



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID
BOB69 OFICIO COMUNICANDO MINISTERIO INTERP. CAS. UNIF.D.

S/0053/08

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0007220
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000769 /2009**
Recurrente: FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE

Tengo el honor de dirigir a V.I. el presente, conforme a lo acordado en el recurso de las referencias marginales, con testimonio de la sentencia dictada en el referido recurso, indicado al margen, haciendo constar, a los fines procedentes, que se ha admitido recurso de casación para unificación de doctrina presentado por la Procuradora D^a. ROSA SORRIBES CALLE contra dicha sentencia.

Sírvase disponer de acuse de recibo.

En MADRID, a dieciocho de Abril de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA COMISION NACIONAL DE LA
COMPETENCIA. EXPTE. S/0053/08, FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000769/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 06683/2009
Demandante: FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE (FEAD)
Procurador: D^a ROSA SORRIBES CALLE
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD)**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Rosa Sorribes Calle, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2009**, relativa sanción, siendo **Codemandado** la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas y la cuantía del presente recurso 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Rosa Sorribes Calle, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta y se le indemnice por los perjuicios causados.

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 lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticuatro de enero de dos mil doce.

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 JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2010, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 300.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva:

“PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC, instrumentada mediante la elaboración y difusión de notas de prensa y la colaboración entre asociaciones, que tiene por objeto facilitar el traslado a precios finales del incremento de costes de las materias primas y de la que son autoras la

FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACION Y BEBIDAS (en adelante FIAB), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE PANIFICACION Y PASTELERIA DE MARCA (en adelante PPM), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE PASTAS ALIMENTICIAS (en adelante AEFPA), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE SALSAS, CONDIMENTOS PREPARADOS Y SIMILARES (en adelante AEFYCP), la FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE (en adelante FEAD), ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CHOCOLATE Y DERIVADOS DEL CACAO (en adelante CHOCOA), ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HELADOS (en adelante AEFH) y la ASOCIACION DE FABRICANTES DE HARINAS Y SEMOLAS DE ESPAÑA (en adelante AFHSE), y contra la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (en adelante CEOPAN).

SEGUNDO. Imponer una multa de QUINIENTOS MIL euros (500.000 €) para FIAB, de DOSCIENTOS SETENTA MIL euros para CEOPAN (270.000 €), de TRESCIENTOS MIL euros (300.000 €) para FEAD, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para la AEFH, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para CHOCOA, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para PPM, de CINCUENTA Y DOS MIL euros (52.000 €) para la AEFPA, de TREINTAY SIETE MIL euros (37.000 €) para la AEFYCP y QUINCE MIL euros (15.000€) para AFHSE, como autoras de la conducta restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente Expediente.

TERCERO. Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y la de su parte dispositiva en dos diarios de ámbito nacional a costa de la autora de la infracción. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

CUARTO. Ordenar a las entidades sancionadas que justifiquen ante la Dirección de

Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

QUINTO. Ordenar a las autoras, así como a los cargos directivos que las representen, que en lo sucesivo se abstengan de realizar conductas semejantes.

SEXTO. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

TERCERO: Los hechos declarados probados por la Resolución impugnada, y que, tras el análisis de lo actuado la Sala acepta como tales, pueden concretizarse en la siguiente afirmación de la Resolución impugnada en lo que a la recurrente se refiere:

“2.3 FEAD

(47) La Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD) es una organización sin ánimo de lucro que, de acuerdo con el artículo 5 de sus Estatutos, tiene como fines “la defensa de los intereses profesionales colectivos de sus asociados (...) pudiendo establecer toda suerte de servicios encaminados a tal fin tanto para los miembros de la Federación como para terceros” (folio 3525).

