

Id Cendoj: 28079130032006100047
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 1989/2003
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x PRUEBA DOCUMENTAL x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x VALORACIÓN DE LA PRUEBA x
- x DERECHOS DE DEFENSA (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x CADUCIDAD POR HECHO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x POTESTAD SANCIONADORA x
- x CONGRUENCIA x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x
- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x PRODUCTOS AGRÍCOLAS x
- x INSTRUCCIÓN Y PRUEBA (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA x

Resumen:

La Sala rechaza que se hayan vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia de la recurrente por haberse basado el expediente sancionador en una prueba documental ilícita y que el Tribunal de Defensa de la Competencia haya infringido el principio de separación entre las funciones instructoras y las sancionadoras, entendido en términos adecuados a la naturaleza administrativa del procedimiento.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil seis.

En el recurso de casación nº 1989/2003, interpuesto por la Entidad PULEVA FOOD, S.L., por absorción de la Entidad Granja **Castelló**, S.A., representada por el Procurador Don Fernando Rodríguez-Jurado Saro, y asistido de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de enero de 2003, recaída en el recurso nº 770/1997, sobre sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia por infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989; habiendo comparecido como parte recurrida la UNION DE PEQUEÑOS AGRICULTORES, representada por el Procurador Don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, y asistido de letrado, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad Granja **Castelló**, S.A., hoy PULEVA FOOD, S.L., contra la resolución del Pleno del Tribunal

de Defensa de la Competencia de fecha 3 de junio de 1997, que imponía a la recurrente una multa de 34.000.000 de pesetas 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".

Razona el Tribunal de instancia para fundamentar su fallo que:

<<"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 pronunciamos sobre alguna de las cuestiones que se plantean en el presente capítulo, y que damos por 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 invocación de la doctrina de árbol envenenado, este alegato 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 al 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 segundo lugar debemos referirnos a la denunciada infracción del *art. 10 de la LDC* en su manifestación de aplicación de circunstancias atenuantes, pretensión que también debe rechazarse, pues consta en la resolución, pág. 70, que se tuvieron en cuenta distintas circunstancias atenuantes concurrentes en el presente caso y concretamente las que menciona la recurrente en su demanda: corta duración del período de concertación, la no participación de todas las empresas del sector y su conducta procesal.

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.

[...] 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 SS 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 mismos 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 esto, las alegaciones vertidas de contrario, tratando de ofrecer una explicación alternativa razonable, incurrir 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">>.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Entidad Granja **Castelló** , S.A., hoy PULEVA FOOD, S.L., se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 28 de Febrero de 2003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (Granja **Castelló** , S.A., hoy PULEVA FOOD, S.L.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 9 de abril de 2003, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

Único) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulneración, por errónea e indebida aplicación, de lo establecido en el *art. 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , que regula las "conductas prohibidas".

Terminando por suplicar sentencia casando y anulando la resolución recurrida y dictando otra por la que se resuelva el debate planteado declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas y que la recurrente no ha incurrido en vulneración de lo dispuesto en el *art. 1.1 de la Ley 16/1989* , ordenando publicar en el B.O.E., en un diario de ámbito nacional y en otro de mayor circulación de Lleida la parte dispositiva de la sentencia dictada en el presente procedimiento para el caso de que la misma estimara el recurso de casación formulado; subsidiariamente, se minore la cuantía de la sanción impuesta a la recurrente, por aplicación de los criterios contenidos en el *art. 10.2 de la citada Ley 16/1989* , todo ello junto con los demás pronunciamientos favorables que en derecho procedan.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 6 de septiembre de 2004, se acuerda admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 18 de octubre de 2004 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES -UPA-), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo; lo que hicieron mediante escritos de fechas 1 y 7 de diciembre de 2004 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, declarando ajustada a derecho la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte recurrente

QUINTO.- Por providencia de fecha 24 de octubre de 2005, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 7 de febrero de 2006, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por

GRANJA **CASTELLÓ** S.A. (durante la tramitación de la casación se ha producido la fusión por absorción de dicha compañía por PULEVA FOOD S.L., en cuya posición procesal se ha subrogado), contra el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia que la condenó a la multa de 34 millones de pesetas por la realización de una practica restrictiva de la competencia prohibida por el *artículo 1.1 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; intimando a la citada empresa para que en el futuro se abstenga de realizar tales prácticas; y ordenando la publicación a su costa de la parte dispositiva de la resolución en el BOE, en uno de los diarios de ámbito nacional y en el de mayor circulación de la provincia donde tenga su domicilio la empresa sancionada.

