

Id. Cendoj: 28079230062013100369
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 28/06/2013
Nº de Recurso: 221/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Prácticas restrictivas de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 221/2010 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad **THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.**, contra Resolución de fecha 21 de enero de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **prácticas restrictivas de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo **codemandados** HENKEL IBÉRICA, S.A. Y HENKEL AG & CO, entidades representadas por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 26 de marzo de 2010, este recurso; 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 que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, unirlo a los autos de su razón y, en su virtud, y previos los trámites legales oportunos, tenga por debidamente formulada la **DEMANDA** en el presente recurso y, en virtud de las manifestaciones en ella efectuadas, en el momento procesal oportuno **acuerde: (i)** anular la decisión adoptada respecto de COLOMER en el Resuelve Sexto de la Resolución impugnada, al resultar contraria a Derecho, **(ii)** declarar que no habría

quedado acreditado que COLOMER participara en las conductas prohibidas objeto del expediente sancionador y la procedencia del archivo de las actuaciones dirigidas contra ella; y **(iii)** la imposición en costas, en su caso, a la Administración demandada."

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: "*sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente*".

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 19 de noviembre de 2012 se dió traslado a la Procuradora María José Bueno Ramírez, en representación de la entidades HENKEL IBÉRICA, S.A. Y HENKEL AG & CO, lo que hizo en tiempo y forma; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito, y, en sus méritos, tenga por contestada la demanda en el presente procedimiento como parte codemanda, y en su día, y previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que desestime el presente recurso contencioso-administrativo."

4. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, las partes presentaron escritos de conclusiones, en los que se reiteraron en sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente mediante providencia de fecha 18 de abril de 2013, se señaló para votación y fallo el día 25 de junio de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. 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 JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 21 de enero de 2010, recaída en el expediente sancionador S/0084/08, "*Fabricantes de Gel*" , por la que se declara que determinadas empresas son responsables de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Competencia al haber participado en un cártel con el objeto de llevar a cabo una nueva política comercial común, basada en reducir el tamaño de los envases de geles de ducha y baño de 750 ml a un nuevo formato de 650 ml, sin reducir el precio del formato.

Ahora bien, en el caso concreto de la recurrente, la CNC sin imponer sanción alguna, acuerda en su dispositivo "*Sexto*" :

"Interesa de la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra COLOMER por la existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la LDC descritos en el Fundamento de Derecho Undécimo de la presente Resolución".

Así el recurso se dirige exclusivamente contra la decisión adoptada por el Consejo de la CNC que acabamos de transcribir.

2. Constituye un antecedente de esta sentencia la dictada por esta misma Sala y Sección con fecha 2 de abril de 2013 (recurso nº 381/2011) en la que anulamos la

decisión tomada por la propia CNC de sancionar a la hoy actora como consecuencia de la incoación del expediente a que se refiere la presente resolución impugnada.

La Sala ha entendido en dicha sentencia, en relación con la conducta de la actora, que no existía prueba de cargo suficiente que hubiese acreditado la participación de la hoy actora en el cártel desde el 1 de diciembre de 2005, fecha de la primera reunión, hasta el 8 de febrero de 2006.

En efecto, el Consejo de la CNC ha sancionado a la actora por considerar que habría quedado acreditado que participó, el día **1 de diciembre de 2005**, en la creación de un cartél junto con diversos competidores y que no se separó de él hasta, al menos, el día **8 de febrero de 2006**.

Sin embargo, de los hechos considerados probados por la propia resolución impugnada no se deduce, a juicio de la Sala, evidencia alguna de que en la reunión que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2005 la hoy actora alcanzase acuerdo alguno con sus competidores para la reducción de formatos o el mantenimiento de precios. Así fue apreciado ya por la Dirección de Investigación en su Propuesta de Resolución en el expediente S/0084/08 *FABRICANTES DE GEL*, propuesta en la que ya se tuvo en cuenta para exculpar a COLOMER la manifestación de ésta expresamente de su oposición a participar en acuerdo o práctica alguna de esa naturaleza, así como el hecho de no llevar a cabo ninguna reducción del formato de 750 ml. de los envases de geles; y que tampoco modificase los precios de dichos formatos de geles de baño y ducha.

Así las cosas, lo cierto es que el Consejo de la CNC en la resolución que puso fin a dicho expediente S/0084/08, ordenó incoar el expediente **S/0224/10 COLOMER** que no obstante tener por objeto los mismos hechos que aquél otro expediente, terminó mediante la resolución objeto de la actual impugnación y, al igual que en el anterior expediente, la Dirección de Investigación llegó a la misma conclusión de que no existían elementos de juicio que acreditaran que COLOMER hubiera incurrido en infracción alguna.

Al respecto resultan significativas las concluyentes afirmaciones de la Dirección de Investigación (folio 514 del Tomo II del expediente) cuando afirma que *"Ésta DI no considera equiparable la conducta de COLOMER a las de las demás empresas participantes en el cartel, una vez manifestada de forma pública y expresa su decisión de no formar parte del cartel .."* considerando, además, que la hoy actora *"no pudo conocer el seguimiento de dicho cartel y el comportamiento individualizado de las empresas participantes"*; considerando, además, que en ningún caso COLOMER modificó su estrategia comercial.

