

Id. Cendoj: 28079230062009100314
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 11/09/2009
Nº de Recurso: 261/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: CONDUCTA CONSCIENTEMENTE PARALELA. EXISTENCIA DE CONCERTACION PARA LA FIJACION DE PRECIOS MINIMOS EN LA VENTA DE ACEITA DE OLIVA CARBONELL 0'4 Y KOIPESOL. SANCION PROCEDENTE.

SENTENCIA

Madrid, a once de septiembre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional bajo el número 261/2007, interpuesto por EROSMER IBERICA, S.A., entidad representada por la

Procuradora D^a Francisca Amores Zambrano, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de

2007, sobre sanción en materia de Defensa de la Competencia y en el que la Administración demandada ha estado representada

y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía de 317.200 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 17 de julio de 2007, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA ILMA. SALA, que teniendo por presentado este escrito, con sus copias,

lo admita, y tenga por formulada en tiempo y forma, DEMADNA contra la Resolución de 21 de junio de 2007 dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia pro la que: 1) Declare no ajustada a Derecho la Resolución de 21 de junio de 2007 dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. 2) Declare que EROSMER IBERICA, S.A. no han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por no haber realizado acuerdo alguno con el Grupo SOS CUETARA para el establecimiento de un precio mínimo de venta al público de sus marcas Carbonell 0,4 y Koipesol. 3) Anule y deje sin efecto la citada Resolución en cuanto a mi representada. 4) Se condene a la demandante al pago de las costas judiciales.

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, lo admita, tenga por contestada la demanda y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a Derecho del acto impugnado, con imposición de costas a la parte contraria."

3. Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso, se dictó auto de fecha 31 de marzo de 2009, con el resultado obrante en autos; siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones en tiempo y forma; finalmente, mediante providencia de 17 de julio de 2009 se señaló para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2009, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de junio de 2007, en el expediente incoado a diversas empresas, entre ellas la ahora recurrente, Erosmer Iberica, S.A., por presuntas prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Dicha resolución contiene la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar que Grupo SOS CUETARA y las empresas CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA), GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. y EL CORTE INGLES S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos para el establecimiento de un precio mínimo de venta al público de sus marcas Carbonell 0,4^o y Koipesol.

SEGUNDO.- Imponer al Grupo SOS CUETARA una multa de dos millones de euros (2.000.000 euros), a CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. una multa de 112.750 euros, a CAPRABO S.A. una multa de 214.000 euros, a ALCAMPO S.A. una multa de 145.500 euros, a EROSMER IBERICA S.A. una multa de 317.200 euros, a MERCADONA S.A. una multa de 413.800 euros, a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA) una multa de 338.250 euros, a GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. una multa de 85.900 euros y a EL CORTE INGLES S.A. una multa de 147.200 euros.

TERCERO.- Intimar a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas.

CUARTO.- Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa de EUROS SEISCIENTOS (€ 600), por cada día de retraso.

QUINTO.- Los sancionados, justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución."

2. Primer motivo del recurso es la alegada caducidad del procedimiento sancionador. Sostiene, en efecto, la parte actora que el expediente fue incoado el día 16 de junio de 2005, en relación con la existencia de posibles acuerdos para fijar los precios mínimos de venta al público de las marcas de aceite Carbonell 0,4 y Koipesol; y a punto de cumplirse el décimo mes de instrucción, se dictó providencia, por el Servicio de Defensa de la Competencia, requiriendo a las compañías distribuidoras y minoristas interesadas determinadas informaciones y documentación. Entiende la recurrente que el requerimiento de información no es causa de suspensión del plazo en los procedimientos sancionadores de la Ley de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, no debe ser tomado en cuenta para el cómputo del plazo de 12 meses que tiene el Servicio para la tramitación del expediente.

En síntesis, se afirma por la recurrente que se acordó la suspensión del plazo máximo legal de instrucción del expediente con la finalidad de realizar lo que no eran sino verdaderas actuaciones de instrucción.

