



Roj: **SAN 4900/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4900**

Id Cendoj: **28079230062021100502**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/11/2021**

Nº de Recurso: **275/2016**

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: 0000275 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3086/2016

Demandante: ALMENDRA Y MIEL S.A

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

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^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 275/16 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "**ALMENDRA Y MIEL S.A**" contra la resolución de 7 de abril de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 271.893 €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que:

" se estime el presente recurso con condena en costas de la parte demandada y, en consecuencia: Declare no ser conforme a Derecho la Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 7 de abril de 2016, y consecuentemente anule la imposición de la multa sancionadora; o con carácter subsidiario, reduzca su importe, pues ésta no habría sido, en ningún caso, debidamente valorada."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 28 de noviembre de 2016, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 271.893 euros, y sin necesidad de abrir el periodo probatorio se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y los aportados por la recurrente en su escrito de demanda y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 23 de julio de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 29 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 7 de abril de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 271.893 €. euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, " era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...).

6. ALMENDRA Y MIEL, S.A., por su participación en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013.

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

6. ALMENDRA Y MIEL, S.A., una multa de 271.893 euros.

SEXTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Tras la presentación de una denuncia anónima el 17 de septiembre de 2012, que fue ampliada el 23 de octubre de 2014, se puso en conocimiento de la Dirección de Investigación de la extinta CNC la realización de posibles prácticas anticompetitivas por fabricantes de turrón para repartirse el mercado de las marcas de distribución, asignándose los grandes clientes, para proveer de turrónes en sus variedades duro (Alicante), blando (Jijona), yema tostada, tortas y otros turrónes de obrador.

2. La Dirección de investigación inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador y, con fecha 5 y 6 de noviembre



de 2013, realizó inspecciones en las sedes de ALMENDRA Y MIEL, S.A. (ALMEDRA Y MIEL), DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. (DELAVIUDA), ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A. (ENRIQUE GARRIGÓS), SANCHÍS MIRA, S.A., (SANCHÍS MIRA) y TURRONES PICÓ, S.A. (PICÓ).

3. El 18 de diciembre de 2013, la Dirección de Competencia requirió información a AUCHAN ESPAÑA, S.A. (ALCAMPO), CARREFOUR, S.A. (CARREFOUR), DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIA), EL CORTE INGLÉS, S.A., (EL CORTE INGLÉS) y MERCADONA, S.A. (MERCADONA), relativa a los turronec fabricados para su empresa o grupo de empresas bajo su marca o marcas de distribuidor (marca blanca) desde 2006 a 2013.

4. La DC requirió información a DELAVIUDA, ALMENDRA Y MIEL, PICÓ, TURRONES JOSÉ GARRIGÓS (JOSÉ GARRIGÓS), ENRIQUE GARRIGÓS, TURRONES EL ROMERO, S.A. (ROMERO) y SANCHÍS MIRA, (relativa a la estructura de propiedad y control de sus empresas, sobre el mercado en el que la empresa desarrolló su actividad y a los turronec fabricados por la empresa bajo marca de distribuidor de otras empresas (marca blanca) para el período 2006 a 2013.

5. Recibidas las contestaciones de las empresas requeridas e incorporada al expediente la información recababa en las inspecciones realizadas, el 6 de octubre de 2014 la Dirección de Competencia, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 FABRICANTES DE TURRON, contra ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS, JOSÉ GARRIGÓS, SANCHÍS MIRA y PICÓ, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en la fijación de precios, de forma directa o indirecta, o de otras condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español del suministro de turronec de marca de distribución (marca blanca) por parte de los fabricantes de dichos productos.

6. Con fecha 23 de octubre de 2014, el denunciante anónimo volvió a enviar a la Dirección de Competencia nuevo escrito reiterando los hechos denunciados en 2012.

7. Tras la notificación el 3 de julio de 2015 del Pliego de Concreción de Hechos, y formuladas alegaciones por las empresas imputadas, se notificó con fecha de 3 de noviembre de 2015 la propuesta de Resolución.

8. El 1 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

9. Con fecha 18 de febrero de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas, o la mejor estimación disponible.

10. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de abril de 2016.

Además, en la resolución recurrida se hace constar que el 9 de septiembre de 2014 dictó sentencia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, estimando el recurso de apelación interpuesto por la CNMC frente al auto de 31 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Alicante, denegatorio de la solicitud de autorización de entrada en la sede de ALMENDRA Y MIEL. El Tribunal Superior de Justicia consideró justificada la necesidad de entrada, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Investigación del Director de Competencia.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, ALMENDRA Y MIEL, S.A, del siguiente modo:

Su objeto social es la fabricación y comercialización en los mercados interior y exterior de turronec, chocolates, productos de confitería y actividades derivadas y complementarias a las anteriores, con su marca propia, marcas licenciadas, siendo las principales "El Lobo", "1880" y "Claire de Lune"¹ y marcas de distribución, marcas blancas, suministrando principalmente a EL CORTE INGLÉS y ALCAMPO.

