

Id Cendoj: 28079130032006100227
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 772/2004
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA **COMPETENCIA** x
- x PRÁCTICAS CONCERTADAS x
- x PRUEBA x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x

Resumen:

Sanción por concertación de precios así como de bonificaciones y penalizaciones en las adquisiciones de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Procedencia de la prueba indiciaria: la coincidencia de precios induce de forma cierta a concluir que hubo concertación, pues la misma se deduce de la coincidencia no sólo en los precios base sino también en las bonificaciones y descuentos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil seis.

En el recurso de casación nº 772/2004, interpuesto por la Entidad IPARLAT, S.A., representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, 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 19 de noviembre de 2003, recaída en el recurso nº 804/1997, 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 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 IPARLAT, S.A., 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 1.009.700,34 euros, 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".

Razonó el Tribunal de instancia para fundamentar su fallo que:

<<"El fondo del recurso exige un pronunciamiento sobre si existió o no una concertación de precios de IPARLAT con las demás empresas afectadas por el expediente.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** (TDC) mantiene como hechos probados que las 48 empresas afectadas por el expediente alinearon los precios de la leche y señala, más concretamente, que los precios bases coincidentes fueron de 37 pesetas en el mes de septiembre de 1991, de 39 pesetas en diciembre de 1991 y de 33,5 pesetas en el mes de abril de 1992.

La prueba practicada ante el (TDC) reunió alrededor de 400.000 facturas, correspondientes a las 48 empresas lácteas, que corroboran la coincidencia de los precios en los meses que se han indicado.

Entre dichas facturas se encuentran las expedidas por la empresa demandante IPARLAT. En realidad, la demandante no contradice la afirmación del TDC sobre la coincidencia en los precios por ella facturados en los meses señalados. Pero, en todo caso, debemos dejar dicho que se trata de un hecho acreditado para la Sala que existe coincidencia plena entre los precios base aplicados por la demandante en los meses de septiembre de 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992 y los precios base de las demás empresas lácteas, en los mismos meses tomados por el TDC como referencia.

Esa coincidencia es admitida incluso por la actora en su demanda, por lo que se refiere a septiembre y diciembre de 1991, que además acompaña las actas de las reuniones entre los representantes de las cooperativas productoras de leche y la empresa compradora, en las que fijaron los precios que, como se ha dicho, coinciden totalmente con los establecidos por las otras 47 empresas del sector, también sancionadas por el TDC.

Por lo tanto, la Sala estima plenamente probado los hechos base de la prueba de presunciones de la coincidencia en la empresa demandante, con otras 47 empresas del sector, en los precios base de la leche fijados en 37, 39 y 33,5 pesetas en los meses de septiembre y noviembre de 1991 y abril de 1992, respectivamente.

[...] Ofrece la recurrente una explicación alternativa a la concertación entre las empresas lácteas para justificar esa exacta coincidencia en los precios a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior, que consiste en que, en realidad, IPARLAT no acordó esos precios con las demás empresas del sector, sino con las cooperativas de ganaderos a quienes adquiriría la leche, que además eran sus socios y titulares de la mayoría de su capital social.

Pero, a los efectos que tratamos, es indiferente que los precios se fijen por decisión del órgano de gobierno de una empresa láctea, o de su Consejo de Administración, o por acuerdo con los socios mayoritarios, sean o no ganaderos. Lo determinante para la Sala es la existencia misma de esa coincidencia exacta en los precios, entre nada menos que 48 empresas distintas, cada una con diferente estructura productiva y costes, manteniendo a lo largo del tiempo, que no se explica racionalmente por el método que la actora dice que ha seguido para fijar esos precios.

Es más, la prueba testifical de la recurrente, que consistió en ofrecer la versión de los hechos de diversos ganaderos que formaban parte de los órganos rectores de las Cooperativas de ganaderos GURELESA y COPELECHE, que a su vez eran titulares de la mayoría del capital social de la demandante, ofrece alguna referencia a la ausencia de una decisión autónoma en materia de precios, ya que estos se determinaban "fijándose en los precios medios del entorno" (testigo D. Luis Miguel, Presidente del Consejo Rector de GURELESA), lo que no deja de ser un reconocimiento de que la demandante practicaba conscientemente una conducta paralela a la de otras empresas en la fijación de los precios.

[...] De todas formas, y al margen de las referencias testimoniales a la práctica paralela en la fijación de precios, acreditado el hecho base -la coincidencia de precios entre 48 empresas mantenida en períodos de tiempo diversos- y descartadas por poco verosímiles y razonables las explicaciones alternativas ofrecidas por la recurrente, adquiere plena validez la conclusión que alcanza el TDC, que no es otra sino que ha existido una concertación entre las empresas denunciadas para la fijación de precios. Tal conclusión se corrobora, además, porque la coincidencia no se produce únicamente en los precios base, como hemos comprobado anteriormente, que bastaría por sí sola para mantener la existencia de práctica concertada, sino también en las bonificaciones y descuentos aplicados por las empresas, respecto de las que tampoco ha acreditado el recurrente una realidad distinta a la declarada probada">>.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Entidad IPARLAT, S.A. se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 22 de diciembre de 2003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (IPARLAT, S.A.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 5 de febrero de 2004, 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 que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del *art. 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, de Defensa de la **Competencia**, y jurisprudencia dictada en su aplicación.

