



Roj: **SAN 4961/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4961**

Id Cendoj: **28079230062021100508**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/11/2021**

Nº de Recurso: **270/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000270 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3024/2016

Demandante: ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A.

Procurador: D. PABLO OTERINO MENÉNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

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. 270/16 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, en nombre y representación de **ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A.**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de 7 de abril de 2016, en el Expte. NUM000, FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 127.415 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



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

"1) Revoque en su integridad la referida Resolución de 7 de abril de 2016 por no ser conforme a Derecho, al no haber quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC .

2) Con carácter subsidiario al punto 1) -es decir, si no se estimase- declare la nulidad de la Orden de Investigación dictada en fecha 25 de octubre de 2013, con la consiguiente nulidad del acuerdo de incoación del expediente administrativo y la de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental y, sobre la base de dicha nulidad, revoque en su integridad la referida Resolución de 7 de abril de 2016 por no ser conforme a Derecho al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante al amparo de una Orden de Investigación nula.

3) Con carácter subsidiario a los puntos 2) y 3) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores- declare la nulidad de la actividad inspectora llevada a cabo los días 5 y 6 de noviembre de 2013 en el marco de la información reservada que dio origen al procedimiento sancionador, con la consiguiente nulidad del acuerdo de incoación del expediente administrativo y la de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental y, sobre la base de dicha nulidad, revoque en su integridad la referida Resolución de 7 de abril de 2016 por no ser conforme a Derecho al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante mediante una actividad inspectora nula.

4) Con carácter subsidiario a los puntos 1), 2) y 3 -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores-, revoque la referida Resolución de 7 de abril de 2016 por no ser conforme a Derecho en cuanto a la cuantificación de la multa impuesta a mi mandante, ordenando a la CNMC que calcule el importe de la multa en aplicación de un porcentaje inferior al impuesto y que resulte del principio de proporcionalidad y de la aplicación de criterios de graduación debidamente motivados. "

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 29 de septiembre del mes y año en curso, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de 7 de abril de 2016, en el Expte. NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 127.415 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 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. - Declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

[...]

3. ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, 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:

3. ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A., una multa de 127.415 euros.

[...]

CUARTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de Madrid para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(...)".



Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, 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 (folios 1 y 8990 a 8992), se puso en conocimiento de la Dirección de Investigación (DI) 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 DI inició una información reservada de acuerdo con el artículo 49.2 de la LDC, 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 DC 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 turrónes 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 (folios 5065 a 5067 y 5068 a 5070, respectivamente, 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 turrónes fabricados por la empresa bajo marca de distribuidor de otras empresas (marca blanca) para el período 2006 a 2013 (folios 388 a 394).
5. Recibidas las contestaciones de las empresas requeridas e incorporada al expediente la información recabada en las inspecciones realizadas, el 6 de octubre de 2014 la DC, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 FABRICANTES DETURRON, 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 turrónes 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 DC nuevo escrito reiterando los hechos denunciados en 2012 (folios 8990 a 8992).
7. Tras la notificación el 3 de julio de 2015 del PCH, 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, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, la DC 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. 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 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó Sentencia, estimando el recurso de apelación interpuesto por la CNMC frente al auto de 31 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Alicante (folios 5161 a 5169), 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, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"3. ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A.

Empresa con domicilio social en Jijona (Alicante), está dedicada a la fabricación y comercialización de turrónes con Indicación Geográfica Protegida (IGP) Jijona y turrón de Alicante, así como de tortas, y la comercialización de otras variedades de turrónes de obrador tales como yema tostada, nata, nueces, fruta, coco, chocolate y pralinés. Su red comercial se extiende a la mayoría de las regiones españolas e incluso mercados internacionales, especialmente EE. UU. y Latinoamérica, siendo sus principales marcas "Maestro Turrónero Don Enrique", "Hijos

de Monerris Monerris" y "Turrónes As del Sabor"8 y sus principales clientes con marcas blancas son CARREFOUR, EL CORTE INGLÉS, CONDIS SUPERMARKET, S.A. y MUSGRAVE ESPAÑA SAU9. Pertenece en un 70% a TURRONES COLOMA, S.A. El volumen de negocios en 2015 de ENRIQUE GARRIGÓS fue de 7.280.862 €)".

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco normativo aplicable a la distribución y comercialización de turrónes. 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 turrónes 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 turrónes y mazapanes y fija con carácter obligatorio las normas de dichos productos que obligan a todos los fabricantes, elaboradores y comerciantes de turrónes y mazapanes y, en su caso, a los importadores de estos productos. Precisa 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 y que 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 turrónes, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) por parte de los fabricantes de dichos productos.