(48) La FEAD está integrada por cinco asociaciones:

- Asociación Profesional de Fabricantes de Galletas de España (APROGA)
- Asociación Española de Fabricantes de Caramelos y Chiclos (CAYCHI)

- Asociación Española de Fabricantes de Chocolate y Derivados del Cacao (CHOCOA)

- Asociación Española de Panificación y Pastelería de Marca (PPM)

- Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes (TUMA)

(49) Cada Asociación responde a un subsector de la alimentación siendo cada subsector y los productos que elaboran heterogéneos, pero tienen como factor común algunos ingredientes genéricamente ligados al dulce. Lo que define el ámbito de las Asociaciones son las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias (RTS) de cada sector, en las que vienen definidos los productos de cada uno (folios 3549 a 3576).

(50) Cada Asociación miembro de FEAD tiene autonomía, financiación independiente, y se rige por sus propios Estatutos (folio 3514). Estas Asociaciones reúnen a 121 empresas del sector (folio 8) y FEAD defiende sus intereses directa o indirectamente a través de las organizaciones en las que está afiliada.

(51) FEAD ostenta en última instancia una representatividad equivalente al 76% del mercado. El sector factura cerca de 4.000 millones de euros, produce más de 1,2 millones de toneladas y emplea aproximadamente a 30.000 trabajadores (folio 8).

(52) Los órganos rectores de FEAD, de acuerdo con el artículo 13 de sus Estatutos (folio 3527), son la Asamblea General y el Consejo Directivo. La Asamblea General, órgano supremo de la Federación, está compuesta por todas las Asociaciones miembro (folio 1103).

En cuanto a las facultades de la Asamblea General, el artículo 19 de los Estatutos indica "La Asamblea General (...) tiene las más amplias facultades para deliberar y resolver cuantos asuntos tengan relación con los fines de la Federación" (folio 3532).

(53) Las funciones de "Secretaría General" de la FEAD, están delegadas en BONMACOR GESTION DE ASOCIACIONES, perteneciente al GRUPO BONMACOR, ejerciendo dichas funciones D^a Diana Roig (folio 77).

(54) En el seno de FEAD y de la AEFH se constituyó en 1998 un Grupo de trabajo ad hoc denominado "Comisión de Materias Primas", de la cual era responsable en ese momento D^a Carmen Rico, Secretaria General de BONMACOR (folio 80). Dicha Comisión está formada por representantes de FEAD y de AEFH "...por tratarse de asociaciones del sector que comparten intereses comunes en relación con las materias primas. La Comisión es un foro de intercambio de opiniones que se reúne con carácter general 3 veces al año (...)" (folio 80).

(55) FEAD es miembro de la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) (folio 3589). A través de FIAB se integra en la Confederación Europea de Industrias de la Alimentación (CIAA). Pertenece igualmente a CAOBISCO, y a EUROGLACES (folio 3589)."

"Sobre la nota de prensa conjunta de la FEAD/AEFH:

Según declara FEAD, durante todo el primer semestre las asociaciones de la FEAD manifestaron a la misma su preocupación por los costos de las materias primas (folio 3517).

En la Asamblea FEAD de 8 de mayo se aborda el tema y se dice trasladar esta preocupación del sector a la opinión pública y a las autoridades (folio 3518) "La reunión de FEAD en la que se trató la estrategia para la elaboración, redacción y difusión de la citada Nota de prensa fue la Comisión de Materias Primas de 19 de junio [de 2007]" (folios 3519).

Por lo que respecta a AEFH, en sus reuniones de Junta Directiva de 5 de junio y de 2 de octubre de 2007, se trató la preocupación del sector por el incremento del

precio de las materias primas. Como en el caso de FEAD, la realización de la nota de prensa se abordó en la Comisión de Materias Primas (folio 3680).

La Comisión de Materias Primas es un Grupo de trabajo ad hoc constituido en 1998 formado por representantes de FEAD y de AEFH "...por tratarse de asociaciones del sector que comparten intereses comunes en relación con las materias primas. La Comisión es un foro de intercambio de opiniones que se reúne con carácter general 3 veces al año (...)" (folio 80) y de cuya coordinación se encarga también personal de BONMACOR.