Con sede en Jijona, Alicante, pertenece al 79% al grupo empresarial CONFECTIONARY HOLDING, S.L.2. Contaba desde 2011 con un acuerdo o alianza estratégica con PRODUCTOS J. JIMÉNEZ, S.L., ubicada en Alcaudete (Jaén), y propietaria, entre otras de las marcas "Doña Jimena" e "Imperial Toledana", a fin de gestionar los procesos del negocio de los productos y marcas de la compañía, siendo finalmente adquirida PRODUCTOS J. JIMÉNEZ, S.L. por ALMENDRA Y MIEL, S.A. en abril de 20133. El volumen de negocios en 2015 de ALMENDRA Y MIEL fue de 13.594.634 €4

TERCERO.- Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco normativo aplicable a la distribución y comercialización de turronec.

Explica que el Real Decreto 1787/1982, de 14 de mayo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración y venta de turronec y mazapanes, modificado por Real Decreto 1167/1990, de 21



de septiembre y por Real Decreto 135/2010, de 12 de febrero, define a efectos legales lo que se entiende por turrone y mazapanes y fija con carácter obligatorio las normas de dichos productos que obligan a todos los fabricantes, elaboradores y comerciantes de turrone y mazapanes y, en su caso, a los importadores de estos productos. Que las denominaciones específicas de turrón Jijona y de Alicante son objeto de protección en base a la Orden de 26 de septiembre de 1995 de la Consellería de Agricultura y Medio ambiente de la Comunidad Valenciana, que fue ratificada mediante la Orden de 22 de marzo de 1996 por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y homologada por la Unión Europea mediante la aprobación del Reglamento comunitario número 1107/1996, de 12 de junio de 1996.

El Consejo Regulador de las Indicaciones Geográficas Protegidas "Jijona y Turrón de Alicante" es una corporación de derecho público, dotada de personalidad jurídica propia y de plena capacidad para el desarrollo de sus fines, que asume su defensa y promoción en el ámbito nacional e internacional.

Añade que la marca blanca de distribución, que surgió en España en los años 90, ha ido cobrando relevancia en el mercado y se define como aquella marca utilizada por un distribuidor para designar productos, bien fabricados por él mismo o por un fabricante ajeno, los cuales se venden exclusivamente en su propia cadena de distribución, y que persigue dirigirse al consumidor mediante precios altamente competitivos, inferiores al resto de productos de mercado. Y señala que los productos con marca blanca, por lo general, tienen asegurado un alto nivel de ventas, lo cual permite a sus fabricantes aprovechar las economías de escala y disminuir los costes de fabricación.

A continuación, señala que el mercado de producto afectado por las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador es el mercado español del suministro de turrone, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) por parte de los fabricantes de dichos productos.

Precisa que la zona de producción amparada para las denominaciones específicas de turrón Jijona y de Alicante es el término municipal de Jijona, si bien las materias primas pueden proceder de la totalidad de dicha Comunidad Autónoma y que están adscritas a esta Denominación de Origen 21 empresas, entre ellas los fabricantes presuntamente implicados, a excepción de DELAVIUDA.

Describe como característica esencial de la producción y comercialización del turrón su estacionalidad coincidente con la época navideña (el 65% de su producción se vende en los meses de diciembre y enero) y que dada la estacionalidad de la venta de turrone su producción se inicia después del verano y antes de esas fechas las grandes cadenas de distribución (EL CORTE INGLÉS, ALCAMPO, CARREFOUR, MERCADONA, DIA, etc.) tienen que haber cerrado las negociaciones en cuanto a los tipos, precios y condiciones de los productos (turrone) que van a recibir con marca del distribuidor.

El mercado geográfico afectado se circunscribe al mercado español, dado que la conducta se ha desarrollado estrictamente en el suministro de turrone, en particular para marcas blancas de distribución, de ámbito nacional.

Por lo que se refiere a la estructura del mercado, señala la resolución impugnada que, en cuanto a la oferta, el mercado incluye a las empresas fabricantes y comercializadoras de turrone y dulces navideños y precisa que las 6 empresas incoadas -SANCHÍS MIRA, DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ y ALMENDRA Y MIEL-, estarían entre los 8 primeros puestos de fabricantes de turrón en España y acapararían el 58% de la producción.

Respecto de la demanda, recoge la resolución recurrida que el valor tradicional inherente a los dulces navideños y la madurez alcanzada por el sector, hacen que se haya visto relativamente menos afectado por la crisis económica que otros productos de consumo y que según estudio realizado en 2008 sobre precios de los turrone por la Unión de Consumidores de España (UCE), la elección de marcas blancas puede suponer un importante ahorro frente a las marcas tradicionales. Las diferencias de precio alcanzan el 221% en el caso del turrón de Jijona (blando), un 230% para el turrón de Alicante (duro) y un 244% en el caso del turrón de chocolate. Además, también es fundamental respecto de los precios finales la elección del distribuidor de marca blanca.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas los días 5 y 6 de noviembre de 2013 en las sedes de las empresas ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS y PICÓ y la procedente de las contestaciones a los requerimientos de información formulados por la Dirección de Competencia a las incoadas y terceros (empresas fabricantes de turrón y principales empresas de distribución que comercializan marcas blancas de turrón), de las que resulta acreditada la existencia de intercambios de información sobre precios, clientes y otros conceptos comercialmente sensibles, como consecuencia de la estrategia acordada entre las empresas incoadas de repartirse el mercado de suministro de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes



previamente convenido entre ellas, conductas que *constituyen una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la LDC consistente en un intercambio de información sobre precios, clientes y otros datos comercialmente sensibles relativos al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) por ALMENDRA Y MIEL, DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS, ENRIQUE GARRIGÓS, PICÓ y SANCHÍS MIRA, que se mantuvo de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde al menos abril de 2011 hasta noviembre de 2013, coincidiendo con la realización de las inspecciones.*