Pues bien, la Sala ya ha tenido ocasión de examinar este motivo también invocado por otros recurrentes frente a idéntica resolución y en relación al mismo expediente sancionador.

Así en nuestra SAN de 3 de junio de 2009 rechazábamos tal alegación diciendo al respecto:

"TERCERO.- Se alega en primer lugar la caducidad del expediente administrativo porque la suspensión del procedimiento fue ilegal y no debe tenerse en cuenta; porque la suspensión de diez días causada por el requerimiento de información del SDC era jurídicamente ineficaz al entender la actora que la suspensión prevista en el

art. 42.5.a) de la ley 30/1992 no es aplicable a los procedimientos administrativos incoados de oficio y si a los iniciados por instancia de la parte interesada.

El tenor literal del precepto citado es el siguiente:

"Artículo 42 . Obligación de resolver.

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

- a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.
- b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

4. Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

- a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y

la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley .

b. Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e. Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley , desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados."

Del propio tenor del precepto resulta que no solo no se efectúa la excepción que alega la actora sino que el mismo comienza señalando expresamente a TODOS los procedimientos: "1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación."

Antes de continuar con el análisis de esta cuestión es preciso recordar que si bien la ley 16/89 de aplicación a este procedimiento administrativo, establece en su artículo 50 la supletoriedad de la ley 30/1992, en este mismo precepto se establece que "Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la ley 30/92 " y en la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 56 regula los plazos máximos del procedimiento:

"1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio.

Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia devuelva un expediente por estimación de un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento o para la práctica de las diligencias previstas en el artículo 39 de esta Ley, el Servicio de Defensa de la Competencia dispondrá de un plazo máximo de seis meses, a contar desde la notificación de la Resolución del Tribunal, para practicar la instrucción complementaria que resulte necesaria para completar el esclarecimiento de los hechos y determinar responsabilidades.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la suspensión, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados.

Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También en este caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento."

Igualmente sostiene que el expediente caducó el día 16 de junio porque la suspensión fue indebida por no ser imputable al interesado, al amparo de lo dispuesto en el art. 44 de la ley 30/92 en relación con el art. 42.5 de la misma ley. La diligencia que se encuentra en la base de su alegación es la llevada a cabo por el SDC suspendiendo las actuaciones entre el día 11 y el día 25 de abril de 2005 es decir, 14 días naturales.

La actora sostiene que:

- A) La suspensión fue indebida por no ser imputable al interesado.
- B) La información requerida no era necesaria.

C) De ser legal, la suspensión no impide la caducidad del expediente, que tuvo lugar el día 28 de junio.

D) Tuvo lugar la caducidad por falta de notificación en el plazo máximo.

En cuanto a la necesidad de que la suspensión sea imputable al interesado, el artículo 56 en el párrafo 1 establece que "Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común." Y a su vez este precepto contempla la circunstancia de que "5 . El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley ."

Es decir, la norma de aplicación no contempla, como sostiene la actora, la necesidad de que la suspensión sea imputable al interesado, sino que ha previsto la necesidad de requerir al interesado para que subsane deficiencias, aporte documentos y otros elementos de juicio necesarios.

La actora sostiene que la expresión "necesarios" debe interpretarse como "indispensables", razonamiento que no puede ser compartido por esta Sala, en primer lugar porque la norma habría utilizado tal expresión y no la que emplea de considerar que únicamente lo imprescindible justifica la suspensión del plazo máximo legal, y en segundo lugar porque vista la información requerida, esta Sala considera que era necesaria para la instrucción del procedimiento y que la ampliación del plazo, dadas las dimensiones de la misma estaba plenamente justificada.