La elaboración de la nota de prensa conjunta de FEAD y AEFH se aprobó por unanimidad en la reunión de la Comisión de Materias Primas de 19 de junio de 2007. El Acta de la reunión (folio 3586) recoge como en dicha reunión se habló de las notas de prensa elaboradas por otras asociaciones (como FIAB y CHOCAO) y de la conveniencia de que FEAD, organismo eslabón entre ellas manifestara también su opinión al respecto. En la reunión se plantearon también algunas directrices sobre la nota de prensa, entre otras, insistir en la preocupación del sector por la alarmante situación de precios de las materias primas haciendo énfasis en las causas (...); ahondar en las consecuencias (aumento de costes para las empresas, competitividad, repercusiones en el consumidor) como un mensaje especialmente dirigido a la distribución. Evitar lluvia de datos de incrementos de precio. No hacer énfasis en una lista de materias primas, como se ha planteado en otras notas de prensa, sino centrarse en rangos o categorías que se quieren destacar. (...) Se dirigirá a medios de comunicación y a la Administración. Las empresas de distribución no serán destinatarios directos aunque se deberían sentir aludidos (...).

La encargada de elaborar la nota de prensa fue la coordinadora de la Comisión. La nota de prensa se divulgó el 12 de julio con el siguiente contenido:

LA ESCASEZ Y LOS PRECIOS DE LAS MATERIAS PRIMAS COMPROMETEN LA COMEPTITITVIDAD DE LA INDUSTRIA DEL DULCE Barcelona 12 de julio de 2007.

Las industrias del sector del dulce, enmarcadas en el seno de la Federación de Asociaciones del Dulce (FEAD) y la Asociación Española de Fabricantes de Helados (AEFH) consideran como crítica la compleja situación que se está creando en los mercados de abastecimiento de materias primas, y por un constante aumento de los precios de las mismas, así como de otros "inputs" que intervienen en la producción (materiales de embalaje, energía). Nuestro sector es uno de los principales consumidores de cereales, azúcar, glucosa, cacao, grasas vegetales y leche y derivados lácteos, materias primas todas ellas que en el período indicado han sufrido un incremento de precios muy por encima de la inflación, alcanzando en numerosos casos niveles totalmente inasumibles, como la leche en polvo (con 1% de materia grasa), con incrementos de media del 100%; el trigo, con aumentos que oscilan entre un 25 y 50%, dependiendo del tipo; el maíz (alrededor del 30%), el haba de cacao (25%), los aceites vegetales (entre un 15%, 40% y hasta un 81% de aumento, en función del tipo), la glucosa (cerca del 30%) y ovoproductos (3,5%) entre otros.

Esta compleja situación es consecuencia de un conjunto de factores que, directa o indirectamente vienen afectando de una forma muy negativa a nuestros aprovisionamientos:

- escasez de producción agrícola-ganadera motivada por razones diversas
- intervención –derivada de la PAC- del mercado de materias primas;

- utilización de parte de estas materias primas para la obtención de biocombustibles.

El Presidente de la Federación Española de Asociaciones del Dulce, D. Xavier Mir, ha manifestado que "este escenario está causando ya un fuerte impacto en nuestro sector, y es motivo de alarma puesto que todas las previsiones auguran que esta tendencia se acentúe a corto y medio plazo, y en un futuro la situación deje de ser coyuntural para volverse una situación estructural permanente, totalmente fuera del control de la industria".

"Esta situación no será sostenible en el futuro si queremos mantener los niveles de calidad, innovación y servicio que un mercado maduro como el nuestro nos exige" ha manifestado por su parte Vicente Arévalo, Presidente de la Asociación Española de Fabricantes de Helados (AEFH).

