



Roj: **SAN 4039/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4039**

Id Cendoj: **28079230062018100457**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **154/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000154 /2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01585/2015

**Demandante:** DANONE S.A.

**Procurador:** D. JOSÉ MANUEL VILLASANTE GARCÍA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. RAMÓN CASTILLO BADAL

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 154/15 promovido por el Procurador D. José Manuel Villasante García actuando en nombre y representación de **DANONE S.A.**, contra la resolución de 26 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se la impone una sanción de 23.201.850 euros por la comisión de una infracción 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 1 del TFUE por el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2012 y por el intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000 y en 2010.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

*"I. Anule íntegramente la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de febrero de 2015, Expdte S/0425/12 INDUSTRIAS LACTEAS 2;*

*II. Subsidiariamente, para el caso de que la Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente la referida resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de febrero de 2015, reduciendo sustancialmente el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en los fundamentos Jurídicos IV y V de ésta demanda. Todo ello con expresa imposición de la condena en costas a la administración demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA."*

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos. Los codemandados SCHREIBER FOODS ESPAÑA SL y SAT GANADERA SAN ANTON no presentaron escrito de contestación a la demanda.

**TERCERO.-** Mediante auto de 11 de enero de 2015, se admitió la prueba pericial que fue ratificada el 21 de enero de 2016.

**CUARTO.-** Por su posible incidencia en el recurso, se dio traslado a las partes de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016, presentando alegaciones al respecto SAT SAN ANTON.

**QUINTO.-** Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 3 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso la resolución dictada en el expediente S/0425/12 el 26 de febrero de 2015, por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se la impone una sanción de 100.000 euros por la comisión de una infracción 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 1 del TFUE por el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios, excedentes y otras estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado: de 2008 a 2009 y en 2011 cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción 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 1 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.*

**S EG UNDO .-** *De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:*

### **DA NONE S.A.**

*a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2012.*

*b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000 y en 2010."*

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del pleito los siguientes:

1. El 23 de julio de 2012 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), ordenó la incoación del expediente sancionador S/0425/12 Industrias Lácteas 2, contra determinadas entidades por presuntas prácticas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado, así como la fijación de condiciones comerciales en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda.



2. Dicho acuerdo de incoación fue ampliado el 5 de marzo de 2014 a ocho entidades mas, extendiéndose la imputación a conductas prohibidas por el artículo 101 del TFUE, por considerar que las prácticas analizadas podrían afectar también al comercio intracomunitario.

3.- El 18 de marzo de 2014, la Dirección de Competencia formuló pliego de concreción de hechos y el 24 de abril siguiente la misma Dirección de Competencia adoptó nuevo acuerdo por el cual se reabría la instrucción del expediente bajo la justificación de "subsana, 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...".

4. La subsanación de referencia afectaba, entre otras, a la mercantil DANONE SA.

5. En el nuevo acuerdo adoptado con esa misma fecha se resolvía lo siguiente: "Advertidos determinados errores en el apartado 6.3 "sobre la responsabilidad y participación concreta de las empresas y las asociaciones" del anterior PCH notificado con fecha 19 de marzo de 2014, y de acuerdo con lo establecido en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (BOE de 27) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se procede a subsanar completando las responsabilidades individuales, de cada una de las siguientes empresas:

(...) 3. DANONE S.A. ("DANONE"). Se considera que las prácticas anticompetitivas descritas en el apartado 5 de este pliego que son imputables a DANONE son también las siguientes: a) intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos casos, se podrían haber materializado en acuerdos: también para el año 2012 (de conformidad con el apartado 244 del PCH notificado, y los folios 8559- 8560, 8563).

b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos casos, se podrían haber materializado en acuerdos de reparto de mercado, también en el año 2000 (de conformidad con el apartado 198 y 231 del PCH notificado, y los folios 8502 a 8503)".

6.- La Dirección de Competencia confirió traslado del mismo a DANONE para que, en el plazo de quince días pudiera contestar el acuerdo de subsanación, exclusivamente en lo referente a la ampliación temporal de la responsabilidad de los hechos imputados proponiendo en su caso las pruebas que considerase pertinentes.

7. Frente a la anterior resolución, DANONE interpuso el recurso previsto en el artículo 47 de la LDC, que fue desestimado por resolución de 31 de julio de 2014, dictada por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

8. La sentencia de esta misma Sala y Sección de 11 de julio de 2016, dictada en el recurso nº 343/2014, estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución precedente.

9. En consecuencia, fueron anuladas las resoluciones de 24 de abril de 2014 de la Dirección de Competencia y de 31 de julio de 2014 del Pleno de la CNMC, ordenando la retroacción del "procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar por los trámites procedentes".

10. Interpuesto recurso de casación por la Abogacía del Estado, fue íntegramente desestimado por el Tribunal Supremo en virtud de la sentencia de 24 de julio de 2018, dictada en el recurso de casación nº 2665/2016.

11. Mediante resolución de 26 de febrero de 2015, el Consejo de la CNMC impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 23.201.850 euros, como autora de las infracciones antes citadas.

**SEGUNDO.-** En la demanda, la parte recurrente plantea como motivos impugnatorios la infracción del art. 105. 2 de la entonces vigente ley 30/1992 que ha dado lugar a una alteración y ampliación de la infracción única y continuada imputada a DANONE SA. Entiende que el segundo Pliego de Concreción de Hechos no ha corregido el primero sino que lo ha modificado al margen de cualquier procedimiento legalmente previsto.

En segundo lugar, denuncia la inexistencia de una propuesta de sanción en la propuesta de resolución privando a la actora de la posibilidad de formular alegaciones.