En su único motivo de casación aduce infracción del principio fundamental a la presunción de inocencia, al no existir prueba de cargo capaz de destruir esa presunción. Añade que en la fecha de los hechos la empresa recurrente tenía un ámbito de actuación centrado en Lérida y sus zonas limítrofes, en las que no existe mucha producción lechera, por lo que carece de sentido una concertación con fines anticompetitivos, ya que no tiene competencia. Se indica que no hubo precios coincidentes pues consta acreditado que se pagaron diferentes precios bases distinto al tipo, a los que se añadieron diferentes primas complementarias dependientes de la cantidad, proximidad a los centros de recogidas, calidad del producto (bacteriología tipo), lo que suponía que el precio final fuera variable, y con escasa o nula relación con el precio de referencia. Niega que se haya elaborado y difundido por FENIL una recomendación de precios, ni que la misma haya sido seguida por las empresas asociadas, ni que hayan aplicado precios similares. Después de relatar el desarrollo del mercado de la lecha, y su intervencionismo estatal anterior a los hechos, el sistema de cuotas lácteas de la Unión Europea, expresa que se parte de un valor establecido dentro de la competencia del libre mercado, por las reglas de funcionamiento de éste, en un sector acostumbrado a un fuerte intervencionismo administrativo. Finalmente, con carácter subsidiario solicita una disminución del importe de la multa por la poca importancia de su infracción, su escasa cuota de mercado, inexistencia de competidores, y corta duración que no es de un año, como dice el TDC, sino de nueve meses, y la ausencia de reincidencia.

SEGUNDO.- Esta Sala en el examen conjunto de los distintos recursos interpuestos por diversas empresas contra la misma resolución del TDC ha establecido los siguientes criterios de general aplicación, que permiten rechazar los motivos del escrito de interposición.

I. Procede dejar constancia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de valorar en un procedimiento administrativo sancionador pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, que, en relación con su incidencia en el proceso penal, se resume en la sentencia constitucional 259/2005, requiriendo para que se pueda hablar de prueba derivada de una prueba ilícita, que exista conexión natural o causal entre la prueba ilícita y las pruebas de cargo utilizadas, y que concurra lo que se denomina «conexión de antijuridicidad», esto es, la exigencia de un nexo entre una y otras, que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas:

«De lo contrario, si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6).

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad establecimos en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. "Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

Por último, hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que

determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo. Por ello, cuando no ha habido un pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión existente entre las pruebas viciadas por la vulneración del derecho fundamental y el resto de la prueba practicada, en sí misma no afectada por ese vicio, este Tribunal como regla general se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y a anular la Sentencia condenatoria, retrotrayendo las actuaciones, para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas rechazadas y las restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6), salvo en supuestos en los que la claridad meridiana de los datos aportados al proceso de amparo y de los que se desprenden de las resoluciones judiciales le permiten ejercer directamente su control sin necesidad de reenvío (como afirmamos en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 16).».

En este supuesto, conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, procede rechazar que la sentencia recurrida incurra en vulneración de las garantías procedimentales establecidas en el *artículo 24 de la Constitución*, porque, según razona el Tribunal sentenciador, ni la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1997, ni la incoación del expediente ante el Servicio de Defensa de la Competencia resultan «contaminadas» por la aportación con el escrito de denuncia presentado por la UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES de un documento que se tacha de ilegal, al haberse formalizado otra denuncia por un ganadero contra la práctica de concertación de las Empresas lácteas, y porque la resolución sancionadora no se basó en dicha prueba, puesto que expresamente se acuerda en el apartado primero a) del fallo de la resolución administrativa, no tomar en consideración dicho documento "por existir fundadas dudas sobre su autenticidad o las garantías que rodearon su obtención".

