



Roj: **SAN 4037/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4037**

Id Cendoj: **28079230062018100455**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/10/2018**

Nº de Recurso: **232/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000232 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02525/2015

Demandante: CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.

Procurador: D. GABRIEL DE DIEGO QUEVEDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: GANADERA SAN ANTÓN Y SCHREIBER FOODS ESPAÑA, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a veinticuatro de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 232/2015, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y en representación de la entidad **CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 26 de febrero de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0425/12 (INDUSTRIAS LACTEAS 2) por cual se le impuso la sanción de multa por importe de 21.864.645 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado y como entidad codemandada ha comparecido la entidad Sociedad Agraria de Transformación número 6.343 denominada Ganadera San Antón representada por la Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, así como la mercantil Schreiber Foods España, S.L. representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia en la que se acuerde la nulidad y se deje sin efecto la resolución sancionadora impugnada por no haberse acreditado la comisión de las infracciones imputadas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en defensa de la CNMC y el Abogado de la mercantil "S.A.T. San Antón" presentan respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

La representación procesal de la mercantil Schreiber Foods España, S.L. en el tramite concedido sostiene que *"a la vista del escrito de demanda presentado por la recurrente, mi representado considera oportuno no realizar en este trámite alegación alguna"*.

TERCERO.- Una vez admitidas las pruebas documentales propuestas, se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO. Con fecha 12 de septiembre de 2018 esta Sección dicta providencia por la que ordena dar traslado a las partes para que formulen alegaciones sobre la incidencia que a su juicio puede tener en este proceso la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2018.

QUINTO.- Posteriormente, se fijó el día 3 de octubre de 2018 para votación y fallo. Siendo designada Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 26 de febrero de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0425/12 (INDUSTRIAS LACTEAS 2) por la que se impuso a la mercantil recurrente CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. la sanción de multa por importe de 21.864.645 euros por (a) el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales que se han materializado en acuerdos desde 2001 a 2004 y desde 2006 a 2012 y (b) el intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos que se han materializado en acuerdos de reparto de mercado en 2000, 2011 y 2012. Conductas que se han calificado como infracción muy grave al amparo del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del TFUE.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. Con fecha 8 de marzo de 2011 el Servicio para la Defensa de la Competencia de Castilla y León envió a la Dirección de Investigación de la CNC un informe titulado "Estudio sobre el Sector de Leche Cruda en Castilla y León" en el que ponía de manifiesto la posible existencia de diversas conductas llevadas a cabo en el mercado de leche cruda susceptibles de constituir una infracción de la LDC, en particular relativas a la recogida de leche cruda de vaca y a la determinación del precio de la misma.

2. Posteriormente, se presentó una denuncia formulada por la Unions Agrarias-UPA contra las empresas transformadoras de leche recogida en Galicia y empresas distribuidoras de leche, haciendo particular mención de la dificultad de encontrar empresas alternativas a las que entregar la leche.

3. La Dirección de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49, apartado 2, de la LDC, inició una información reservada, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador.

4. Con fechas 11 y 12 de julio de 2012, se realizaron inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las empresas GRUPO LACTALIS IBERIA S.A., la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL, EL BUEN PASTOR S.L., NESTLÉ ESPAÑA, S.A., y de las asociaciones regionales ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA y la ASOCIACIÓN REGIONAL DE INDUSTRIAS LÁCTEAS EN CANTABRIA.

5. Con la información obtenida en las inspecciones domiciliarias realizadas en las sedes de las citadas empresas, la Dirección de Investigación decidió, con fecha 23 de julio de 2012, la incoación del expediente sancionador contra el GRUPO LACTALIS IBERIA S.A., la CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A., DANONE S.A., PULEVA FOOD S.L., el GRUPO LECHE PASCUAL S.A., NESTLÉ ESPAÑA, S.A., la COOPERATIVA AGRÍCOLA Y GANADERA DEL PIRINEO SCCL, el GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, por presuntas prácticas prohibidas en el artículo 1 de la



LDC, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca.