En concreto y por lo que se refiere a la ahora recurrente, en los folios 36 y 37 de la Resolución se afirma que su participación en el intercambio de información comercialmente sensible, al menos desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013, coincidiendo con las inspecciones realizadas, queda acreditada, mediante los siguientes elementos de prueba:

JOSÉ GARRIGÓS remitió a ALMENDRA Y MIL información calificada como confidencial y fechada en mayo de 2011, de las referencias del producto y pesos por empresas de distribución de las incoadas, incluyendo PICÓ, así como un cuadro con las marcas blancas por competidor y empresa de distribución.

(...) en mayo de 2011 JOSÉ GARRIGÓS remitió a ALMENDRA Y MIEL información sobre referencias y precios del propio JOSÉ GARRIGÓS y el resto de incoados, incluido ENRIQUE GARRIGÓS, con la calificación de "confidencial".

El 3 de agosto de 2012, ENRIQUE GARRIGÓS remite correo electrónico a SANCHÍS MIRA para solicitarle información sobre empresas de distribución, en el entendimiento de que es SANCHÍS MIRA quien recoge tal información.

En abril y mayo de 2013, SANCHÍS MIRA remitió a ALMENDRA Y MIEL, a la atención "personal" del Director General de ésta, documentación referente a determinados productos comercializados por empresas de distribución, siendo encontrada tal documentación tanto en la inspección de ALMENDRA Y MIEL como en la de ENRIQUE GARRIGÓS.

Asimismo, en la inspección de PICÓ se recabó un correo electrónico de 31 de octubre de 2013 enviado por SANCHÍS MIRA a ENRIQUE GARRIGÓS, junto a DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS y PICÓ, con el asunto "Precios marcas de distribución".

En abril de 2013, SANCHÍS MIRA convocó al resto de incoados, incluido ENRIQUE GARRIGÓS, a una reunión de fabricantes.

Consta en el expediente también reflejo de los intercambios de mensajes vía Whatsapp mantenidos en junio y octubre de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL, relativos a aspectos comerciales de la relación con una empresa distribuidora cliente.

CUARTO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la resolución de la CNMC en su fundamentación jurídica califica los hechos que describe como constitutivos de una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 consistente en el intercambio de información sobre precios, clientes y otros datos comercialmente sensibles relativos al suministro de turrónes, en particular para marcas de distribución.

En el caso de ALMENDRA Y MIEL, S.A, la imputación obedece a su participación en una infracción consistente en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea, en síntesis, los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio al surgir las inspecciones de una denuncia anónima sin fundamento, del carácter genérico de las órdenes de investigación y por resultar el consentimiento prestado para la inspección realizada en la sede de ALMENDRA Y MIEL nulo de pleno derecho ya que durante la personación de los inspectores en la sede de la empresa y antes de consentir o denegar la entrada a los inspectores, la Dirección de competencia no la informó de que la autorización judicial había sido denegada por el Juzgado unos días antes, resultando viciado el consentimiento dado por ALMENDRA Y MIEL conforme a lo dispuesto en art.1265 del Código civil.

Denuncia que la resolución recurrida no ha demostrado la existencia de un acuerdo de intercambio de información comercialmente sensible o un reparto de mercado y menos aún la participación atribuida a ALMENDRA Y MIEL y a tal efecto se detiene a cuestionar cada uno de los indicios en los que se asienta su imputación.

Sostiene que la resolución yerra en su calificación como infracción única y continuada, sancionándola por todo el periodo desde mayo 2011 hasta noviembre 2013 sin tener en cuenta el periodo de interrupción de



prácticamente 2 años en la conducta de ALMENDRA Y MIEL, por lo que ha infringido el artículo 64.1 de la LDC, así como la jurisprudencia que resulta de aplicación, al imponer la multa.

Finalmente denuncia la falta de motivación de la sanción impuesta por cuanto resulta imposible conocer la metodología de cálculo empleada y la desproporción de la sanción impuesta a ALMENDRA Y MIEL.

SEXTO. - Entrando a examinar los distintos motivos del recurso y sobre la denuncia anónima, en la Sentencia dictada con fecha de 19 de mayo de 2020, en el Procedimiento Ordinario 158/2015, hemos recordado que el artículo 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia dice que:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación:

- a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción
- b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia
- c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

2. La denuncia dirigida a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia deberá contener, como mínimo, la siguiente información pudiendo el denunciante aportar los datos e información adicionales recogidos en el anexo I del presente Reglamento:

- a) Nombre o razón social, domicilio, teléfono y número de fax del/de los denunciante/s y, en el caso de que éstos actúen por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efectos de notificaciones.
- b) Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, número de teléfono y de fax o cualquier otro medio electrónico pertinente de los denunciados.
- c) Hechos de los que se deriva la existencia de una infracción y pruebas, en su caso, de los mismos, así como definición y estructura del mercado relevante.
- d) En su caso, justificación de los intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, para ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Si la denuncia no reuniera los requisitos establecidos en el apartado 2 se requerirá al denunciante para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o aporte la documentación requerida, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de la denuncia.