Todo ello es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que las mejoras en la productividad del sector habían hecho posible hasta ahora compensar los incrementos de costes que la industria del dulce venía soportando. Si, como todo parece indicar, esta situación pasa a ser estable y persistentes en el tiempo, no ya sólo la industria del dulce, sino todo el sector de alimentación en general no será capaz de asumir los crecientes incrementos de precios de sus materias primas, hecho que indudablemente tendrá un impacto en la inflación."

CUARTO: Se alega en primer lugar violación del artículo 18 de la Constitución ya que, a juicio de la actora, la orden de investigación adolecía de determinados vicios.

La posición del la CNC sobre este punto es la siguiente:

"Varias partes critican la actuación inspectora de la DI. Por un lado se manifiesta que la Orden de Investigación carecía de datos esenciales, como el nombre de las asociaciones a investigar.

Consideran además que hubo falta de proporcionalidad, vulnerando el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, incautando un volumen de información grande, sin discriminar aquello que resultaba relevante y sin derecho a revisar los documentos incautados durante un periodo prolongado.

La DI dictó una Orden de Investigación individual para cada una de las asociaciones inspeccionadas, indicando el tipo de documentación que se podía recabar en ella. Cada una de las asociaciones firmó en dicha orden su consentimiento a través de persona autorizada para ello.

No entiende por tanto el Consejo la alegación de que falten en la orden de inspección datos esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 del RDC.

La DI informó a las partes sobre su forma de proceder respecto de los documentos en cuestión, como puede verse por el contenido del acta de inspección. Se adjuntó al acta la relación de documentos recabados en el curso de la inspección, tanto en papel como electrónicos. La DI se comprometió a, una vez analizados, proceder a la devolución de aquellos que no estuvieran relacionados con el objeto de la inspección. Los argumentos de falta de proporcionalidad de las partes resultan genéricos y meramente formales. Ni optó ninguna de las partes por interponer en su momento el recurso previsto en el artículo 47 de la LDC contra la inspección que se realizó en octubre de 2007, ni con posterioridad al PCH han concretado y justificado ante este Consejo en qué consiste la desproporcionalidad y el perjuicio ocasionado por la información recabada."

Hemos de señalar desde ahora que la Sala comparte los planteamientos recogidos anteriormente.

Se afirma, la vulneración del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones. En nuestra sentencia de treinta de septiembre de dos mil nueve, dictada en el Recurso Derechos Fundamentales 3/2008, decíamos:

“Analizaremos en primer lugar la violación del artículo 18.2 Constitución. Tal precepto dispone:

“2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

Dicho lo anterior, hemos de entrar en el examen de la posible violación del repetido derecho fundamental.

En un primer momento hemos de realizar una distinción de concepto. Una cosa son las facultades de los inspectores en un concreto registro y otra muy distinta es el ámbito material en el que esas facultades han de ejercerse. Efectivamente, el artículo 40 de la Ley 15/2007 determina las facultades de los inspectores:

“2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

- a. acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,
- b. verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,
- c. hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,
- d. retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b,
- e. precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,
- f. solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a y e requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.”

Ahora bien, estas facultades han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y en este punto es donde radica el conflicto de autos, porque precisamente el registro se extendió mas allá de la conducta investigada, y por tanto más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora.

Una primera aproximación al problema que hemos de resolver la encontramos en los pronunciamientos contenidos en la sentencia del TC 41/1998, que en sus F.J. 33 y 34 declara:

“Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 L.E.Crim.). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Sólo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.

34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio (SSTC 290/1994, fundamento jurídico 3.o, y 126/1995, fundamentos jurídicos 3.o y 4.o).

Por su parte la sentencia del TC 14/2001, también aporta elementos importantes para definir el alcance del registro y su conexión con la autorización, pues declara en su fundamento jurídico 8:

“Hemos de ocuparnos ahora de la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que

se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, FJ 5, y 136/2000, FJ 4).

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).”