6. Posteriormente, con fecha 5 de marzo de 2014, el Director de Competencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente y de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, acordó ampliar la incoación del expediente sancionador a las empresas INDUSTRIAS LÁCTEAS ASTURIANAS, S.A., FORLACTARIA OPERADORES LECHEROS, S.A., CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A., GRUPO LECHE RÍO, S.A., CENTRAL LECHERA DE GALICIA, S.L., SENOBLE IBERICA, S.L., LECHE CELTA, S.L. y FEIRACO LÁCTEOS, S.L.

7. La Dirección de Competencia elaboró, con fecha 19 de marzo de 2014, el Pliego de Concreción de Hechos. Pliego que fue subsanado con fecha 24 de abril de 2014, al advertirse una serie de errores en relación con la responsabilidad de las siguientes empresas: PULEVA FOOD S.L., CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A., DANONE S.A., CALIDAD PASCUAL, NESTLÉ ESPAÑA, S.A., GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, y ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA. Con el acuerdo de 24 de abril de 2014 se reabría la instrucción del expediente bajo la justificación de *"subsanar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, determinados errores materiales del apartado 6.3 del Pliego de Concreción de Hechos..."*.

8. La entidad NESTLE ESPAÑA interpuso recurso de reposición frente a la decisión de la Dirección de la Competencia de corregir errores en el Pliego de Concreción de Hechos que se desestimó por resolución de 31 de julio de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Y frente a dichas resoluciones, la mercantil Nestlé interpuso recurso contencioso administrativo que se tramitó ante la Sección Sexta de la Audiencia Nacional con el nº 343/2014 y que finalizó con sentencia estimatoria dictada en fecha 11 de julio de 2016 en la que se rechazó la posibilidad de calificar la conducta de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014 como una mera rectificación de un error material ya que, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando el período de la imputación, había alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite. Y la sentencia dictada concluía que *"esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado."*

Criterio que se ha confirmado en casación por el Tribunal Supremo mediante sentencia dictada en fecha 24 de julio de 2018.

9. Mientras se tramitaba y se resolvía el proceso jurisdiccional, la Dirección de Competencia continuó con los tramites del expediente sancionador y en fecha 1 de agosto de 2014, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, procedió al cierre de la fase de instrucción en el referido expediente, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC.

10. La propuesta de resolución fue firmada por el Director de Competencia el 5 de agosto de 2014, y se notificó debidamente a las partes para que, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.

11. El Informe Propuesta fue elevado al Consejo con fecha 2 de septiembre de 2014, conteniendo una propuesta de sanción por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la Ley 15/2007 y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

12. Con fecha 19 de noviembre de 2014, de conformidad con el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, se informó a la Comisión Europea sobre la propuesta de resolución del procedimiento.

13. Posteriormente, el Consejo en Sala de Competencia en su sesión de 26 de febrero de 2015 dictó la resolución sancionadora que es objeto del presente proceso jurisdiccional.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente, CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A., se solicita la nulidad de la resolución impugnada dictada en fecha 26 de febrero de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador S/0425 "Industrias Lácteas 2". Y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

a) se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al no existir prueba que acredite los hechos imputados por la CNMC.

b) las conductas por las cuales ha sido sancionada no reúnen los requisitos para ser considerados intercambio de información sensible entre competidores.



- c) la conducta imputada está amparada por el principio de confianza legítima.
- d) la conducta imputada está prescrita desde julio de 2008 o, en su defecto, en el periodo comprendido entre 2001 y 2004.
- e) la sanción impuesta es desproporcionada y está incorrectamente cuantificada.

CUARTO.- Centrado el objeto de debate debemos iniciar el análisis respecto a la incidencia que en este procedimiento tiene la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 24 de julio de 2018 (rec. casación nº 2665/2016) que confirma en casación la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 11 de julio de 2017 (recurso nº 343/2014) que estimó en parte el recurso contencioso administrativo promovido por la mercantil NESTLE ESPAÑA, S.A. contra la resolución de 31 de julio de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desestimatoria del recurso interpuesto frente a la dictada con fecha 24 de abril de 2014 por la Dirección de Competencia. Estimación parcial del recurso contencioso administrativo que supuso que se acordara, por una parte, su nulidad y, por otra, se ordenó retrotraer el procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la CNMC al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014 debiendo continuar por los trámites procedentes.