4. El desistimiento del denunciante no impediría a la Dirección de Investigación realizar de oficio todas aquellas actuaciones que considerase necesarias.

5. La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Como vemos, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, a través de tres vías:

- a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción.
- b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia
- c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

La entidad recurrente tendría razón si el procedimiento sancionador se hubiera iniciado por denuncia, pues en ese caso, el precepto exige, como hemos visto, no solo la identificación precisa del o los denunciante/s sino una descripción de los hechos que se denuncian, pruebas que los acrediten, definición y estructura del mercado relevante y justificación del interés legítimo para intervenir en el procedimiento sancionador.

Lo que sucede es que, en éste caso, el procedimiento fue incoado por iniciativa de la CNMC tras adquirir conocimiento de las supuestas conductas infractoras a la vista de la documentación aportada por un denunciante anónimo que se describe en el expediente.

Con el fin de verificar si de la denuncia y documentación aportada se deducía la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, la Dirección de Investigación acordó abrir una información reservada, al amparo del art. 49.2 de la Ley 15/2007 en cuanto establece que:

"2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."

Así las cosas, en el caso examinado, la denuncia dio lugar a la apertura de una información reservada y fue ya, a raíz de la información obtenida en las inspecciones realizadas los fecha 5 y 6 de noviembre de 2013 en las sedes de ALMENDRA Y MIEL, S.A. (ALMEDRA Y MIEL), DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. (DELAVIUDA), ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A. (ENRIQUE GARRIGÓS), SANCHÍS MIRA, S.A., (SANCHÍS MIRA) y TURRONES PICÓ, S.A. (PICÓ) y a la vista del resultado de los requerimientos de información realizados a AUCHAN ESPAÑA, S.A. (ALCAMPO), CARREFOUR, S.A. (CARREFOUR), DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIA), EL CORTE INGLÉS, S.A., (EL CORTE INGLÉS) y MERCADONA, S.A. (MERCADONA), relativa a los turrónes fabricados para su empresa o grupo de empresas bajo su marca o marcas de distribuidor (marca blanca) desde 2006 a 2013, así como a DELAVIUDA, ALMENDRA Y MIEL, PICÓ, TURRONES JOSÉ GARRIGÓS (JOSÉ GARRIGÓS), ENRIQUE GARRIGÓS, TURRONES EL ROMERO, S.A. (ROMERO) y SANCHÍS MIRA, cuando se decide incoar el procedimiento sancionador.

Por lo demás, la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020, rec. 2062/2018 valida la denuncia anónima como *notitia criminis* que obliga a investigar a fin de confirmar lo que en ella se dice.

En definitiva, el procedimiento sancionador no se inició por la denuncia anónima y, por tanto, procede desestimar este primer motivo impugnatorio.

SÉPTIMO.- En cuanto a la Orden de investigación, denuncia también la recurrente que se ha producido una extralimitación respecto del objeto de las Ordenes de investigación recabándose pruebas de una conducta diferente de la que debía investigarse.

En el presente caso, en la Orden de investigación de 25 de octubre de 2013 que obra al folio 306 y ss del expediente administrativo constan todas las indicaciones formales exigidas, salvo la relativa a la indicación de recursos, pero esta irregularidad no causó indefensión material alguna tal y como con detalle se desarrolla en el Tercero de esta Sentencia.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia de actuaciones que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado, así como cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencia en el mercado de turrónes por parte de sus fabricantes.

Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica), los sujetos investigados (Enrique Garrigós Monerris, S.A.); se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos) que no es sino la transcripción del artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se indicó la fecha de inicio (5 de noviembre de 2013), y su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado del turrón y también el geográfico, al referirse a todo el territorio nacional, definiciones precisas y suficientes en ambos casos. Se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para la fijación de precios y reparto de mercado. Son descripciones precisas y suficientes en este estado de la investigación, pues según consta se trata de empresas que fabrican y comercializan esencialmente turrónes, sin que conste la existencia en su seno de sectores diferenciados de actividad.

Es cierto que, como resolvimos en la Sentencia de esta Sala de 18 de julio de 2016, dictada en el Procedimiento Ordinario tramitado con el nº 136/2014, a propósito del recurso interpuesto por ALMENDRA Y MIEL contra la Orden de inspección que autorizó la realizada en la sede de la empresa, queda fuera del objeto de la orden de investigación, por su excesiva vaguedad y falta de concreción, la petición de investigación vinculada a "cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencia", por lo que la validación de la



actuación inspectora quedaba reducida a las conductas consistentes en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado.

Recordemos que la orden de investigación refería su objeto a una posible práctica anticompetitiva prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia, consistente en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado y cualquier otra conducta que pudiera restringir la competencias en el mercado de turrónes por parte de sus fabricantes y que la resolución impugnada únicamente entendió acreditada la existencia de intercambios de información sobre precios, clientes como consecuencia de la estrategia acordada entre las empresas incoadas de repartirse el mercado de suministro de turrónes de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes previamente convenido entre ellas.