En línea con la jurisprudencia que ha examinado esta cuestión extensamente en materia de actuaciones de comprobación de la Administración tributaria, la Sala no ha apreciado que la diligencia en cuestión tenga, como alega la interesada, características de "diligencia argucia" ni que se trate de un acto de instrucción desmedido, apreciándose una contradicción en la argumentación de la actora, que en primer lugar considera que la información requerida era artificiosa, y en segundo lugar que era equivalente a lo que hubiera debido ser la totalidad de la instrucción ("practicó un acto de instrucción desmedido, solicitando a SOS CUETARA y los demás imputados de manera totalmente desproporcionada que realicen, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, la totalidad de la instrucción que el propio Servicio había tenido ocasión de llevar.").

La propia actora presentó una solicitud de prórroga del plazo concedido para aportar la información requerida, ampliación que le fue denegada.

A continuación, en línea con lo sostenido en el voto particular formulado por uno de los vocales a la resolución impugnada, la interesada sostiene que el plazo de tramitación del expediente ante el SDC, una vez computados los días de la suspensión, terminaba el día 28 de junio, y por lo tanto la resolución dictada el 30 de junio lo fue una vez

caducado el expediente.

En efecto, la discusión se centra en el hecho de que los días que se concedieron a la interesada para aportar documentación fueron hábiles, pero los días que se computan para la totalidad del cómputo de duración del procedimiento son días naturales. La primera cuestión es evidente: el cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento es de fecha a fecha. La segunda cuestión, relativa a como sumar a la fecha final los días en que el procedimiento ha quedado suspendido, debe llevarse a cabo una vez más con base en lo dispuesto en el art. 42 pfo. 5 letra a) de la ley 30/92 :

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley .

Es decir: se computan los días transcurridos entre el requerimiento y el cumplimiento, salvo que no se cumpliera, en cuyo caso se computaran el transcurso del plazo concedido. La providencia en la que tanto el voto particular como las alegaciones del demandante, en línea con aquel, basan sus conclusiones, claramente establece que "habiéndose recibido toda la información en diferentes fechas, se levanta la suspensión decretada en la providencia precitada desde el día 25 de abril del 2006" y resulta evidente en consecuencia que entre la fecha en que se decretó la suspensión y la fecha en que se levanta la suspensión por haberse recibido la totalidad de la documentación reclamada han transcurrido catorce días, habiéndose recibido el expediente en el TDC el último día del plazo.

Para valorar el contenido de la providencia, es fundamental tener en cuenta que el procedimiento sancionador no se dirigía únicamente contra la empresa hoy actora, sino contra otros once interesados, y el requerimiento de información no le afectaba únicamente a la actora. A tales efectos es esclarecedor el texto de la providencia dictada el día 10 de abril de 2006 que suspende el plazo máximo legal por "el tiempo que medie entre la notificación de este requerimiento y su efectivo cumplimiento por parte de todos y cada uno de los requeridos".

Por otra parte, si el artículo 56 de la LDC establece un plazo por meses, (El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses) y para computar los meses deben tenerse en cuenta todos los días del mes, sean o no hábiles, no puede admitirse la convivencia de dos formulas de computo, una por días naturales y otra por días hábiles, debiendo interpretarse la suspensión prevista en el artículo 42 citado de forma coherente con el resto de la regulación tanto de la ley 30/92 como, principalmente, de la Ley de Defensa de la Competencia.

Finalmente, la actora sostiene que el plazo no debe computarse en relación con el día en que se remite el informe -propuesta, sino en el día en que se notifica a la interesada la remisión del mismo."

La lectura del artículo 56.1 de la ley 16/89 no deja lugar a dudas y no permite la interpretación que la interesada sostiene: "1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el

Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio." La norma dice en efecto que hay dos posibilidades: que el procedimiento termine con la remisión del expediente, en cuyo caso el día final del plazo es el de la "remisión del expediente" al TDC o que termine de cualquier otra manera en cuyo caso finaliza el día en que tenga lugar "la notificación del acuerdo que ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio".

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del motivo de recurso fundamentado en la caducidad del expediente administrativo."

Estos razonamientos son igualmente aplicables al caso pues las alegaciones en pos de la caducidad se han venido repitiendo por todas las empresas sancionadas en sus respectivos recursos ante la Sala.