Y la razón que justificó que esta Sección acordara la nulidad antes expuesta fue que no se consideró procedente la reapertura de la fase de instrucción acordada por la Dirección de Competencia en fecha 24 de abril de 2014 señalándose expresamente en la sentencia dictada que:

"Desechada la posibilidad de la mera rectificación de un error material, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando temporalmente aquellos a los que se refería la imputación, ha alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite. Además, la afectación al derecho de defensa de la expedientada que con ello se ha causado no puede discutirse. Esa lesión no deriva de la falta de audiencia, sino de la alteración del procedimiento sancionador, siendo así que la necesaria observancia de sus trámites constituye, como decíamos, la primera garantía para el sancionado."

Criterio que se ha confirmado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de julio de 2018.

Como hemos relatado anteriormente, dichas sentencias se dictaron en virtud del recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil Nestlé España, S.A. que se había visto afectada por la modificación del pliego de concreción de hechos y por la reapertura de la fase de instrucción por parte de la Dirección de Competencia. Es claro el criterio de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo en relación con la mercantil Nestlé: (a) se acuerda la nulidad de la resolución de 24 de abril de 2014 de la Dirección de Competencia que ordena reabrir la fase de instrucción amparándose en la potestad de corregir errores materiales previsto en el artículo 105 de la Ley 30/1992 ya que la corrección no solo implicaba una valoración jurídica sino que, además, implicaba una irregularidad procedimental al reabrirse la fase de instrucción por parte de la Dirección de Competencia y (b) se acuerda la retroacción de las actuaciones del procedimiento sancionador tramitado por la CNMC al momento anterior a dicha resolución.

La cuestión es si ese mismo criterio puede aplicarse a las entidades que han sido sancionadas en el mismo expediente sancionador y que no interpusieron recurso contencioso administrativo frente a la resolución de 24 de abril de 2014 que ordenaba reabrir la fase de instrucción.

Corresponde entonces analizar la incidencia que la nulidad acordada por las sentencias aludidas puede tener respecto de la resolución sancionadora ahora impugnada dictada en un procedimiento administrativo sancionador en el que para una de las expedientadas se había ordenado la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictarse la resolución de 24 de abril de 2014 de la Dirección de Competencia anulada por dichas sentencias.

En el caso analizado la parte recurrente no cuestionó de forma expresa en su escrito de demanda la legalidad del acuerdo de la Dirección de Competencia de reabrir para varias empresas la fase de instrucción con intención de notificar a las partes un nuevo Pliego de Concreción de Hechos que implicaba aumentar el periodo de imputación de responsabilidad. Y, en consecuencia, se dio traslado a las partes para que efectuaran consideraciones sobre la incidencia en este procedimiento jurisdiccional de las sentencias aludidas tanto de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2016 como del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018.

Como ya hemos expuesto debemos analizar si las sentencias aludidas solo pueden producir efectos para la mercantil recurrente en los procesos en los que se han dictado dichas sentencias, como fue la entidad Nestlé España, S.A. En el caso de la recurrente del presente proceso debemos, además, destacar que fue una de las



entidades que se vieron afectadas por la reapertura de la fase de instrucción porque se modificó la imputación inicialmente efectuada por la Dirección de Competencia.

Como no se acordó la suspensión de la tramitación del expediente sancionador por la interposición del recurso contencioso administrativo de la mercantil Nestlé, la CNMC prosiguió con la tramitación del mismo hasta su conclusión dictando la resolución sancionadora en fecha 26 de febrero de 2015 que es el acto que se impugna ahora en este proceso. No obstante, no se puede obviar que ese procedimiento sancionador se ha visto afectado tanto por la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2016 como por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 que marcan de manera inequívoca el límite de las actuaciones de la CNMC que deben reputarse válidas y dicho límite termina en el momento en que se reciben las alegaciones respecto del acuerdo de la Dirección de la Competencia de 19 de marzo de 2014 por el que se formuló el primer pliego de concreción de hechos, debiendo considerarse nulas las actuaciones desarrolladas con posterioridad al trámite anulado.