En efecto, debe apreciarse, en primer término, que en la denuncia formalizada por UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES-UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UPA-UGT), se exponen como hechos constitutivos de conductas contrarias a la competencia, la reiterada coincidencia en el precio base que todas las industrias lácteas abonan cada vez a los ganaderos «que es fruto de la concertación entre ellas», al no regirse las relaciones entre productores y fabricantes por contratos suscritos entre ambas partes, ni haber negociaciones entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS y las organizaciones sindicales, proponiéndose como prueba que el Servicio de Defensa de la Competencia requiriera a la referida Federación para que aporte las Actas de las Juntas celebradas, para comprobar si constan acuerdos de fijación de precios, aportando como prueba documental copias de documentos de liquidación mensual del pago de la leche de dieciséis empresas de las cuatro Comunidades Autónomas principales productoras; y como prueba testifical, se solicita que presten declaración ganaderos que se identifican, para que expliquen cómo se desarrollan sus relaciones comerciales con las industrias lácteas y como se fija el precio de la leche, de donde se evidencia que la copia del controvertido documento manuscrito del borrador del Acta de la Junta de la FEDERACIÓN NACIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS de 3 de septiembre de 1991, sobre la que se mantuvo su confidencialidad, no constituye, ab initio, la única fuente de prueba determinante de la incoación del expediente sancionador.

Debe referirse, además, que el 25 de septiembre de 1992, se recibió una nueva denuncia de un ganadero «contra el monopolio ejercido por las industrias lácteas sobre los ganaderos de vacuno productores de leche», por lo que en la incoación del procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas seguido ante el Servicio de Defensa de la Competencia, no se aprecia vulneración de los presupuestos formales establecidos en el *artículo 36 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, al constar datos no relacionados con el documento tachado, de los que se desprenden indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, que faculta a dicho órgano practicar los actos de instrucción necesarios para su esclarecimiento y la determinación de responsabilidades.

El examen del pliego de concreción de hechos, formulado al amparo del *artículo 37 de la Ley de Defensa de la Competencia*, por la Instructora del expediente promovido en el Servicio de Defensa de la Competencia de 21 de diciembre de 1993, del que tuvo pleno conocimiento la Entidad recurrente, revela que se refieren los elementos de hechos que constituyen el antecedente de la resolución, el hecho básico objetivo y la valoración jurídica preliminar, que determina los cargos presuntamente imputados, sin referencia a que el documento del Acta constituya prueba indiciaria de la actuación concertada de las industrias lácteas.

No puede sostenerse fundadamente la tesis de que en la tramitación del expediente se ha impedido el conocimiento de documentos sobre los que se basaba la imputación, porque ésta fue formulada por el

Tribunal de Defensa de la Competencia con base en la valoración de la prueba practicada, consistente fundamentalmente en la aportación de numerosas facturas expedidas por dicha empresa, que acreditan la coincidencia plena en la fijación de los precios base, en referencia a los meses analizados; documentos mercantiles sobre los que no se ha alegado acerca de su posible falsedad y que han sido incorporados al procedimiento con todas las garantías concernientes a su publicidad y contradicción, por lo que se evidencia que no se ha producido como resultado un perjuicio injusto para los derechos de defensa (STDH de 19 de junio de 2001).

El examen de las actuaciones procedimentales promovidas ante el Servicio de Defensa de la Competencia y ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, no revela que a la Entidad recurrente se le haya producido indefensión en su significado material que se caracteriza por suponer una privación o restricción sustancial del derecho de defensa, por significar un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes, que impide o dificulta gravemente la posibilidad de alegar y acreditar los derechos en el procedimiento, que produce que tenga relevancia constitucional lesiva del *artículo 24 de la Constitución*, según aprecia el Tribunal Constitucional en la sentencia 237/2001, de 18 de diciembre, porque ha podido participar en la fase de instrucción del expediente sancionador ante el Servicio de Defensa de la Competencia, proponiendo prueba sin restricciones, aduciendo alegaciones y contestando el pliego de concreción de hechos, según establece el *artículo 37 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, así como en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, proponiendo pruebas y efectuando las alegaciones que estimó oportunas según se constata en la resolución de dicho Tribunal.

El derecho a la presunción de inocencia que exige, según sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia 86/1995, de 6 de junio, que la prueba de cargo se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, tampoco ha sido menoscabado por la sentencia recurrida: la sanción impuesta a la Compañía láctea recurrente no se basó, como se advierte, en la consideración de la copia del Borrador del Acta de la FEDERACIÓN NACIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS de 3 de septiembre de 1991, que se contrasta con el Acta Oficial de la citada reunión, remitida por la Federación, deduciendo que no existe ninguna referencia a la adopción de un acuerdo sobre precios, sino en la valoración de otras pruebas aportadas al expediente que la Sala de instancia considera lícitas y que cabe calificar, a los efectos de la aplicación de la invocada doctrina de «los frutos del árbol envenenado» de pruebas independientes del referido documento, al no apreciarse conexión causal ni conexión de antijuridicidad entre las citadas pruebas y poder significar que el conocimiento adquirido con base a dicho documento es concurrente temporalmente con la aportación de otros elementos de hecho que justifican el inicio de la actuación investigadora del Servicio de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia rechaza, con la exposición de sólidos motivos, que el documento controvertido pueda ser tomado en consideración en el procedimiento sancionador, aduciendo, además, que la propia UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES que lo aportó, renunció a su utilización, por lo que debe desestimarse que se haya producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