3. También se alega que los hechos constitutivos de la infracción imputada y sancionada no han sido probados suficientemente. Se dice en la demanda que la uniformidad del precio en los supermercados no constituye prueba de existencia de un acuerdo de fijación de precios, ya que ello puede surgir de la interacción competitiva entre los minoristas y suponer el resultado de la mera competencia horizontal, sin que ello se deba a ninguna forma de restricción vertical de precios.

Pero tal afirmación ya fue también desechada por la Sala en las sentencias dictadas en los recursos interpuestos por SOS, Cuetara, S.A. y en otras empresas sancionadas que articulaban dicha argumentación en análogos términos.

"CUARTO-. Se alega en segundo lugar la indefensión por la denegación de la práctica de la prueba. El motivo se articula en idénticos términos a los suscitado en el recurso 8/2007 por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, que fue resuelto por sentencia desestimatoria de fecha dieciséis de enero de dos mil ocho dictada por esta misma Sala y Sección .

En aquella sentencia se razonó como sigue:

"El examen de los motivos de impugnación alegados requiere en primer lugar recordar cual es la jurisprudencia en materia de denegación de pruebas y que circunstancias deben valorarse para que tal denegación cause, como alega la recurrente, indefensión.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han señalado que para que tal denegación alcance la dimensión que la parte recurrente sostiene ha tenido, su indefensión, y con ella la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado por violación de su derecho fundamental de defensa, debe traducirse en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar en el procedimiento administrativo sancionador los propios derechos o intereses, de oponerse y replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio indispensable del derecho de contradicción o de acreditar en el proceso hechos relevantes para su resolución o sentido de la decisión (STC 51/1985, STS 29-VI-1999).

Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente o lo que es lo mismo que "sea decisiva en términos de defensa "(STC 1/1996, 219/I.998, 101/I.999). El Alto

Tribunal ha señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987 y 131/1995) y, de otra, "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia" (SSTC 116/1983, 147/1987, 50/1988), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, 1/1996, 170/1998 y otras).

Pues bien, en el caso presente no concurren las notas requeridas para que pueda y deba apreciarse la vulneración del derecho fundamental que se invoca: el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el pliego de cargos. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado.

A juicio de esta Sala en el fundamento jurídico segundo del Acuerdo del TDC impugnado se razona como se han valorado las alegaciones de la recurrente respecto a las declaraciones del presidente de la empresa, y en el conjunto de los restantes razonamientos jurídicos de dicho acto administrativo aparecen diversas referencias a las encuestas de la OCU y a las relaciones con el Grupo Carrefour. Y tales razonamientos permiten comprobar que dichas "pruebas" han sido contestadas por la hoy actora en el seno del expediente administrativo, y que no son las únicas pruebas que han sustentado la resolución sancionadora."

El motivo se articula doblemente: en primer lugar, reproduciendo las alegaciones ya formuladas entonces, que deben ser desestimadas en los términos utilizados en la sentencia, y en segundo lugar, como una crítica de dicha sentencia, "indebida desestimación del recurso por infracción de derechos fundamentales".

La posible utilización de estas dos vías de recurso, no permite transformar esta instancia en una vía de impugnación de la sentencia, que tiene los trámites establecidos en la ley. En consecuencia, resulta improcedente a juicio de esta Sala que la misma reexamine su sentencia en este recurso contencioso-administrativo, bien para llegar como pretende la actora a una conclusión distinta, bien para repetir una vez más los argumentos que ya llevaron a fundamentar la desestimación del recurso, máxime cuando se plantea una vez más como vulneración del derecho fundamental protegido por el artículo 24.2 de la Constitución Española."

4. La demandante insiste en que su situación era particular, sucediendo que si bien el

Grupo SOS Cuétara promovió los acuerdos y consiguió alcanzarlos con alguna de las cadenas, desde luego no lo consiguió con ALCAMPO. Ello no obstante reconoce que vendió los productos en cuestión al precio modal.