De la primera sentencia hemos de concluir como doctrina general:

- 1.- que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados,
- 2.- los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita, y
- 3.- la finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito – en nuestro caso infracción administrativa -.

De la segunda sentencia deducimos:

- 1.- la autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados,
- 2.- el registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos, y
- 3.- la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito – en nuestro caso, infracción administrativa -.

De tal jurisprudencia se concluye que los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación.

Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el TC, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados.”

Pues bien, no se excluye la posibilidad de intervención en el domicilio, pero la actuación material de la Administración ha de ajustarse al ámbito delimitado en la orden de investigación y, en su caso, en el Auto que autorice la entrada y registro. Y en el presente caso la actuación material administrativa en el registro, se ha ajustado al ámbito delimitado por la orden de investigación, por lo que no puede apreciarse vulneración de tal derecho. Efectivamente, de una parte, el que la denominación de la actora aparezca a bolígrafo en la orden no implica ilegalidad alguna – y sin que de tal hecho puedan extraerse las afirmaciones sostenidas por la actora sobre la forma de la complementación de la orden -, y, de otra la documentación incautada se refiere a los hechos objetos del expediente. En cuanto a los indicios, basta leer la Resolución para comprender que el contenido de las notas de prensa eran, por si mismas, indicios bastantes para iniciar la investigación y para justificar una orden de entrada y registro.

QUINTO: 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, en su redacción dada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre, dispone: " 1 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 en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

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..." – hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. 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. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) 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.

SEXTO: Sobre la valoración de la conducta de la actora, la Resolución impugnada contiene la siguiente afirmación, que la sala comparte:

"En contra de lo que pretenden algunas de las partes, el Consejo entiende que la DI ha tipificado de manera clara la conducta objeto del presente expediente y que en absoluto nos hallamos ante un nuevo tipo infractor como argumentan algunas de las alegaciones. Para este Consejo es claro que de la lectura del Informe Propuesta se concluye que el ilícito que se dirime es la existencia de una recomendación colectiva, que se habría instrumentado en el seno de cada una de las asociaciones a través de la elaboración y difusión de notas de prensa y a través de una estrategia de cooperación entre ellas. Esta conducta sería contraria al art. 1.1.a) de la Ley 16/1989.

La cuestión esencial por tanto radica en si, a la vista de los hechos acreditados, las actuaciones de las asociaciones imputadas merecen dicha calificación de antijuridicidad y, previamente, si la conducta les es imputable.

De la lectura de los artículos 1.1 y 10.1 de la Ley 16/1989 y de la doctrina nacida de su aplicación se deriva que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas- y también por asociaciones o agrupaciones de agentes económicos. La prohibición del art. 1.1 LDC presupone además la existencia de una pluralidad de voluntades que, como ya ha dicho este Consejo en la Resolución recaída en el Expte S/0055/07 INPROVO, "en la modalidad de la «recomendación colectiva», no se predica respecto de la conducta en sí, sino de la naturaleza de la entidad que formalmente la adopta, que tiene que estar integrada por una pluralidad de operadores económicos

independientes, directamente o de forma mediata a través de las respectivas asociaciones sectoriales (como es el caso de INPROVO, dada su naturaleza legal de organización interprofesional agroalimentaria)”.

En el presente caso la conducta infractora es atribuible a cada una de las asociaciones. En unos casos (PPM, CHOCAO, AEFHSE, AAEFH, AEFPA, AEF SyCP) vienen constituidas por empresas dedicadas a la fabricación y comercialización de diferentes productos alimenticios, dependiendo del ámbito de actuación de cada asociación. En otros (FIAB, FEAD, CEOPAN) agrupan a asociaciones a su vez integradas por agentes económicos independientes.