Eso no significa que la resolución sancionadora haya incurrido en una extralimitación del objeto de la investigación respecto del precisado en la Orden por cuanto que, en el presente caso, los intercambios de información constituían el medio para alcanzar el reparto del mercado, que era una de las conductas a las que se contraía el objeto de la orden de investigación, por lo que no integran una conducta desgajada e independiente de la consignada en aquella.

Así lo explica la Resolución sancionadora en su página 32 afirmando que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas, a través del intercambio de información sensible y estratégica, era repartirse el mercado de suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución. Sin embargo, las pruebas obtenidas, a juicio de la CNMC no podían fundamentar una conducta anticompetitiva de reparto de mercado, pero si intercambios de información comercial sensible entre las empresas incoadas, que, insistimos, para la CNMC constituían el medio para conseguir aquel.

Debemos recordar que según las Directrices Horizontales los acuerdos de intercambio de información entre competidores se han clasificado habitualmente en las tres categorías siguientes: (i) como parte de un acuerdo más amplio de fijación de precios o reparto de mercados en el que el intercambio de información opera como un factor facilitador; (ii) en el contexto de acuerdos de cooperación horizontal; o (iii) como intercambios de información aislados.

Por lo tanto, la sentencia de esta Sala antes citada ya firme declara que la Orden de investigación cubre únicamente las conductas de reparto de mercado pero eso no significa que no ampare el intercambio de información cuando este en principio tenía como finalidad un acuerdo de reparto de mercado pues éste, que constituía el objeto de la orden de investigación amparaba también el intercambio de información que fue el finalmente apreciado por la resolución sancionadora sin que apreciemos por ello extralimitación alguna de la Orden de investigación en ese aspecto.

OCTAVO.- Denuncia la recurrente que la inspección en la mercantil Almendra y Miel se llevó a cabo sin haber sido autorizada judicialmente puesto que el Auto nº 347/2013 de 31 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Alicante resolvió "NO AUTORIZAR" la entrada solicitada por la CNMC y que, por tanto, se lleva a cabo sin consentimiento de la empresa inspeccionada (pues el consentimiento no se produce hasta media hora después). Añade que, en dicha inspección, el personal de la CNMC realizó advertencias inexactas e incompletas al informar a la investigada, de forma genérica, que tenía el deber legal de someterse a la inspección y dio instrucciones tendentes a restringir la libertad de comunicación del personal de la empresa investigada.

De las irregularidades expuestas concluye la imposibilidad de tomar en consideración la prueba recabada en la sede de Almendra y Miel.

El motivo de impugnación ha de ser desestimado. La conformidad a derecho de la Orden de investigación y de la actividad inspectora en la sede de la mercantil Almendra y Miel ya fue declarada en nuestra sentencia de 18 de julio de 2016, dictada en el Procedimiento Ordinario 136/2014.

Pues bien, decíamos en aquella Sentencia y reiteramos ahora que:

"(...) el titular o representante de la entidad inspeccionada tiene la opción, bien de franquear libremente la entrada de los inspectores en el domicilio sin necesidad de que se le presente mandamiento judicial alguno, o bien oponerse a la misma exigiendo la presentación de la autorización judicial.

De esta forma, el tratamiento que debe darse a los supuestos como el presente, en el que el titular del establecimiento permite a los inspectores la entrada sin mandamiento judicial, se asimila a los casos antes mencionados en los que la legislación nacional de algún concreto Estado no contempla la necesidad de contar con mandamiento judicial para que la Autoridad de Competencia proceda a la entrada en el domicilio social.

Llegados a ese punto, no podemos compartir las alegaciones de la recurrente en el sentido de que, si bien otorgó el consentimiento para la entrada de los inspectores, éste estaba viciado, al no haber sido informado por éstos de que el Juez de lo contencioso-administrativo había denegado la autorización de entrada por Auto de 31 de octubre de 2013.

Alega la recurrente que dicho Auto destaca el carácter desproporcionado de la autorización solicitada, dado el carácter genérico y abstracto de la solicitud por la que se pretendía el acceso a toda la información existente en la empresa, incluyendo un volcado genérico de los archivos informáticos.

La queja de la recurrente destaca que el consentimiento prestado por investigado para acceder a su domicilio social tiene que ser previo y expreso, es decir, debe prestarse con plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se pide autorización, lo que, afirma, no puede afirmarse en el presente caso. Denuncia que la omisión del dato mencionado es particularmente relevante y resulta contraria los principios de lealtad y buena fe, y por ello, causante de un vicio de nulidad radical en su consentimiento asimilable a los supuestos contemplados en el artículo 1265 del CC.

Los argumentos de la recurrente no pueden ser compartidos por las siguientes razones:

1º. La recurrente, que es la titular del derecho invocado, contó con asistencia letrada de su elección desde el primer momento y sólo después de haber consultado con su abogado y haberle transmitido el contenido de la Orden de Investigación, prestó su consentimiento, sin que conste que se haya realizado sobre la misma presión de tipo alguno.

2º. El consentimiento para entrar y realizar la inspección se prestó de forma expresa, como se infiere claramente del documento de autorización de entrada incorporado al expediente, sin que se haya hecho constar observación o protesta alguna. Tal y como se indica en dicho documento la autorización se produjo a las 10h 05 min. del día 5 de noviembre de 2013, es decir, con carácter previo al inicio de la inspección que se inició inmediatamente después.