Expone 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.

Recoge que la característica esencial de la producción y comercialización del turrón es 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 turrónes 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 (turrónes) 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 turrónes, 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, por el lado de la oferta, el mercado incluye a las empresas fabricantes y comercializadoras de turrónes 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 primeros 8 primeros puestos de fabricantes de turrón en España puestos 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 turrónes 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 ALMEDRA Y



MIEL, DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS y PICÓ y la procedente de las contestaciones a los requerimientos de información formulados por la DC 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 turrones, 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 el folio 37 y 38 de la Resolución se consigna 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:

(...) 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 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.

Constan anotaciones manuscritas recabadas en la inspección de ENRIQUE GARRIGÓS en las que se pone de manifiesto que esta empresa remitió en mayo de 2013 por teléfono al Director General de ALMENDRA Y MIEL, siguiendo indicaciones del Gerente de ENRIQUE GARRIGÓS, los "precios de este año" respecto de las referencias de productos de aquella empresa.

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone contra la misma los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Falta de fundamentación de la Orden de Investigación como consecuencia de un escrito anónimo de denuncia.
- 2.- Imprecisión y excesiva amplitud de la Orden de Investigación, determinantes de su nulidad. Extralimitación respecto del objeto de las Ordenes de investigación recabándose pruebas de una conducta diferente de la que debía investigarse.
- 3.- Nulidad de la actividad inspectora llevada a cabo en la sede de Almendra y Miel SA por los siguientes motivos : (i)La entrada en la sede de la empresa investigada no se encontraba autorizada judicialmente y se lleva a cabo sin consentimiento de la empresa inspeccionada (pues el consentimiento no se produce hasta media hora después), (ii) irregular actuación del personal de la CNMC y (iii) el consentimiento de la empresa investigada para acceder a sus instalaciones no sólo fue extemporáneamente recabado, sino que se recabó sin informar a ALMENDRA Y MIEL de que la autoridad judicial competente no había autorizado el acceso a la sede de la empresa previamente solicitado por la CNMC.

Como consecuencia de lo anterior, opone la nulidad de todos los actos y actuaciones dimanantes de las órdenes de inspección y de las propias inspecciones y la imposibilidad de tomar en consideración la prueba recabada en la sede de Almendra y Miel.

- 4.- Falta de prueba de la existencia de intercambios de información ilícitos



5.- La CNMC no ha demostrado la existencia de efectos.

6.- Falta de motivación razonada y congruente sobre la cuantía de las multas impuestas y de los criterios para su determinación. Inaplicación de los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia y vulneración del principio de proporcionalidad.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

CUARTO.- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos, a continuación, el motivo de impugnación que denuncia la falta de fundamentación de la Orden de Investigación como consecuencia de un escrito anónimo de denuncia

Pues bien, como decíamos en la Sentencia dictada con fecha de 19 de mayo de 2020, en el Procedimiento Ordinario 158/2015, 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 denunciados 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 las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 denunciados 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 se inició 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, 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.

QUINTO. - Denuncia también la recurrente la imprecisión y excesiva amplitud de la Orden de Investigación.

Corresponde, por tanto, ahora analizar si la Orden de Investigación respeta en su contenido y forma las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. El debate implica, por tanto, precisar cuál debe ser el alcance de la información que debe recogerse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario y evitar así una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

Pues bien, para determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudiremos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04), señala:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección.

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".

Esta Sala siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el



procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas"*. En igual sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)"*.

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"A sí pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Pues bien, 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.

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 turrones, sin que conste la existencia en su seno de sectores diferenciados de actividad.

Es cierto que, como resolvimos en la Sentencia 238/2016 dictada en el Procedimiento Ordinario tramitado con el nº 136/2014, 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 de 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 turrones por parte de sus fabricantes y que la resolución impugnada consideró 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 turrones de marca blanca a la gran distribución mediante el reparto de clientes previamente convenido entre ellas.

Ahora bien, entendemos que, la resolución sancionadora no ha 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 resulta de la Resolución sancionadora cuando explica en su página 32 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 turrones, en particular, para marcas de distribución. Lo acontecido fue que 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.

Dicho lo anterior, el examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la fijación de precios del turrón y reparto de su mercado nacional, en los que las empresas inspeccionadas tenían una participación, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer.

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida.