En la mayor parte de los casos, los órganos de Gobierno de las diferentes asociaciones, en los que se sientan empresas competidoras, acordaron la elaboración de las notas. Pero, incluso cuando no es así (FIAB, AEFH, AEFPA) la falta de un acuerdo explícito de un órgano de Gobierno societario no impide considerar la existencia de esa pluralidad de voluntades. Como ya ha dicho este Consejo, “...basta con que la recomendación sea adoptada o manifestada por un órgano interno del ente colectivo, cualquiera que sea su composición (colegiada o unipersonal), pues lo relevante a efectos de la prohibición del art. 1.1 LDC es la naturaleza colectiva de la entidad que formalmente adopta la conducta, y la aptitud objetivamente restrictiva de la competencia de ésta.” (Resolución del Consejo de la CNC, Expte S/0055/07 INPROVO).

Tanto FIAB como algunos de sus miembros se han esforzado en sus alegaciones en demostrar su independencia de actuación respecto de sus miembros o de las agrupaciones de asociaciones en que se integran, respectivamente. Algo similar sucede en el caso de FEAD, de quien se dice que no ostenta la posición de liderazgo con respecto a sus asociadas, que actuaron de forma independiente. Este Consejo acepta esta independencia de comportamiento. Precisamente por ello procede entender que cada una de las asociaciones que lanza la nota de prensa es responsable de una práctica de recomendación colectiva, en vez de limitar la imputación a aquella entidad que las engloba. Cada una de ellas debe responder de la conducta realizada, puesto que su independencia de comportamiento implica que son individualmente responsables de incurrir en ella.”

Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Tal conducta consiste en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. Pues bien, en el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de varias entidades que integran a los principales profesionales en el sector de la alimentación, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo a los entes del que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento. Y a ello no es obstáculo que los profesionales del sector tuviesen libertad para fijar los precios, porque lo importante es la eliminación de la incertidumbre mediante la recomendación.

Por otra parte la coordinación pudo ser, como señala el precepto, mediante una conducta conscientemente paralela, sin que sea necesario un acuerdo expreso. La conducta, dada la temporalidad de publicación de las notas, así como el contenido de las mismas, refleja una consciencia en el comportamiento paralelo.

De lo expuesto hasta ahora resulta la aptitud de la nota para distorsionar la competencia y ello sin necesidad de una delimitación concreta del mercado porque

de la Resolución se concluye que el ámbito de la conducta lo es el territorio nacional y el mercado de la alimentación, y la conducta tenía aptitud para distorsionar la competencia. Así resulta de las siguientes afirmaciones:

“La aptitud de la conducta para distorsionar la competencia viene reforzada por el elevado grado de representatividad de las asociaciones implicadas, que se describe a lo largo del Hecho Probado primero y su carácter nacional. Por otra parte, se refleja en algunas de las notas que el mensaje es fruto del acuerdo de los asociados (PPM), y en la mayoría se habla en nombre de las empresas del sector (“La industria alimentaria española”, en el caso de FIAB; “los fabricantes de chocolate y derivados del cacao”, “la industria harinera y semolera española”; “las industrias del sector del dulce”; “la panadería española”; “los fabricantes de pasta” y “los fabricantes de salsas”). Todo ello aporta al tiempo credibilidad y gravedad a la recomendación, pues no sólo señala a sus asociados la necesidad de repercutir el incremento de los costes, sino que también reduce la incerteza que pudieran racionalmente sentir los competidores no asociados sobre cómo actuar ante la subida del coste de las materias primas.

Varias partes alegan la escasa difusión de sus notas de prensa. Debe rechazarse este argumento. Se difundieron a medios de comunicación de alcance nacional. La intención no podía ser otra, dado el medio escogido (nota de prensa), que una amplia difusión de los mensajes. A su vez, los asociados y otras asociaciones podían hacer uso de la misma, lo que contribuye a amplificar su repercusión.

Por otra parte, este argumento es contradictorio con el propio objeto que las asociaciones atribuyen a las notas: concienciar a la opinión pública y a las autoridades. También lo es con la preocupación manifestada en algunos casos de que las notas no tuvieran la bastante resonancia (fundamentalmente desde el ámbito FEAD) y con la estrategia que se deduce de los hechos, que perseguía que el mensaje surgiera de diversas fuentes, razón por la cual las distintas asociaciones publican diferentes notas pero de contenido similar.”