Pues bien, esta Sección, a pesar del criterio que mantiene el Abogado del Estado así como la defensa de la entidad codemandada, considera que el criterio ya confirmado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de julio de 2018 debe afectar no solo a Nestlé, como entidad recurrente en esos procesos, sino a todas las entidades que han sido sancionadas en el mismo expediente sancionador y ello incluso aunque no se vieran afectadas por la citada modificación temporal de la imputación. Y ello debemos entender que es así toda vez que el procedimiento administrativo sancionador regulado en la LDC debe considerarse como un "único procedimiento" tal y como ha subrayado de forma constante la jurisprudencia (SSTS de 27 de febrero de 2007, recurso nº 7130/2005 y de 3 de mayo de 2006 recurso nº 6948/03) de tal manera que todos los intervinientes en ese único procedimiento se ven afectados por cualquiera de las vicisitudes procedimentales que se produzcan tal y como se infiere de los artículos 36, 37 y 51 de la LDC. Hasta tal punto estamos ante un "único procedimiento" que las actuaciones procedimentales realizadas por la CNMC son únicas y comunes para todos los intervinientes y, en este caso, la decisión de reapertura de la fase de instrucción -aunque implicó una mayor imputación temporal para algunos de los expedientados-, lo cierto es que dicha decisión supuso que se dictara un nuevo pliego de concreción de hechos anulado por las sentencias citadas y, en consecuencia, se ordenó la retroacción de las actuaciones al momento en que la Dirección de Competencia ordenó el cierre de la fase de instrucción por primera vez. Es decir, acordada la nulidad de la resolución de 24 de abril de 2014 de la Dirección de Competencia y habiéndose ordenado retrotraer las actuaciones del expediente sancionador S/0425/12 al momento anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014 ello implica que son inexistentes todas las actuaciones administrativas desarrolladas con posterioridad en el único procedimiento sancionador que se ha tramitado. Y entre esas actuaciones se encuentra la resolución sancionadora que constituye el objeto del presente proceso que debemos anular ya que se ha dictado en un procedimiento cuyas actuaciones derivan de un acto de trámite de la Dirección de Competencia que se ha declarado nulo por los órganos judiciales y ello implica privar de eficacia a los actos posteriores y entre ellos a la resolución sancionadora. Al ser estar ante un único procedimiento que tramita la CNMC para todas las empresas sancionadas, la nulidad de un acto de trámite por constituir una irregularidad procedimental afecta a todos los que han sido sancionados en ese mismo procedimiento. Un defecto formal por irregularidades en el procedimiento único no puede existir solo para unos.

Es decir, en coherencia con lo dispuesto en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional confirmada por el Tribunal Supremo, procede estimar el presente recurso de forma parcial y anular la resolución sancionadora impugnada pero ordenando que se retrotraigan las actuaciones de la CNMC al momento inmediatamente anterior al de la resolución de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014. De esta forma, podrá proseguirse el procedimiento por sus propios cauces que podrá culminar bien con una resolución sancionadora, o bien con una resolución de archivo, según la apreciación de la prueba y de las alegaciones de las partes que realice la CNMC con plena libertad de criterio.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas procesales, debiendo cada parte asumir las causadas a su instancia.

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo núm. 232/2015, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y en representación de la entidad **CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 26 de febrero de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0425/12 "INDUSTRIAS LACTEAS 2" que impuso la sanción de multa por importe de 21.864.645 euros y, en consecuencia, debemos anular y anulamos la referida resolución ordenando la retroacción del



procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la CNMC al momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar el mismo por los tramites procedentes.

No se efectúa ningún pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 26/10/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