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que, con estimación del recurso de casación interpuesto case la recurrida, se anule, dictando en su lugar otra ajustada a Derecho, por la que en definitiva resuelva de conformidad a la súplica de la demanda, con todo lo demás procedente.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 27 de septiembre de 2005, se acuerda admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 7 de octubre de 2005 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo; lo que hizo mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 2 de febrero de 2006, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 27 de junio siguiente, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- IPARLAT S.A. ha interpuesto la presente casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó su recurso contra el acuerdo del Tribunal de Defensa de la **Competencia** que la condenó a la multa de 92 millones de pesetas por la realización de una práctica 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; una multa de un millón de pesetas por falta de colaboración; intimando al 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.

El Tribunal de instancia baso su fallo en que, partiendo de que se ha acreditado el hecho de la coincidencia de los precios facturados en los meses de septiembre de 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992, por IPARLAT S.A. con las demás empresas lácteas, es indiferente que los precios se fijen por decisión del órgano de gobierno de una empresa, de su Consejo de Administración o por acuerdo con los socios mayoritarios, sean o no ganaderos, pues lo determinante es la existencia misma de la coincidencia exacta entre nada menos que 48 empresas distintas, cada una con diferente estructura productiva y costes, que no e explica racionalmente. Analizó la prueba testifical en que se examinó a ganaderos que formaban parte de los órganos rectores de las Cooperativas que a su vez eran titulares de la mayoría del capital social de la demandante y obtiene la consecuencia de que se fijaban en los precios medios del entorno, lo que supone la practica de conductas conscientemente paralela a la de otras empresas. Concluye que en cualquier caso, acreditado el hecho base y descartadas las explicaciones ofrecidas por la recurrente, obtiene la consecuencia de que ha existido una concertación entre las empresas, lo que se corrobora porque la coincidencia no se produce únicamente en los precios base, sino también en las bonificaciones y descuentos aplicados por las empresas.

El recurso de casación se funda en un único motivo que ha sido transcrito en los antecedentes en el que se aduce que no concurren en el presente supuestos los requisitos que el TDC establece para que se de la practica prohibida, pues el relativo a que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos examinados, se produce en el presente caso, debido a la estructura empresarial de la recurrente, al adquirir la leche de las cooperativas GURELESA y COPELECHE, que eran accionistas mayoritarios de IPARLAT, por lo que difícilmente podría ser una conducta contraria a la **competencia**, al fijar los precios de acuerdo con ellos de común acuerdo en mesas de negociación y tras valorar las circunstancias del mercado en cada momento. La presencia de IPARLAT en dichas mesas era meramente formal porque las cooperativas eran los socios mayoritarios, y la recurrente debía asumir los precios que aquellas le impusieran. Desde otro punto de vista alega que no se produce la infracción cuando entre las empresas implicadas no haya **competencia** susceptible de ser restringida, y en el caso de autos esa restricción no se producía porque IPARLAT compraba la leche única y exclusivamente a sus propios accionistas mayoritarios, ganaderos a su vez, por lo que no era posible que otros ganaderos de la región o de fuera de ella se vieran afectados por la fijación de un determinado precio. Por último indica que IPARLAT

carece de libertad económica para decidir al ser sus socios mayoritarios las empresas ganaderas a las que compraba la leche.

SEGUNDO.- Esta Sala en el examen conjunto de los distintos recursos interpuestos por diversas empresas contra la misa resolución del TDC ha establecido como criterio de general aplicación que:

"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".

A lo anterior debe añadirse que examinada la prueba por el Tribunal de instancia se llegó a dos conclusiones claras que esta Sala tiene necesariamente que compartir al no ser posible en casación variar la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida: primero que los precios se fijaban teniendo en cuenta los precios medios del entorno, lo que comporta que se practicaba conscientemente una conducta paralela que está prohibida por el *artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia*, y segundo, que la coincidencia de precios, induce de forma cierta a concluir que hubo concertación, pues esta se deduce de la coincidencia no solo en los precios bases sino también las bonificaciones y descuentos.

Los otros argumentos chocan con la propia personalidad de la entidad. Cualquiera que sea la conformación accionarial de la sociedad esta tiene su personalidad jurídica independiente de sus accionistas, y por lo tanto su propia responsabilidad que le es exigible de acuerdo con las leyes. En último término, la **competencia** se ve afectada por prácticas restrictivas o coincidentemente paralelas desde el momento en que está impidiéndose que terceros ganaderos de la misma región o de otra puedan competir con la recurrente, a la que podrían ofrecer leche con otras condiciones de calidad y precio, que obligaría a sus propios accionistas a replantearse el sistema de oferta, y no constituirse en un núcleo cerrado e inaccesible a posibles competidores.

TERCERO.- 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 772/2004, interpuesto por la Entidad IPARLAT, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 19 de noviembre de 2003, recaída en el recurso nº 804/1997 ; 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.