Pero, además, respecto de la aptitud para distorsionar la competencia, acertadamente se afirma en la Resolución:

“Las notas caracterizan el fenómeno como de estructural y reflejan una situación muy grave, prácticamente de alarma, que tienden a generalizar más allá del propio sector al que representan.

CHOCALO manifiesta que “En general, todo el sector de alimentación está acusando un aumento de precios que parece haber dejado de ser cíclico para volverse estructural” y también que “Si todo el sector alimentación está afectado por el mismo problema, según ha manifestado recientemente la FIAB (Federación Española de Alimentación y Bebidas) el impacto en la inflación puede llegar a ser considerable”. Un mensaje similar manda la nota conjunta de FEAD/AEFH, que citando al Presidente de FEAD afirma que la situación “es motivo de alarma puesto que todas las previsiones auguran que esta tendencia se acentúe a corto y medio plazo, y en un futuro la situación deje de ser coyuntural para volverse una situación estructural permanente, totalmente fuera del control de la industria”. Esta nota, sin duda una de las más explícitas, termina diciendo que “Si, como todo parece indicar, esta situación pasa a ser estable y persistentes en el tiempo, no ya sólo la industria del dulce, sino todo el sector de alimentación en general no será capaz de asumir los crecientes incrementos de precios de sus materias primas, hecho que

indudablemente tendrá un impacto en la inflación". Para AEFSyCP y AEFPA la situación no es sostenible. CEOPAN recurre a terceros para transmitir el mensaje: "El Presidente de Nestlé, la mayor empresa de alimentación del mundo, advierte que "los precios de los alimentos se preparan para un período de inflación considerable y duradera".

Es por ello que la incidencia de la conducta puede extenderse al mercado de la alimentación en general y en todo el territorio nacional.

SEPTIMO: Por último, y en relación a la proporcionalidad, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, en su segundo párrafo:

"La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a. La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b. La dimensión del mercado afectado.
- c. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e. La duración de la restricción de la competencia.
- f. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas."

Hemos de señalar que tales circunstancias han sido correctamente ponderadas por la CNC. En relación con la recurrente se señala en la Resolución:

"Entiende este Consejo que, tanto por el contenido de las notas como por lo activo de la labor coordinadora efectuada desde sus secretarías, que recaen en una misma persona para varias asociaciones, concurre un grado comparativamente mayor de gravedad en el caso de la FEAD, CHOCAO, PPM, AEFH, AEFSyCP y AEFPA (esta última incluye además en su nota cuantificación del incremento), que debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la sanción."

La sanción se ha impuesto en su grado medio, por lo que hemos de apreciar que se ha respetado la proporcionalidad y sin que podamos aceptar que existen atenuantes. Así, ni la existencia de una situación atípica ni la relación con las Administraciones Públicas justifican ni atenúan el comportamiento, pues ninguno de estos factores implican la formulación de recomendaciones colectivas ni guardan relación con ellas.

En cuanto a la proporción entre la multa y el tamaño del sector, señala la actora que ha sido discriminada por tal relación:

FIAB 0,00060%

FEAD 0,00750%

CEOPAN 0,00625%

PPM 0,00391%

CHOCAO 0,00423%

AEFS y CP 0,00587%

AFHSE 0,00084%

Al margen de que el tamaño del mercado no es un criterio de modulación de la sanción, sino su cuantía en relación con el volumen de ventas – aunque este último criterio no es aplicable en este caso -, lo cierto es que el porcentaje entre FEAD, CEOPAN y AEFS y CP son muy semejantes por lo que no se puede apreciar discriminación.

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 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

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 **Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD)**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Rosa Sorribes Calle, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2009**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no 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.