativas a vulneración de derechos fundamentales y otras relativas a la tipificación de la conducta imputada.

Todas estas cuestiones fueron tratadas en nuestra sentencia de 13 de enero de 2000, dictada en el recurso 767/1997, cuya doctrina recogemos en esencia.

A) En cuanto a la caducidad del expediente en aplicación de la Ley 30/1992, la Ley citada entró en vigor el 27 de febrero siguiente, y siendo, como es, que el expediente se inicia el 1 de abril de 1992, es evidente que su desarrollo se rige por la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la cual el exceso en el plazo en la tramitación de los expedientes administrativos no acarrea la sanción de caducidad. Por otra parte, y excluida la caducidad, tampoco se aprecia un exceso de tiempo en la tramitación caprichoso o injustificado - que vulneraría los principios de celeridad y eficacia en la actuación administrativa -, ya que la duración se justifica en la complejidad del expediente.

B) En cuanto a la ilicitud de la obtención de la prueba, Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 175/2000 y 238/2000 declaran que la ilicitud de la prueba se transmite a la Resolución

cuando esta sea la única prueba en que se funde la sanción, o todas las posteriores se encuentren en una relación lógica y directa con la ilícitamente obtenida de suerte que pueda afirmarse la vinculación entre todas ellas.

En el presente caso el procedimiento se inicia como consecuencia de dos denuncias de la Unión de Pequeños Agricultores, una de ellas basada en un documento confidencial, pero no la otra; habiendo afirmado el TDC en la Resolución impugnada no ser tenido en cuenta el documento en cuestión dada la duda sobre la ilicitud de su obtención. Por otra parte, en el expediente administrativo se practicó amplia prueba, aún de oficio.

C) En cuanto al solapamiento de las funciones en base a la Ley 30/1992, de instrucción y decisión, al margen, como se ha dicho, de la inaplicabilidad al supuesto que enjuicamos de la citada Ley, en el pliego de cargos se recoge la imputación, no solo referida a la fijación de precios, sino también en relación con las bonificaciones y descuentos según la calidad del producto.

D) En cuanto a la aplicación del artículo 10 de la Ley 16/1989, en las páginas 70 y 71 de la resolución expresamente se señala los criterios aplicados, así como la separación de la actividad lechera de otra que pueda desarrollar la entidad sancionada, que queda excluida, y se afirma determinar la multa atendiendo al volumen de negocios del año anterior a la Resolución, aplicando las atenuantes correspondientes y circunscribiendo el volumen de negocios a la actividad directamente relacionada con la conducta castigada.

E) En relación con la imposibilidad de acceso al tratamiento informático a efectos de la fijación de hechos, lo cierto es que el mismo recoge los precios bases y primas pagadas a los ganaderos, que resultan de las facturas analizadas por informes de auditorías. Estos documentos, facturas e informes de auditorías siempre estuvieron a disposición de las afectadas, por tanto no solo les fue posible conocer los concretos hechos sino también contradecir la interpretación del material fáctico.

F) No podemos aceptar que la uniformidad en el precio sea consecuencia del precio de intervención de la Unión Europea, que ha creado una costumbre, pues consta en los cuadros comparativos de la Resolución coincidencias que no pueden explicarse desde tal tendencia ni como una coincidencia espontánea, dada la similitud observada. Por otra parte, aunque existan primas, estas se aplican sobre el precio base y por ello éste tiene incidencia en el precio final.

Por último, el seguidismo del líder - que podría calificarse de conducta conscientemente paralela -, tampoco explica un mimetismo como el observado.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso y confirmar el acto administrativo impugnado, en relación a las citadas causas, por ser conformes a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

CUARTO: En cuanto a la valoración de la prueba para el establecimiento de los hechos objeto de sanción, hemos de señalar que el TDC parte de un hecho incuestionable, cual es la existencia en la Unión Europea de un mercado libre de oferta y demanda, pues el precio indicativo establecido en el Reglamento CEE 804/1968, solo es un precio deseable a percibir por los ganaderos en una campaña, y sirve para fijar los precios umbral y de intervención. En consecuencia, ha de concluirse que las prácticas intervencionistas anteriores a la entrada de España en la CE, y las colusorias, son contrarias a la normativa comunitaria.

Pues bien, la Resolución expone la coincidencia de los precios base, bonificaciones y descuentos pagados por los litros de leche en los periodos de referencia, y explica las razones por las que no puede deberse a razones del mercado. Y así es, la coincidencia en los precios no puede explicarse racionalmente desvinculada de la idea de coincidencia consciente, dadas las características del mercado y de los propios actores intervinientes.

De otra parte, en las páginas 34 a 41 de la Resolución impugnada, se recogen los cuadros que reflejan las coincidencias en los precios, bonificaciones y penalizaciones, coincidencia que es también predicable en el caso de la actora.

La aplicación de un sistema de primas tampoco es obstáculo a la apreciación de la conducta colusoria, ni la estructura de precios, ni que el resultado final de los precios fuese diferente por su resultado matemático.

La sanción se impuso por la concertación en materia de precios bases y penalizaciones, no por la aplicación de idénticas primas. No cabe duda de que las primas se calculan con una base determinada, y el

hecho de que el resultado matemático final pudiera variar en función de cuestiones como las bonificaciones por bacteriología no altera el hecho constitutivo de la infracción, la concertación en el precio base, por el que se ha impuesto la sanción.

Por todo ello no podemos aceptar que la uniformidad en el precio sea consecuencia del precio de intervención de la Unión Europea, que ha creado una costumbre, pues consta en los cuadros comparativos de la Resolución coincidencias que no pueden explicarse desde tal tendencia ni como una coincidencia espontánea, dada la similitud observada. Por otra parte, aunque existan primas, estas se aplican sobre el precio base y por ello éste tiene incidencia en el precio final.

Tampoco la existencia de un mercado fraccionado en los suministradores de leche incide en este razonamiento, porque con independencia de que se produzcan cambios en los suministros, ello puede deberse a condiciones distintas de las del precio, y éste puede ser impuesto a todos cuando las principales empresas del sector lo concertan. Con ello el precio, o parte de sus componentes, desaparece como elemento competitivo, reduciéndose a la competencia a otros aspectos del negocio jurídico entre empresas lácteas y ganaderos, lo cual, obviamente, vulnera la libre competencia.

Por último, el seguidismo del líder - que podría calificarse de conducta conscientemente paralela -, tampoco explica un mimetismo como el observado.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por **DANONE** S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> José Manuel Villasante García, 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 1997, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.