II. Se censura la infracción, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, del principio de separación entre las funciones instructoras y las sancionadoras. Algunas de las partes recurrentes consideran, a estos efectos, como normas supuestamente infringidas o bien el *artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, o bien el *artículo 10 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora*. Otras sociedades recurrentes, admitiendo que aquellas normas resultaban en sí mismas inaplicables de modo directo, pues el expediente se había incoado antes de la entrada en vigor de la citada *Ley 30/1992 y se debía regir, en consecuencia, por lo establecido en su Disposición Transitoria Segunda*, sostienen que se vulnera aquel principio según queda fijado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional (entre otras, la de 8 de junio de 1981).

La censura se expresa en un doble sentido. Por un lado el Tribunal de Defensa de la Competencia habría ejercido facultades instructoras al ordenar que se incorporasen al expediente determinados documentos relevantes; por otro, éstos se referían a hechos distintos de los delimitados en el periodo de instrucción.

Antes de examinar con mayor detenimiento la cuestión debemos recordar que, siendo cierto que el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito administrativo está sujeto también al principio de separación entre los órganos instructores y los órganos que resuelven, ello ha de entenderse (según había afirmado este Tribunal Supremo con reiteración, ratifica la sentencia constitucional de 8 de junio de 1981 y

asume la *Ley 30/1992*) en términos adecuados a la naturaleza administrativa , no judicial, de aquéllos.

Los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El *artículo 43 de la Ley 16/1989* le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

Puede asimismo el Tribunal de Defensa de la Competencia, amparado en el *artículo 40 de la Ley 16/1989* , acordar de oficio, en el momento procesal oportuno, la práctica de cuantas pruebas estime procedentes dando intervención a los interesados, a quienes ha de poner de manifiesto igualmente el resultado de dichas diligencias de prueba para que aleguen cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia.

Así sucedió en este caso. Mediante su auto de 10 de noviembre de 1994 el Tribunal de Defensa de la Competencia admitió como prueba documental los datos y documentos aportados al expediente por los interesados, ordenó la práctica de determinadas pruebas documentales que habían sido solicitadas por éstos y, de oficio, acordó: a) solicitar determinados informes de la Comisión Europea y del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación sobre la regulación y funcionamiento del sector lácteo y, b) "requerir a todas las empresas encausadas en este expediente para que aportaran al Tribunal, en el plazo que se señalaba, todas las facturas existentes de compra de leche a ganaderos, correspondientes a los meses de septiembre del año 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992, acompañadas de un informe de auditoría o de experto independiente" que acreditara determinados extremos, así como requerir a la "Unión de Pequeños Agricultores" "para que aporte a este Tribunal, en el plazo que se señala, facturas de sus asociados correspondientes a las ventas de leche realizadas a la industria láctea en los meses de septiembre de 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992, debidamente adveradas".

La incorporación de dichas facturas como medios de prueba resulta conforme con el artículo 40 antes citado y no era sino ejercicio de las facultades que la *Ley 16/1989* atribuye a Tribunal de Defensa de la Competencia en el momento procesal correspondiente. No cabe sostener que, por acordar de oficio la práctica de una determinada prueba, dicho Tribunal se convierta en instructor del expediente, sustituyendo a éste. Simplemente, si estima que una determinada diligencia puede ser útil, en un sentido o en otro, para la decisión final, está legalmente facultado para acordarla.

Los documentos contables cuya aportación requirió el Tribunal de Defensa de la Competencia resultaban pertinentes para acreditar, en unión de todos los demás ya existentes y de las demás pruebas realizadas a instancias de los interesados, si en efecto existió o no la práctica anticompetitiva objeto del expediente. Las facturas incorporadas de oficio no eran, por lo demás, sino complemento de las que ya constaban en el expediente tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia. Por ello pudo afirmar el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución impugnada (apartado diez de los "hechos probados") que los datos sobre precios se podían extraer tanto de las facturas incorporadas de oficio como de los demás documentos existentes en el expediente, siendo unos y otros "plenamente coincidentes". Afirmaciones que reitera en otros apartados de la resolución como por ejemplo en el 7.2 de los fundamentos de derecho al expresar que toma en consideración, para obtener sus conclusiones, "[...] la muestra de facturas obrante en el expediente del Servicio de Defensa de la Competencia que abarca también los meses de octubre y noviembre de 1991 y de enero, febrero y marzo de 1992."