La actora dice que se ha vulnerado la presunción de inocencia, que no hay pruebas directas concluyentes, la inconsistencia de los indicios y la existencia de una explicación alternativa.

Pues bien, en lo atinente al fondo, la cuestión radica en la valoración de la prueba en la que se sostienen por el TDC la existencia de una concertación respecto a fijación de precios mínimos. En este punto hemos de volver a recordar el examen que de la prueba que nos ocupa se realiza en la sentencia antes citada - los hechos imputados en el presente recurso son idénticos a los examinados en los recursos 259 y 289/2007-:

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de enero de 1.999 actuando como Sala de Instancia en el recurso contencioso administrativo 263/1.995, citada en otras posteriores como la de 31 de marzo de 2005, ha razonado como sigue:

"De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso 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 proceso 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.

En nuestro caso, hemos de señalar que existe el dato de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aún en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes.

Alega el recurrente que la coincidencia obedece al previo conocimiento que los oferentes tenían de los precios máximos por dosis y el número de éstas, lo que determinó, mediante una sencilla división, obtener el importe. Tal argumento no puede acogerse porque, como señala el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia "el precio máximo por dosis a pagar sólo aparece en uno de los concursos... En todos los

demás, figuran únicamente las sumas presupuestadas para la adquisición de la vacunas para las que se convoca el concurso". En cualquier caso, aun admitiendo el conocimiento de ambos elementos de la operación, las ofertas no tenían por qué ser idénticas, ya que al ser precios máximos cabía rebajar su importe, siendo ilógico que - sin previo acuerdo- todos los concursantes o bien no hiciesen bajas o que éstas fuesen absolutamente iguales. La misma actora reconoce la existencia de "unos márgenes mínimos que resultaban muy inferiores a los del mercado libre", con lo que se está admitiendo la posible oscilación del precio dentro de ese margen, oscilación que resulta incompatible con la total y absoluta identidad de los ofrecidos.

Existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado - identidad de precios- y la consecuencia - convenio entre los laboratorios- que permite concluir, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, que no se ha producido la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo."

La argumentación la resume la propia actora en la página 75 del escrito de demanda en los siguientes términos:

No se cumplen los requisitos de la prueba de indicios porque no se han demostrado plenamente los hechos de base o indicios, ni la relación causal entre los indicios y las presunciones está suficientemente razonada, y porque existen otras razones para explicar los indicios que no han sido analizadas ni se han explicado las causas de su rechazo.

La lectura de la resolución impugnada permite comprobar que en la página 8 de la misma se fundamenta como base de la imputación a la hoy actora las declaraciones de su Presidente en el periódico "El País" el día 19 de mayo de 2002, según las cuales, "la empresa ha fijado un precio de venta único en toda España para sus aceites, rechazando el suministro de sus productos a quienes no cumplan sus exigencias... el grupo Koipe ha decidido que su aceite de oliva Carbonell 0,4º se venda en toda España a 2,70 euros litro, (450 pesetas).

La Administración autora del acto ha negado la declaración testifical del periodista, y el TDC razona que debe tenerse por cierta porque el supuesto declarante ni puntualizó ni rectificó en su día el contenido del artículo ni se niega su autenticidad. La propia resolución reconoce que se alegó por la recurrente que no se habían interpretado correctamente las declaraciones y que la coincidencia entre los precios minoristas y el artículo periodístico acredita que las informaciones no podían sino proceder de la propia empresa.

Si bien esta Sala estima que el derecho de SOS CUETARA a utilizar determinados medios de prueba esenciales para su defensa no ha sido vulnerado, al tiempo considera que si debe prosperar su alegación de que tratándose por la resolución impugnada esta declaración periodística como prueba de cargo, debió darse a la interesada la oportunidad de practicar prueba de descargo, a fin de que se acreditase o bien que efectivamente declaró tales aseveraciones o que por el contrario las conclusiones fueron resultado de la propia elaboración del entrevistador.