Consecuentemente la propuesta de resolución del expediente sancionador que nos ocupa fue elevada por la DI al Consejo de la CNC en los siguientes términos: *"Se proceda al archivo de las actuaciones contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., **al no haberse podido acreditar su participación en el cártel**"*.

En fase de recalificación (artículo 51.4 de la LDC) el Consejo de la CNC resolvió, no obstante, modificar la calificación jurídica que la Dirección de Investigación hizo en su propuesta, recabando un nuevo informe de la propia DI sobre los hechos en cuestión y en el cual la DI volvió a reiterar las conclusiones alcanzadas respecto a la inexistencia de infracción de las normas de competencia por parte de la hoy recurrente.

Con arreglo a la Disposición Adicional 4ª, párrafo segundo, de la vigente Ley de Defensa de la Competencia , *"A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones"* . Resulta, así, esencial al concepto de cártel el elemento de consenso o concertación de voluntades exteriorizada, además, en un pacto del que en el presente caso no existe la debida constancia por lo que se refiere a la recurrente. Esta es la conclusión a la que también ha llegado la Sala una vez valorada toda la documentación y material probatorio ofrecido por la CNC, algo que, por lo demás, y como ya hemos visto, sirvió ya de base a la Dirección de Investigación para, hasta en tres ocasiones, considerar que COLOMER no había cometido la infracción que se le imputa.

3. Pues bien al objeto de contextualizar correctamente el presente recurso hemos de hacer referencia a las discrepancias en el seno del propio Organismo regulador del Consejo de la CNC con la calificación jurídica de la Dirección de Investigación respecto de la hoy recurrente quién, en síntesis, entiende que la decisión adoptada por el Consejo de la CNC, dictada el día 21 de enero de 2010, es decir, el mismo día en que finalizaba el plazo de dieciocho meses, incluida la suspensión acordada por el Consejo, para resolver el expediente sancionador no se ajusta a la legalidad, tratándose de una decisión *sui generis* , puesto que no aparece contemplada en el artículo 53 de la Ley de la Defensa de la Competencia .

Entiende la actora que la CNC decide, sin base legal, posponer la adopción de una decisión definitiva respecto de la hoy actora, decisión definitiva que, y como hemos anticipado, ha sido considerada ya por esta Sala no conforme a Derecho y, en consecuencia anulada mediante la SAN del pasado 2 de abril dictada en aquel otro recurso (nº 381/2011).

4. Pues bien, la fase de resolución de los procedimientos sancionadores en materia de Defensa de la Competencia finaliza mediante su resolución por el Consejo de la CNC que debe contener alguno de los pronunciamientos recogidos en el artículo 53 de la LDC , debiendo ser adoptada la decisión que corresponde a través del procedimiento y en el plazo legalmente establecido como corresponde a las Administraciones Públicas (artículo 42, en relación con el artículo 138, de la LRJPH), con carácter general, y, especialmente en el ámbito de la Defensa de la Competencia, con arreglo a los artículos 34 y 36 de la LDC .

Sentado ello, y a la vista de lo acontecido en el expediente de actual referencia, la Sala debe también estimar el presente recurso ante la decisión adoptada por el Consejo y actualmente objeto de recurso, pues dicha decisión no resulta, en efecto, conforme con la exigencias del principio de legalidad y vinculación positiva a las que se encuentra sometida la Administración Pública, en general y, en concreto la CNC: resulta inadmisibles la pretensión del Consejo de eludir la aplicación de las reglas imperativas de la caducidad de los procedimientos sancionadores, como con toda razón denuncia la parte actora, máxime cuando el Consejo de la CNC no sólo no ocultó este propósito, sino que lo reconoció expresamente en el Fundamento Jurídico Undécimo de la propia resolución impugnada al sostener que *"...la cercanía del plazo de caducidad de dieciocho meses para instruir y resolver establecida por el artículo 37.1 de la LDC , exige optar por otra solución"* .

En este sentido esta misma Sala y Sección ha considerado actuaciones o prácticas de las Administraciones Públicas contrarias a Derecho cuando tratando de ampararse en

mecanismos legales, persigan eludir o defraudar la aplicación del instituto de la caducidad de los procedimientos sancionadores. Así podemos citar la SAN de 17 de octubre de 2007 .

En suma, no resulta lícito posponer la resolución del asunto en relación precisamente con la hoy recurrente y remitirla al nuevo expediente sancionador cuya incoación se ordena en la resolución impugnada sin vulnerar el principio de legalidad de la actuación de la Administración Pública y de seguridad jurídica consagrados en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución .

5. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución administrativa impugnada por su disconformidad a Derecho.

No obstante, y como se desprende de lo dicho hasta aquí no ha lugar al resto de las peticiones que se contiene en el suplico de la demanda, que, por lo demás, fueron objeto de examen en aquel otro recurso terminado mediante la antecitada sentencia de esta misma Sala y Sección también de contenido estimatorio.

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.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 21 de enero de 2010, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, con sus inherentes consecuencias legales.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN 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.