El instructor del citado expediente había, en efecto, recogido una "[...] muestra de facturas de compra de leche a ganaderos de las empresas expedientadas" a la que se unieron después, tanto en la fase meramente instructora ante el Servicio como en la tramitada ante el Tribunal, otras facturas aportadas como prueba documental por las propias empresas lácteas y por la Unión de Pequeños Agricultores. La adición de nuevas facturas que corroboraban las conclusiones obtenidas del análisis de las que existían en el expediente no es sino una prueba más de las que legítimamente pueden acordarse, también de oficio, en el seno del procedimiento contradictorio desarrollado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que precisamente incorpora una fase de prueba.

Todo este material probatorio "coincidente" giraba sobre los mismos elementos de hecho económicos por lo que tampoco cabe afirmar que el Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante la incorporación

de las facturas o, en general, a través de su decisión sancionadora, introdujera nuevos hechos no contemplados en la fase de instrucción del expediente administrativo sobre los que asentar la tipificación de las conductas. En concreto, no es cierto que hubieran sido ajenos a dicha fase de instrucción los hechos relativos a las primas y descuentos comerciales. El pliego de concreción de hechos de infracción, de 22 de diciembre de 1993, ya había imputado a los expedientados la adopción de una recomendación -y su seguimiento por las 49 empresas lácteas que la pusieron en práctica- de determinados precios base y de porcentajes de bonificación y descuento según la calidad del producto.

III. Se alega en los recursos de las empresas sancionadas la caducidad del expediente sancionador, que derivaría de lo establecido en el *artículo 43.4 de la Ley 30/1992* en relación con el *artículo 20.6* y la *disposición transitoria única del Real Decreto 1398/1993*, sobre procedimiento administrativo sancionador.

El procedimiento sancionador en la materia se regula directamente por la *Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio)*, estableciendo su *artículo 50* la aplicación supletoria, en lo no previsto en la propia Ley o en las disposiciones reglamentarias que se dicten para su ejecución, de la Ley de Procedimiento Administrativo y de las normas que la desarrollen. La propia Ley de Defensa de la Competencia no incorporaba ninguna previsión sobre caducidad del procedimiento, como tampoco lo hacía la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958. Por otra parte, es preciso señalar que, de acuerdo con la *disposición transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 30/1992*, el procedimiento sancionador de autos, que tiene su origen en una denuncia presentada el 18 de junio de 1.992 y que se incoa por resolución del Director General de la Competencia de 9 de julio de 1.992, se regía por la anterior normativa, la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 y sus reglamentos de ejecución. En este sentido, hay que concluir que no procedería aplicar con carácter supletorio la regulación de la caducidad prevista en el *artículo 43.3 de la Ley 30/1992* (en su redacción original) en relación con el *artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993*, sobre ejercicio de la potestad sancionadora.

Ha de tenerse en cuenta que, frente a las afirmaciones de varias de las recurrentes, desde que se incoa el expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia hasta que dicta su resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia hay un solo procedimiento administrativo. Tal como resuelven varias de las Sentencias impugnadas, no puede considerarse que la fase ante el Servicio, en la que se realiza la instrucción y que finaliza con un informe propuesta ante el Tribunal, y la que se desarrolla ante éste, en la que hay trámite de alegaciones y prueba y se produce la resolución del expediente, constituyan dos procedimientos distintos. La sola descripción del contenido esencial de dichas fases pone de relieve que se trata de un único procedimiento administrativo sancionador que precisamente se escinde en esas dos fases ante órganos distintos en cumplimiento de la constitucionalmente preceptiva separación entre instrucción y resolución en un procedimiento sancionador. Por ello procede entender, tal como se ha indicado, que la legislación supletoria al caso de autos es la contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo y no la *Ley 30/1992*.