En estas circunstancias, tal declaración no puede constituir la prueba de cargo sobre la que se sustente la conclusión alcanzada por la resolución del TDC máxime teniendo en

cuenta las fechas en que se publicaron y la fecha en que se desarrolla la instrucción de este expediente.

Así deben interpretarse las restantes pruebas practicadas en el expediente con abstracción de dicha noticia periodística.

Distinta consecuencia debe extraerse en relación con las encuestas regularmente practicadas por la OCU. El hecho de que no se encuentren unidas físicamente no permite dudar de su existencia, y si bien la OCU aporta un resultado de las mismas, se han realizado comprobaciones por los órganos encargados de la instrucción del expediente dirigidas a completar tales informaciones.

5. Retomando la valoración de los indicios llevada a cabo por la Administración, el hecho esencial sobre el que descansa toda la argumentación que lleva a la condena de la hoy actora es el siguiente:

"En la práctica totalidad de los establecimientos de las ocho empresas distribuidoras imputadas, el precio de venta al público del aceite Carbonell 0,4 no fue inferior a 2,69 euros por litro, y el de Koipesol no fue inferior a 1,19 euros por litro, siendo ambos precios mínimos los efectivamente aplicados en la mayor parte de los establecimientos de casi la totalidad de las imputadas".

Este hecho se ha probado porque se han probado los datos sobre los que se sustenta:

-. Desde agosto de 2002 desaparecen del mercado los precios inferiores a los precios modales.

-. SOS CUETARA remite un fax a Carrefour en junio de 2003 proponiendo una subida de los precios de cesión superior al 25% (folio 6768).

-. La actora según las codemandadas, específicamente, la codemandada Carrefour, no solo fijó los precios sino que adoptó medidas relacionadas con el suministro de sus productos relacionadas con la referida política de fijación de precios.

La actora se ampara en el informe pericial practicado en el expediente, según el cual la coincidencia en los precios sería la consecuencia no del acuerdo sobre precios, ni de la imposición del fabricante de tales precios, sino del propio juego del mercado: "la interacción competitiva entre supermercados puede llevar a una uniformidad en los precios de venta al público en el caso de productos de marca clave, aunque los minoristas soporten costes diferentes". En este litigio, se ha acreditado en el expediente que la compañía ahora recurrente decidió una subida de precios considerable, que se mantuvo durante un tiempo relevante, y dicha subida fue la misma para un conjunto importante de establecimientos distribuidores, y esa uniformidad se alcanzó únicamente en un sentido, subida y nunca venta por debajo de un precio determinado en consonancia con las indicaciones efectuadas por la hoy actora a dichos distribuidores. Es relevante e inexplicado por los distintos documentos obrantes en el expediente y por el citado informe pericial que tal subida de precios, y el mantenimiento en un precio determinado, tuviera lugar para las dos marcas de aceite, Carbonell 0,4 y Koipesol que eran las marcas líderes del Grupo SOS CUETARA y que tal comportamiento de los precios tuviera lugar inmediatamente después de la reestructuración empresarial sufrida por el grupo aceitero Koipe y no antes. Esta Sala considera que, en contra de lo razonado por la recurrente, lo relevante no es la convergencia de precios, que según sostiene sería (siempre según la tesis actora) lo

habitual en el mercado para las marcas estrella, sino el mantenimiento de un precio mínimo que era muy elevado durante un determinado periodo de tiempo, y como punto de partida, una elevación fija del precio de cesión superior en el 25% al precio modal. El informe pericial que sustenta la pretensión actora podría justificar la venta a precios parecidos de productos estrella en todos los distribuidores más importantes, pero no justifica lo que sanciona el TDC, el precio mínimo de venta para dos concretas marcas: como resume el acto administrativo impugnado debe concluirse que la actora llevó a cabo una estrategia de fijación de precios mínimos, adoptando todas las medidas necesarias para la aceptación de tales precios por los distribuidores, con el correlativo beneficio mutuo, para la actora el mantenimiento de unos precios estables y para los distribuidores, la desaparición de un elemento de competencia en el sector, flexibilizando sus márgenes en los aceites de marca blanca, que precisamente por no ostentar las marcas Carbonell y Koipe pueden venderse a precios inferiores.