SEXTO. - 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 fue declarada en nuestra sentencia 136/2014, 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 inspeccionada, 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. Adriano , 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. Adriano 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. Adriano 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. Adriano 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.

SÉPTIMO. - Entrando en el examen del motivo de impugnación que denuncia la falta de prueba de la existencia de intercambios de información ilícitos, se expone en la demanda que, siguiendo el propio razonamiento aceptado por la CNMC, carecen de virtualidad para justificar la existencia de la infracción, por tratarse de información posterior a la fecha de cierre de los contratos firmados entre los fabricantes de turrón y las distribuidoras y/o por referirse a datos que son públicos, los siguientes documentos:

- a) El correo remitido por el Director Comercial de EGM el 3 de agosto de 2012 a Sanchis Mira.
- b) Correo electrónico de 31 de octubre de 2013 de SANCHIS MIRA, también remitido a la vez a DELAVIUDA, ENRIQUE GARRIGÓS y PICÓ, con el asunto "Precios marcas de distribución".

En relación con los restantes elementos de prueba en los que se fundamenta la resolución recurrida, se expone en la demanda que se desconoce la autoría de los documentos que se refiere haber remitido en mayo de 2011 JOSÉ GARRIGÓS a ALMENDRA Y MIEL, con información sobre referencias y precios del propio JOSÉ GARRIGÓS y el resto de incoados, incluido ENRIQUE GARRIGÓS, con la calificación de "confidencial "y que, en todo caso, no contienen información comercial sensible referida a la recurrente.

Defiende que tampoco tiene contenido incriminatorio la documentación remitida por SANCHIS MIRA Y ALMENDRA Y MIEL presumiblemente en mayo de 2011, en la que obran datos de la ahora recurrente, cuya autoría se desconoce, sin que tampoco conste que EGM haya sido receptora de la información de otras empresas. Y añade que no contiene información comercial sensible referida a secretos de empresa.



Respecto de la convocatoria realizada por SANCHIS MIRA en abril de 2013 a una reunión de fabricantes, a la que alude la resolución recurrida, denuncia la actora que no se ha prestado atención a la explicación ofrecida sobre la existencia de reuniones y que, en cualquier caso, no se ha acreditado su contenido .

En cuanto a las anotaciones obtenidas en la inspección llevada a cabo en su sede, manifiesta que están referidas exclusivamente a los presuntos precios de los productos suministrados a Supermercats Condís, el presunto destinatario niega haber recibido dicha información y, con independencia de las dudas respecto a la fecha del documento, reitera que carece de virtualidad inculpatoria y que el documento no es real, porque no se corresponde a los precios ofrecidos a ese cliente.

OCTAVO.- Entrando, entrando en la valoración de la prueba en la que se sustenta la imputación de la recurrente, debemos comenzar transcribiendo el siguiente párrafo de la página 30 de la Resolución recurrida, en el que se consigna de forma expresa lo siguiente:

"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".

Así las cosas, hemos de convenir con la actora en que 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, la imputación de Enrique Garrigós SA en la infracción por la que ha sido sancionada no puede fundamentarse en los siguientes elementos de prueba:

Por razón de su fecha, en el correo electrónico remitido por Enrique Garrigós a SANCHÍS MIRA el 3 de agosto de 2012 para solicitarle información sobre empresas de distribución y el correo electrónico de 31 de octubre de 2013 enviado por SANCHIS MIRA a ENRIQUE GARRIGÓS, junto a DELAVIUDA, JOSÉ GARRIGÓS y PICÓ, con el asunto "Precios marcas de distribución".

Por razón de su contenido, por venir referidos 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, la información que se dice remitida en mayo de 2011 por JOSÉ GARRIGÓS a ALMENDRA Y MIEL y la documentación remitida por SANCHÍS en abril y mayo de 2013, a ALMENDRA Y MIEL, a la atención "personal" del Director General de ésta. Estos documentos no contienen información comercial sensible referida a secretos de empresa. Se trata de cuadros en los que se relaciona a cada fabricante con las distribuidoras a las que vende y que productos concretos, datos, como decíamos, públicos y conocidos, bien porque en el propio envase del producto de marca blanca se identifique al fabricante o en todo caso, porque con la indicación del Número de Registro Sanitario de la Industria se puede identificar al fabricante.