3º. La comunicación previa al recurrente del Auto denegatorio de la entrada es irrelevante, porque las razones por las que el Juez denegó la entrada pueden haberse corregido con posterioridad. De acuerdo con la jurisprudencia expuesta y en este mismo sentido se pronunció el TS en la STS de 10-12-14, recurso de casación nº 4201/2011, FJ 5 asunto Unesa, la legalidad de la entrada y las actuaciones desarrolladas por la inspección deben ser enjuiciadas, de forma plena, no por el juez que autoriza la entrada, sino por el juez que conoce de la impugnación de la Orden misma.

4º. No ha existido vulneración del principio de buena fe o engaño al recurrente por parte de la inspección, pues en ningún momento se le dio a entender que se contaba con dicha autorización o que podía obtenerse rápidamente. Simplemente no se hizo mención de la misma y no existe obligación legal alguna de realizar dicha comunicación al inspeccionado que sí la tiene de soportar la inspección (artículo 27.3 Ley 3/2013 de creación de la CNMC).

Por otra parte, el hecho de informarle de las sanciones que pudieran imponérsele en caso de no someterse a la inspección no puede calificarse como amenaza o intimidación, ya que se trata de una medida coercitiva, legalmente prevista (artículo 62. 2 d) LDC), cuya finalidad legítima es precisamente reconducir la voluntad del inspeccionado y fomentar que facilite la labor inspectora.

5º. En estas circunstancias y a la vista de la doctrina del TEDH expuesta (Sentencia Niemitz antes citada, y la STEDH de 14 de marzo de 2013, asunto Bernh Larsen), asumidas por el TJUE (Sentencia Deutsche Bahn), sobre el menor grado de protección que debe dispensarse a la entrada en sedes sociales respecto de domicilios privados puesta en relación con el principio de efectividad aplicado al artículo 101 TFUE , debe concluirse que la omisión denunciada carece de peso específico y relevancia a los efectos pretendidos".

Por lo demás, la citada Sentencia declara que la Inspección realizada en la sede de Almendra y Miel respetó los límites que la normativa y jurisprudencia impone a su actuación puesto que la recurrente, pudo contar con asistencia jurídica de su elección desde antes incluso del inicio de la inspección; no consta que la inspección impusiera a los representantes de las empresas investigadas obligaciones que van más allá del deber de cooperación, como lo sería el reconocimiento de la existencia de la infracción. Y añade que la inspección facilitó a los representantes de las empresas notas metodológicas sobre la manera en la que se iban a desarrollar las distintas fases de la inspección, tal y como consta en el apartado 21 y ss del acta. Estas notas permiten a la empresa valorar los límites de su deber de colaboración, ya que precisan la actuación inspectora.

Por todo ello concluye que la actuación inspectora no fue desproporcionada y a tal efecto recoge que, según se desprende del acta de la inspección (apartado 21 y ss), la inspección procedió correctamente al solicitar en una primera fase la cooperación del personal de las empresas para proceder al descarte de elementos privados ajenos a las investigaciones. Que contrariamente a lo que afirma el recurrente, Sr. Fructuoso, la Orden



de Investigación sí permitía a los inspectores el acceso a la inspección de agendas físicas y electrónicas de los empleados de las empresas, lo que incluye los teléfonos móviles. Que no está avalada por prueba alguna y contradice frontalmente el contenido del acta, que el recurrente, con asistencia jurídica de su elección, firmó sin consignar protesta alguna o mención a este hecho, la afirmación del Sr. Fructuoso de que los inspectores le requisaron su teléfono móvil y que, sin su autorización, fueron visionados sus contenidos privados por los inspectores (en concreto determinadas fotografías en las que aparecía desnudo), en una sala anexa sin su presencia. Esta afirmación, no está avalada por prueba alguna. En efecto, en el apartado 28 y ss del acta se indica que en el despacho del Sr. Fructuoso y en su presencia, se procedió a una primera inspección de documentos y con carácter previo a ello se le preguntó por aquellos de contenido personal o protegidos por la confidencialidad de abogado-cliente. Una vez descartados este tipo de documentos, se procedió al examen de los restantes, efectivamente, en una sala aparte sin la presencia de los empleados de las empresas.

Continúa la sentencia señalando que la recurrente (Almendra y Miel) extiende su queja al examen por los inspectores de conversaciones telefónicas grabadas en su teléfono móvil como archivos digitales, cubiertos por la Orden de Investigación, nuevamente sin prueba alguna y sin consignar protesta en el acta, el Sr. Fructuoso insiste en la vulneración de sus derechos, pero admitiendo que dichos documentos no fueron incorporados al expediente y concluye que, por las mismas razones no puede entenderse vulnerado su derecho a la libertad informática, pues no sólo no consta que se ignorase su derecho a oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distinto de aquel legítimo que justificó su obtención, sino que expresamente reconoce el recurrente que ninguno de los documentos a que se refiere, fue incorporado al expediente.

En atención a lo expuesto, la Sentencia concluye que la CNMC no vulneró la privacidad del recurrente y que la actuación inspectora se desarrolló con arreglo a la legalidad y que ninguno de los derechos fundamentales invocados por los recurrentes ha sido vulnerado, desestimando el recurso interpuesto por Almendra y Miel contra la Orden de inspección y la actividad inspectora llevada a cabo en su sede.