A pesar de la aplicabilidad *ratione temporis* de la legislación sobre procedimiento administrativo vigente en el momento de iniciación del procedimiento sancionador, las empresas recurrentes consideran que habría de aplicarse en todo caso el plazo de caducidad contemplado por la normativa posterior (*Ley 30/1992* y *Real Decreto 1398/1993*) en virtud del principio de aplicación de las disposiciones sancionadoras más favorables. Baste decir a este respecto que, con independencia de cual fuese la legislación procedimental supletoria aplicable, esta Sala ha reiterado ya en diversas ocasiones la no aplicabilidad en este ámbito de la previsión sobre caducidad del procedimiento sancionador establecida en el citado *Real Decreto 1398/1993*, en virtud del principio de especialidad del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, habida cuenta de que el conjunto de trámites contemplados en la Ley de Defensa de la Competencia es incompatible con el plazo de seis meses para dictar la resolución sancionadora establecido en el *artículo 20.6 del referido Real Decreto*. Así, en la Sentencia de 31 de abril de 2.004 (RC 8.536/1.999) hemos dicho:

"[...] Pues bien, es preciso partir del hecho de que hasta la introducción del *artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia* por la *Ley 66/1997*, no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente. En efecto, ni en la propia Ley de Defensa de la Competencia ni en los *Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (Real Decreto 538/1965, de 4 de marzo)* o del Servicio de Defensa de la Competencia (*Real Decreto 422/1970, de 5 de febrero*) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el *Real Decreto 422/1970* contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (*artículo 26.1*), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad.

La inexistencia de plazo máximo de duración del procedimiento en la propia normativa de defensa de la competencia plantea la necesidad de dilucidar la aplicabilidad en la materia -y hasta la introducción del *artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia en 1.997* - del plazo de caducidad estipulado en el *artículo 20.6 del Reglamento sobre procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993* en cumplimiento del mandato contenido en la *disposición adicional tercera de la Ley 30/1992*. De ser aplicable ciertamente se habría producido la caducidad del expediente origen del presente recurso -cuya duración fue de casi dieciocho meses-, puesto que el citado artículo 20.6 establece un plazo de seis meses para dictar la resolución sancionadora, transcurrido el cual se iniciaría el plazo de caducidad de 30 días previsto en el *artículo 43.3 de la Ley 30/1992* en su redacción anterior a la reforma operada por la *Ley 4/1999, de 13 de enero*, según establece expresamente el propio *artículo 20.6 del Reglamento*.

Sin embargo, tiene razón la Sentencia impugnada al entender que la aplicación de la *Ley 30/1992* a los procedimientos de defensa de la competencia es supletoria en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la Ley de Defensa de la Competencia. Así lo dispone el *artículo 50 de esta Ley*, debiendo entenderse hoy la remisión a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 a la *Ley 30/1992*. Por su parte, ésta última Ley, como lex posterior, señala en su Disposición derogatoria, apartado 3, que "se declaran expresamente en vigor, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley". Finalmente, lo previsto por la *Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas, Fiscales y de Orden Social*, evita cualquier duda al respecto, al determinar que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por sus normativas específicas y supletoriamente por la *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*". Así pues hay que estar en relación con la cuestión que nos atañe sobre duración del procedimiento sancionador en defensa de la competencia a lo previsto en la propia *Ley 16/1989*, siendo la *Ley 30/1992* supletoria en lo no previsto por aquélla.

Pues bien, llegados a este punto hay que concluir que a la vista de los plazos parciales que la propia Ley de Defensa de la Competencia o sus reglamentos de desarrollo contemplan para los diversos trámites -entre los que destaca el de seis meses sólo para el procedimiento de instrucción por el Servicio de Defensa de la Competencia- no puede considerarse aplicable, por resultar incompatible con la regulación específica en la materia, el plazo que se alega por las recurrentes de seis meses contemplado en el *artículo 20.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora que desarrolla la Ley 30/1992*, que da paso al plazo de caducidad de 30 días previsto en el anterior *artículo 43.3 de la Ley 30/1992*. Esta ha sido la postura reiteradamente mantenida por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, Resolución de 21 de junio de 1.999), que, en un examen de los diversos trámites previstos por la Ley de Defensa de la Competencia ha señalado:

"Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del citado art. 43.4, es la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aun con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el *RD 1398/1993*, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta 15 días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de 15 días, la valoración de pruebas por plazo de 10 días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (*arts. 36 y 37 LDC*). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de 15 días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos 20 días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de 15 días), salvo que se aplace la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Órganos Comunitarios europeos (*arts. 39 a 44*). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los

interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (art. 38 Ley 30/1992).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el RD 1398/1993 . Este hecho es reconocido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, aparte de establecer en su disposición adicional séptima que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ", añade un nuevo artículo 56 a la LDC , limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a 18 meses ante el Servicio y 12 meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas." (fundamento de derecho segundo de la Resolución citada) [...]" (fundamento de derecho tercero de la Sentencia de esta Sala de 31 de abril de 2.004)