La actora sostiene que al igual que hizo el Servicio de Defensa de la Competencia en otro expediente (en el que consideró que había tenido lugar la confluencia natural de precios en el Mercado por alineación inteligente), debió archivar la denuncia.

La lectura del texto que la propia actora reproduce en la página 54 del escrito de demanda revela que en aquel caso se trataba de un supuesto de líder barométrico o al menos, la Administración declara que "no existen elementos suficientes para eliminar la teoría del liderazgo", y especialmente según resulta del referido texto en ese supuesto el paralelismo de precios no quedó demostrado que fuera consecuencia de un acuerdo entre los competidores. En el supuesto de autos, por el contrario quedó demostrado, con fundamento en indicios probados, que la actora decidió una subida del precio de sus dos marcas de aceite más punteras elevación que fue determinada por la ahora actora."

Pues bien, lo declarado anteriormente recoge la doctrina que esta Sección ha venido manteniendo en orden a la valoración de la prueba en casos de conductas conscientemente paralelas y, concretamente, uniformidad de precios. En nuestra sentencia de 31 de octubre de 2008, dictada en el recurso 469/2006 , afirmábamos:

"...En el presente caso existió transferencia de información, y ello es algo plenamente probado y aceptado por la actora, y se aplicaron idénticos cargos en diferentes agencias de viajes por la emisión de billetes. Esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado. Pues bien, probado que la actora conocía las circunstancias de los cargos que se aplicaría, y que los cargos son idénticos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela - que para aplicar el tipo infractor es igual -, y ello no supone una prueba de indicios, como parece entender la recurrente, sino una prueba plena. Es indiferente que las entidades integradas en la recurrente no aplicasen los cargos directamente, pues la imputación se basa en un acuerdo expreso o tácito en el que tomo parte a través de las actuaciones de CAAVE a quien había transferido la toma de decisiones en esta materia y llevó a la aplicación de idénticas tarifas por las Agencias.

No existe pues una vulneración de la presunción de inocencia, tampoco falta de prueba, lo que ocurre es que la recurrente no comparte las conclusiones extraídas de la prueba practicada. Pero ocurre, que la única forma de explicar la identidad en los precios, partiendo de la idea de que las compañías afectadas conocían la estrategia de las demás en la materia, es que conscientemente se fijaron precios idénticos. Para lo cual no es necesaria una presión o compulsión, ni un acuerdo expreso. Basta con que

se actúe de forma igual a un competidor conociendo su estrategia en materia de precios, para que ello suponga la infracción del artículo 1 ..."

Por más que la actora afirme que en los precios por ella determinados se distinguían diversos grupos, y que los precios, en lo que a ella se refiere venían determinados en función de los costes, lo cierto es que tampoco en su caso se bajó del precio mínimo antes señalado, y ello no responde a razones de mercado, pues, con anterioridad al 2002, la diversidad de precios era muy intensa, diversidad que desapareció con posterioridad a esa fecha.

En cuanto a la proporcionalidad de la sanción la Sala aprecia que en el fundamento jurídico séptimo de la resolución impugnada aparece descrita la base fáctica sobre la que se ha calculado el importe de la multa, que la actora no ha impugnado. En segundo lugar, no cabe duda de que en España el aceite es un producto de consumo de primera necesidad, que la dimensión del mercado afectado es el territorio nacional, la duración es larga, y la cuota de mercado de las empresas imputadas alta, fijada por el TDC para la recurrente es del 5% y no discutida en autos.

Se ha repartido la cuantía correspondiente a la multa impuesta a Sos Cuetara, entre las restantes implicadas, atendiendo a su tamaño medido en metros cuadrados.

Con este fundamento no se aprecia falta de proporcionalidad en el importe de la multa que, por lo demás, no se ha planteado en el presente recurso.

6. No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad EROSMER IBERICA, S.A., contra Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de junio de 2007 a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.