Denuncia también, la falta de prueba de cargo que acredite la comisión de la infracción y lo que entiende inadmisibles aplicación de la prueba de presunciones.

Considera que los intercambios de información que se imputan a DANONE no pueden ser calificados como infracciones por objeto y que no se ha acreditado ningún efecto restrictivo de la competencia.

Sostiene que en ningún caso existiría una infracción única y continuada que se habría prolongado entre los años 2000 y 2012 y que estaría integrada por las dos conductas imputadas a DANONE.



Denuncia finalmente, la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta y la arbitrariedad de los criterios empleados por la CNMC a la hora de graduar y determinar el concreto importe de la multa.

**TERCERO.**- A la hora de examinar los motivos impugnatorios que deduce la demanda debe abordarse, en primer lugar, la incidencia en este procedimiento de la sentencia dictada por esta misma Sala y Sección de 11 de julio de 2016, en el recurso nº 343/2014 y que fue confirmada por el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 24 de julio de 2018 dictada en el recurso de casación nº 2665/2016.

En virtud de las sentencias indicadas se estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Nestlé España SA, contra las resoluciones de 24 de abril de 2014, de la Dirección de Competencia y de 31 de julio de 2014 del Pleno de la CNMC, que fueron anuladas. En esencia, porque la Dirección de Competencia, una vez cerrada la fase de instrucción, la reabrió para ampliar en dos ejercicios más, el período de duración de la infracción imputada a Nestlé, tal y como con más detalle se relata en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia.

En consecuencia, en nuestra sentencia de 11 de julio de 2016 ordenamos *"la retroacción del procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar por los trámites procedentes"* y ello por no ser procedente la reapertura de la fase de instrucción acordada por la Dirección de Competencia".

Así las cosas, en el presente procedimiento, la parte recurrente "DANONE", de forma expresa cuestionó en su 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 PCH ampliado, concediéndoles un nuevo plazo de alegaciones limitado exclusivamente a los hechos ampliados, al entender que vulneraba el art. 105.2 de la Ley 30/1992, entonces vigente.

En estas circunstancias, el enjuiciamiento sobre la incidencia en este procedimiento de las sentencias de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2016 y del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, podría hacerse de oficio y sin previa audiencia de las partes, dado su conocimiento sobre la cuestión y la posibilidad de haber presentado alegaciones, pese a lo cual, se ha dado traslado a las partes de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 dictada en el recurso de casación nº 2665/2016, habiendo presentado alegaciones la SAT SAN ANTON.

**CUARTO.**- Siguiendo el criterio sentado en nuestra sentencia de 20 de septiembre de 2018, rec. 216/2015, la lectura de la resolución de 26 de febrero de 2015, que es el acto que constituye el objeto del presente procedimiento y en concreto de sus apartados 13 a 20 de los Antecedentes de Hecho y de su FJ 4.8, pone de manifiesto que la CNMC prosiguió la tramitación del expediente sancionador desde la resolución de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014 hasta su conclusión, dictando la resolución ahora impugnada.

Las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo referidas marcan de manera inequívoca el límite respecto 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 Competencia de 18 de marzo de 2014 por el que se formuló el pliego de concreción de hechos, debiendo reputarse nulas las actuaciones posteriores.

En atención a lo expuesto y en coherencia con lo dispuesto en las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo referidas, procede estimar el presente recurso de forma parcial y a los solos efectos de que se retrotraigan las actuaciones de la CNMC hasta el momento inmediatamente anterior al de la resolución de 24 de abril de 2014.

De esta forma, podrá proseguirse el procedimiento por sus propios cauces, que culminará, bien con una resolución sancionadora, bien con una resolución de archivo, según la apreciación de la prueba y alegaciones de las partes que realice la CNMC, con plena libertad de criterio.

En otro orden de cosas, solo cabe precisar que, si bien el hecho que fue enjuiciado por las sentencias de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2016 y del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 y que motivó la retroacción de las actuaciones no se refiere a todas las empresas implicadas en la resolución de la CNMC, lo cierto es que dicha circunstancia opera respecto de todos los interesados en el procedimiento. En el caso de DANONE, además, el segundo Pliego de Concreción de Hechos ampliaba la duración de la primera de las conductas imputadas un año y respecto de la segunda conducta incluía un nuevo intercambio de información que entendía producido en el año 2000.

Por lo tanto, no podemos acoger las alegaciones formuladas por la SAT SAN ANTON cuando afirma que la sentencia de 24 de julio de 2018 del TS que confirma la dictada por esta Sala no presenta ninguna incidencia



sobre la cuestión debatida en éste procedimiento, porque con independencia de que respecto a DANONE el segundo PCH modificó sustancialmente su imputación inicial, además y tal y como ha subrayado de forma constante la jurisprudencia, ( SSTS de 27/02/2007 recurso número 7130/2005, FJ 4, y de 03- 05-2006 recurso número 6948/03), el procedimiento administrativo sancionador regulado en la LDC debe calificarse como único, dado que en el mismo todos los intervinientes 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 y de la jurisprudencia que así lo avala.

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

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

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 154/15 promovido por el Procurador D. José Manuel Villasante García actuando en nombre y representación de **DANONE S.A.**, contra la resolución de 26 de febrero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se la impone una sanción de 23.201.850 euros por la comisión de una infracción 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 1 del TFUE por el intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos: desde 2001 a 2004, y desde 2006 a 2012 y por el intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos momentos se han materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000 y en 2010, debemos anular y anulamos dicha resolución, por ser contraria a Derecho; y ordenamos se retrotraiga el procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar por los trámites procedentes.

No procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas, debiendo cada parte asumir las causadas a su 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.