Siendo inaplicable, en consecuencia, el plazo de caducidad establecido por el Real Decreto 1398/1993 , sólo queda por examinar en relación con esta cuestión la queja formulada por varias de las recurrentes por la excesiva duración del procedimiento sancionador que, a su juicio, hubiera debido conducir a su archivo por la Administración y a la declaración de la caducidad del mismo por parte de las Sentencias de instancia. El procedimiento incoado el 9 de julio de 1.992 llega a su fin con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1.997, lo que según las actoras es manifiestamente excesivo. Sin embargo, en defecto de plazo específico de caducidad que resultase aplicable al procedimiento sancionador examinado, esta queja no pasa de ser un alegato genérico, puesto que no se denuncia su paralización durante ninguna fase concreta de su tramitación. Así las cosas, no habiéndose producido ninguna detención del procedimiento debido a la inacción o incuria de la Administración y siendo su tramitación de gran complejidad, no puede considerarse que su duración haya lesionado el principio de seguridad jurídica o el derecho de defensa de las actoras o que hubiera debido llevar a la declaración de caducidad del mismo.

IV. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999 y 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Dado el marco restringido de la casación, limitado exclusivamente al control de la sentencia en sus aspectos estrictamente jurídicos, en la que no existe un motivo por error en la apreciación de la prueba, esta Sala no puede sustituir la valoración que del material probatorio ha hecho el Tribunal "a quo", en relación con los elementos tenidos en cuenta para la fijación del hecho base, salvo que se observe que en la misma se ha producido un error o se ha incurrido en arbitrariedad. La función de la casación quedaría constreñida a la correcta aplicación del artículo 1253 del Código Civil (hoy art. 386 LEC), en orden a determinar si entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En el supuesto litigioso, el hecho base está determinado por la identidad de los precios base y de las bonificaciones y descuentos por calidad con los que 49 empresas del sector adquirieron la leche de vaca a los ganaderos. Tal hecho se declaró probado por la totalidad de las facturas presentadas por las empresas a requerimiento del TDC, las cuales han sido además verificadas por auditores independientes, corroborados por los testimonios de FENIL y de algunas empresas. Estos precios variaban de manera uniforme en cuanto a sus cuantías según los meses y las temporadas, aplicándose las variaciones de manera coincidente en el tiempo. La sentencia de instancia ha valorado esta prueba, confrontándola con los demás elementos probatorios existentes en el expediente y en los autos, y llega a idéntica conclusión que el TDC, sin que en esta casación existan datos que permitan fundar una arbitrariedad o error en su apreciación.

A partir de este hecho, ya significativo en cuanto a la identidad, uniformidad de variaciones en cuantía y tiempo, se obtiene por el TDC y se acepta por la sentencia recurrida, la consecuencia de que existe una

práctica concertada incluida entre las prohibidas en el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*. Es en relación con este punto donde procede examinar si la conexión entre el hecho demostrado-identidad de precios-, y la conclusión -concierto entre empresas- responde a las reglas del criterio humano. La respuesta debe ser afirmativa si se tienen en cuenta una serie de circunstancias que permiten excluir que la identidad derive de causas distintas a la existencia de una concertación, como pudieran ser las propias de la estructura del mercado.

En efecto, resultan extremadamente ilustrativas las características del mercado de la leche, puestas de manifiesto por el TDC, que impedirían considerar las coincidencias de precios como ajenas a una concertación. Así desde el lado de la oferta se observa la distinta capacidad productiva de gran número de oferentes, con dispersión geográfica, diferente calidad y estacionalidad de la producción, diferente estructura productiva en función de su mayor o menor industrialización, lo que generaría lógicamente una disparidad de costes. Desde el lado de la demanda resalta el número relativamente alto de los demandantes con distinto tamaño relativo, localización dispersa, disparidad de tecnología de transformación con distinto grado de eficiencia productiva, diferente potencial de compras, variedad de productos finales que emplean leche como materia prima, demandas diferenciadas en cuanto a calidad, higiene, etc., inexistencia de un mercado centralizado de intercambios, que se realiza mediante negociación directa entre ganadero e industrial.