NOVENO.- Por lo que se refiere a la prueba existente de la participación de ALMENDRA Y MIEL en la infracción, debemos tener en cuenta que la propia resolución sancionadora al contestar a las alegaciones de Enrique Garrigos dice que:

"Las alegaciones de las partes (ENRIQUE GARRIGÓS) relativas a que algunos de los intercambios de información se produjeron en fechas posteriores a que los pedidos realizados por las distribuidoras a los fabricantes de turrónes estuvieran cerrados o que se trataba de datos manifiestamente públicos que pueden recogerse tanto de los envases del producto como de los respectivos lineales de las distribuidoras o sus páginas web, no aporta explicación respecto del resto de intercambios de información estratégica acreditados entre teóricas rivales en fechas previas al inicio de la campaña, con valor relevante por tanto para establecer estrategias de futuro de cara a tal inicio de la campaña, y pone además de manifiesto la habitualidad de los contactos entre las empresas competidoras incoadas".

Por lo tanto, la propia CNMC admite que los documentos o actuaciones posteriores a la fecha del cierre de los pedidos de las distribuidoras a los fabricantes, así como los relativos a datos manifiestamente públicos, que pueden recogerse tanto de los envases del producto como de los respectivos lineales de las distribuidoras o sus páginas web, no constituyen elementos de prueba a los efectos de imputar a la recurrente la conducta por la que finalmente ha sido sancionada la recurrente.

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, en el caso examinado debemos descartar los siguientes elementos de prueba:

Por razón de su fecha, por tratarse de información posterior a la fecha de cierre de los contratos firmados entre los fabricantes de turrón y las distribuidoras, el correo remitido entre otros a Enrique Garrigós por Sanchis Mira el 31 de octubre de 2013, con el asunto "Precios marcas de distribución" y los intercambios de mensajes vía Whatsapp mantenidos en octubre de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL, relativos a aspectos comerciales de la relación con una empresa distribuidora cliente.

Así las cosas, la imputación de la recurrente en la infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013, en principio podría quedar fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada en los siguientes hechos:

1. Información hallada en la sede de Almendra y Miel, que se dice remitida por JOSÉ GARRIGÓS a la competidora ALMENDRA Y MIEL, en mayo de 2011 sobre referencias y precios de productos del resto de incoadas y de sí misma, con la calificación de "confidencial".



2. Convocatoria realizada en abril de 2013 por SANCHÍS al resto de incoados, incluido ENRIQUE GARRIGÓS, a una reunión de fabricantes en abril de 2013.

3. Supuesto intercambio de abril 2013 por el que ALMENDRA Y MIEL habría realizado ofertas a clientes tras conocer las ofertas de sus competidores

"Consta asimismo en el expediente una cadena de correos electrónicos internos de ALMENDRA Y MIEL de abril de 2013 respecto de la oferta a presentar a CONSUM, cliente de PICÓ, señalando expresamente que ofertaría turrónes a dicha empresa, CONSUM, a pesar de que ésta sea cliente de PICÓ, con la finalidad de cubrirse99 : "(...) Tenemos que ofertar los turrónes, a pesar de que sean de PICO para "cubrirnos". De hecho, se observa que los precios ofertados en 2013 por ALMENDRA Y MIEL a CONSUM son superiores en aquellas referencias/productos coincidentes, tanto en tipo de turrón y peso, a los ofertados por PICÓ a CONSUM".

4. Intercambios de mensajes vía Whatsapp mantenidos en junio de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL, relativos a aspectos comerciales de la relación con una empresa distribuidora cliente.

Pues bien, examinados dichos documentos, hemos de convenir con la recurrente en el nulo valor incriminatorio a la convocatoria a una reunión de fabricantes realizada por Sanchis Mira en abril de 2013 por cuanto se desconoce, sin que la resolución recurrida lo precise, cuál era su objeto y tampoco constancia de que se hubiera celebrado.

Además, la recurrente ofrece una explicación a la reunión que inicialmente estaba convocada para el 19 de abril de 2013, fue cancelada y finalmente se celebró el 8 de mayo del mismo año:

" estaba relacionado con la organización de la reunión prevista para el 8 de mayo entre la Asociación Española de Fabricantes y Turrónes y Mazapanes (TUMA), de la que era y es Secretario General precisamente D. Jenaro , y la Asociación de Fabricantes de Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana (TDC), de la que es Vocal D. Fructuoso . El objetivo de la reunión era comentar las modificaciones sustanciales aportadas por el Real Decreto 176/2013, de 8 de marzo, por el que se derogan total o parcialmente determinadas reglamentaciones técnico-sanitarias y normas de calidad referidas a productos alimenticios ."

Esa explicación alternativa ha sido confirmada también por DELAVIUDA, SANCHIS MIRA, PICÓ y debemos darla por válida al no haberse acreditado por la resolución sancionadora que la reunión tuviera un objeto anticompetitivo.