Por ello, 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, podría, en principio, quedar fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada en los siguientes hechos:

1- En la convocatoria realizada en abril de 2013 por SANCHÍS al resto de incoados, incluido ENRIQUE GARRIGÓS, a una reunión de fabricantes y,

2- En las anotaciones manuscritas recabadas en la inspección de ENRIQUE GARRIGÓS en las que, se pone de manifiesto que esta empresa remitió en mayo de 2013 por teléfono al Director General de ALMENDRA Y MIEL, siguiendo indicaciones del Gerente de ENRIQUE GARRIGÓS, los "precios de este año" respecto de las referencias de productos de Enrique Garrigós SA.

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. Además, no existe constancia de que se hubiera celebrado.

Por lo que se refiere a las anotaciones manuscritas, recabadas en la inspección de ENRIQUE GARRIGÓS en las que, se se hizo constar que la entidad aquí recurrente, siguiendo indicaciones del Gerente de ENRIQUE GARRIGÓS, remitió en mayo de 2013 por teléfono al Director General de ALMENDRA Y MIEL, los "precios de este año" respecto de las referencias de productos de esta empresa, en relación con la distribuidora Supermercados Condís, demandante sostiene que no existe prueba de que la información fuera remitida, y que en el expediente, la representación de Almendra y Miel negó rotundamente haberla recibido. Añade que existen contradicciones en el mismo documento sobre la fecha de su elaboración, si fue en mayo de 2012 (como se dice en el texto mecanografiado) o en 2013 (como consta en el manuscrito). Por lo demás reitera que los precios manuscritos no coinciden con los ofertados realmente al destinatario (Supermercados Condís) para la campaña de 2013, lo cual desvirtúa totalmente que, en el supuesto -no acreditado- de que dicha documentación hubiese sido remitida, constituya una conducta anticompetitiva ni por su objeto ni por sus efectos.

Recuerda que la CNMC, en su Propuesta de Resolución, afirmó, sin remitirse a prueba alguna, que los precios ofertados a ese cliente por Almendra y Miel fueron superiores a los ofertados por EGM, y de ahí dedujo que esa cotización superior se debió al hecho de que, de esa manera se respetaba el acuerdo de reparto de mercado, argumento que, a juicio de la recurrente no puede ser rebatido, entre otras cosas, porque los precios a los que ofertó Almendra y Miel han sido declarados confidenciales y no han podido ser conocidos, vulnerándose con ello, el principio de respeto a la presunción de inocencia según el cual nadie puede ser condenado con base a documentos que no ha podido conocer y, en su caso, rebatir. Añade que esa argumentación de la propuesta de resolución no se sostiene en la medida en la que no ha habido condena por un acuerdo de reparto de mercado, porque no ha sido acreditado.

Dicho lo anterior, examinaremos a continuación si, en el caso de que estimáramos que las citadas notas manuscritas constituyen un elemento incriminatorio de la recurrente en la conducta por la que ha sido sancionada, un único intercambio de información podría integrar una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible relativa al suministro de turrones, en particular, para marcas de distribución (marcas blancas) desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2013.

A estos efectos conviene recordar que la calificación de una infracción como única y continuada, conforme a la doctrina del TJUE en su sentencia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41, exige que diversas acciones se inscriben en un *"plan conjunto" debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, en cuyo caso, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto [...]*, recordando lo dicho en anteriores sentencias (Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 81; Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, apartado 258)..

Por lo que respecta a la continuidad, señala la STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156) que una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

Para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario *«que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo [...]*» - STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95, T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112)-.

Pues bien, en el presente caso, la conducta de la recurrente no puede ser calificada como constitutiva de una infracción única y continuada por cuanto no estaríamos ante la realización de una pluralidad de acciones u omisiones sino, en su caso, ante un único intercambio de información materializado en las citadas notas manuscritas, no habiendo quedado acreditado que Enrique Garrigós participara en un plan conjunto con las demás empresas sancionadas.

Así las cosas, el presente recurso ha de ser estimado por cuanto la calificación de la conducta del recurrente como infracción única y continuada no es conforme a derecho, procediendo en consecuencia la anulación de la resolución impugnada sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda.



NOVENO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, las costas han de ser impuestas a la Administración demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1-Estimar el recurso contencioso-administrativo por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez, en nombre y representación de **ENRIQUE GARRIGÓS MONERRIS, S.A.**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), de 7 de abril de 2016, en el Expte. NUM000 , FABRICANTES DE TURRÓN, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 127.415 € euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

2-Anular la resolución recurrida.

3- Imponer las costas procesales a la parte 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.

FONDO DOCUMENTAL CASACIONAL