Ante tal cúmulo de variables no parece concebible que la amplia coincidencia de precios responda a causas ajenas a la concertación, por lo que puede concluirse que la conexión entre el hecho base y la consecuencia es acorde con las reglas propias del criterio humano.

La anterior conclusión hay que referirla al precio base y a las bonificaciones y penalizaciones, que son los elementos esenciales del precio, constituyendo, como dice el TDC, la base de cálculo para su determinación definitiva, por lo que las variaciones en los precios derivadas de otras circunstancias, no son determinantes a los efectos anticompetitivos, cuando el núcleo central del precio es el mismo, aunque pueda ser tenido en cuenta como circunstancia atenuante, como de hecho así ha sido- F:D.8.3.a) del acuerdo de TDC-. Debe tenerse presente que el *artículo 1.1 LDC* está redactado en términos tan amplios que permite comprender dentro del concepto "conductas prohibidas" las que produzcan o puedan producir "el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional", y a título particular, menciona en su apartado a), "la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio", lo que sin duda implica que la concertación para fijar una parte del precio, en nuestro caso, de la que constituye su base o núcleo, entra dentro de la conducta prohibida. Lo propio cabe decir del mayor o menor ámbito de actuación geográfica del expedientado, pues inmovilizado ese núcleo central, este no es sensible a las posibles variaciones que en el mismo puedan producirse en un sistema de libertad de oferta y demanda en el ámbito en que actúa.

V. Como se señala por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1.990, recogida en la de 23 de febrero de 2000 "en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1.989, y reproducida después en su última de enero de 1.990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar...".

La doctrina comunitaria a que se refiere la anterior sentencia es, sin duda, la contenida en las del Tribunal de Justicia resolutorias de los casos TOMADINI de 16 de mayo de 1.979, UNIFREX de 12 de abril de 1.984, y HAUPTZOLLAMT HAMBURG-JONAS/P.KRÜCKEN de 26 de abril de 1.988, y sobre todo en la "doctrina Leclerc" recogida en las sentencias de 16 de noviembre de 1.977, 21 de septiembre de 1.988 y 10 y 29 de enero de 1.985. En todas ellas se mantiene el referido principio de confianza legítima.

Ahora bien, de las referidas sentencias se desprende que para que opere ese principio es necesario que se produzca una plena convicción de que se está actuando conforme a criterios que la Administración

considera legales. Pues bien en el presente caso, la circunstancia que en un momento anterior al de la realización de las prácticas imperase un intervencionismo administrativo en la fijación de los precios de acuerdo con criterios unitarios, o que existiese un sistema de cuotas lácteas de la Unión Europea, no pudo generar esa confianza legítima, pues el régimen varió substancialmente con la aplicación de la nueva normativa, durante la cual no puede reprocharse a la Administración ningún comportamiento que permitiera inducir a la concertación en los precios. Por lo demás, como se señala por TDC, el Informe del MAPA (enero de 1995) dice que " en la organización común de mercado no se regulan precios mínimos de compra al ganadero", criterio avalado más tarde por la propia Comisión Europea, al contestar al requerimiento de informe solicitado por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia.

VI. En relación con la violación del principio de proporcionalidad, debe señalarse que en el acto del TDC se tiene en cuenta el límite máximo señalado en el *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia*, imponiendo la multa por debajo de ese límite, en atención a diversas circunstancias atenuantes -modalidad de la restricción de la competencia, presión de sindicatos y organizaciones agrarias, tradición intervencionista administrativa, no participación de todas las empresas del sector, duración de la práctica en torno a un año, colaboración a lo largo del expediente de las empresas-, sin que en esta casación se hayan discutido los datos sobre los que operó el TDC, limitándose a señalar el escaso período de tiempo de la práctica, que, como se dijo, se ha tenido en cuenta en la resolución. Los otros argumentos no pueden ser acogidos, pues en el acto no se aplican las circunstancias del *artículo 10.2 de la LDC* desde la perspectiva agravatoria; por otra parte, si se tiene en cuenta que el volumen de leche de vaca comprada es elemento cuantificador de la multa, según expresa el TDC en su resolución, el de la empresa recurrente era uno de los más importantes entre todas las empresas sancionadas -Hecho probado 14-.

CUARTO.- De conformidad con el *art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional*, procede la condena en costas del recurso a la parte recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 1989/2003, interpuesto por la Entidad PULEVA FOOD, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de enero de 2003, recaída en el recurso nº 770/1997 ; con condena a la parte recurrente en las costas del mismo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.