Por lo que se refiere a la información hallada en la sede de Almendra y Miel, que se dice remitida por JOSÉ GARRIGÓS a la competidora ALMENDRA Y MIEL, en mayo de 2011 sobre referencias y precios de productos del resto de incoadas y de sí misma, con la calificación de "confidencial", se ha acreditado en las actuaciones que los documentos encontrados en la Inspección de ALMENDRA Y MIEL, contenidos en el interior de un sobre con el logotipo de José Garrigós, no habían sido elaborados por esta sino manuscritos de puño y letra por el propio director general de la empresa inspeccionada ALMENDRA Y MIEL S.A, Sr Fructuoso .

La resolución recurrida no analiza la prueba consiste en un informe elaborado por el perito calígrafo D. Maximino quién concluye de forma indubitada que las notas manuscritas contenidas en los folios 208 y 218 del expediente eran de puño y letra de D. Fructuoso ; Esa prueba pericial que pretendía desvirtuar un indicio incriminatorio debió ser valorada por la CNMC a la valoración de la prueba, que forzosamente conduce a la anulación del aludido hecho como acreditativo de infracción dado que quedaría demostrado que, contrariamente a la percepción de la propia CNMC, ALMENDRA Y MIEL en realidad no recibió precios de JOSÉ GARRIGÓS sino que eran simples anotaciones internas hechas por el Sr. Sirvent Baeza (ALMENDRA Y MIEL) sobre sus propias referencias de producto; siendo el resto de información, tal y como indica la propia Resolución52, relativa a " las referencias del producto y pesos por empresas de distribución".

A ello ha de añadirse que, los datos contenidos en el citado sobre, -listado de fabricantes correspondientes al turrón MDD de diversas cadenas de distribución, junto con alguna información adicional sobre el producto en cuestión como la relativa a si está amparado por el Consejo Regulador, si lleva la etiquetas "sin gluten", el etiquetado nutricional, etc y, en algunos casos el precio de venta al público (PVP) del producto tal, son de carácter público (accesible en el propio producto de forma expresa o por referencia al registro de sanidad del fabricante, entre otros medios) por lo que no constituyen información comercial sensible susceptible de restringir la competencia.

Respecto del supuesto intercambio de abril 2013, según el cual, ALMENDRA Y MIEL habría realizado ofertas a clientes tras conocer las ofertas de sus competidores.

Lo cierto es que de la serie de correos mencionados en la resolución no se deduce la existencia de un intercambio de información porque no incorporan ningún tipo de dato de ALMENDRA Y MIEL ni del resto de las empresas mencionadas. Tampoco aparece evidencia alguna de que ALMENDRA Y MIEL conociera los precios



a los que iba a cotizar PICÓ a CONSUM por lo que se ignora como se llega a la conclusión de que ALMENDRA Y MIEL cotizó al alza.

Por esa razón aunque la expresión " *Tenemos que ofertar los turrone, a pesar de que sean de PICO para "cubrirnos"* pudiera tener un significado colusorio, la explicación de ALMENDRA Y MIEL de que ello respondía a su necesidad de tratar de vender sus productos de MDF a CONSUM ofertando también fabricar MDD, pese a que ese distribuidor siempre había confiado tradicionalmente el suministro de sus productos MDD a PICÓ, la lectura de los correos entre la recurrente y CONSUM pone de manifiesto el esfuerzo efectuado por ALMENDRA Y MIEL para conseguir "el alta de las referencias de Jijona y Alicante 1880 en las tiendas CONSUM de mayor poder adquisitivo", de ahí la oferta realizada a CONSUM.

A falta de otras evidencias que pudieran confirmar el carácter incriminatorio del comentario esta explicación alternativa es aceptable para la Sala.

La afirmación de la resolución recurrida de que " *en la agenda del Director General de ALMENDRA Y MIEL se anotan los contactos bilaterales mantenidos con PICÓ y DELAVIUDA en abril de 2013*", tampoco evidencia conducta colusoria alguna al no indicar su contenido ni referencia a datos o cantidades concretas.

Por último, atendiendo a su contenido, tampoco apreciamos que las conversaciones por Whatsapp transcritas en la resolución sancionadora, mantenidas en junio de 2013 entre JOSÉ GARRIGÓS y ALMENDRA Y MIEL contengan evidencias incriminatorias de la participación de la recurrente en una infracción única y continuada de información comercial sensible, ni por su contenido, ni por razón de su fecha puesto que tuvieron lugar una vez que los pedidos realizados por las distribuidoras a los fabricantes de turrone estuvieron cerrados. En realidad, el empleado de JOSÉ GARRIGÓS contacta con D. Fructuoso el 25 de junio de 2013 y el 6 de septiembre de 2013, pero éste no contesta al primero de los mensajes sino sólo al segundo (enviado tres meses después) y con evasivas ya que, en realidad, no devolvió la llamada.

Las respuestas del sr. Fructuoso ponen de manifiesto que no tenía interés en mantener conversación alguna con el empleado de JOSÉ GARRIGÓS, de ahí el nulo valor incriminatorio de los contactos.

DÉCIMO.- En consecuencia, no habiendo quedado acreditada la participación de la recurrente en la conducta por la que ha sido sancionado, el presente recurso ha de ser estimado resultando innecesario el examen de los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida.

DÉCIMOPRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "**ALMENDRA Y MIEL S.A**" contra la resolución de 7 de abril de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 271.893 €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

Con imposición de costas a la Administración demandada.

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.