



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/00245/14 NESTLÉ ESPAÑA, S.A)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 31 de julio de 2014.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/0245/14, NESTLÉ ESPAÑA, S.A, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA, S.A (NESTLÉ) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 24 de abril de 2014 de subsanación de errores en el Pliego de Concreción de Hechos de 18 de marzo de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de julio de 2012, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia acordó la incoación de expediente sancionador S/0425/12 contra determinadas entidades, por presuntas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en intercambios de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda. Dicho acuerdo de incoación fue ampliado, en fecha 5 de marzo de 2014, contra ocho entidades más, ampliándose

asimismo la incoación por conductas prohibidas en el artículo 101 del TFUE, al considerarse que las prácticas analizadas podrían afectar también al comercio intracomunitario.

2. Con fecha 18 de marzo de 2014, la Dirección de Competencia (DC) formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH) en el marco del expediente sancionador anteriormente citado.
3. Advertidos determinados errores en el apartado 6.3 del citado PCH, bajo la rúbrica “*Sobre la Responsabilidad y Participación Concreta de las Empresas y Asociaciones*”, con fecha 24 de abril de 2014, de conformidad con el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), la Dirección de Competencia procedió a subsanar el error advertido, reflejando la participación de NESTLÉ en los intercambios de información entre industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales durante los años 2004 y 2006.
4. Dicho acuerdo fue notificado a NESTLÉ con fecha 25 de abril de 2014. En el mismo, la DC da traslado a NESTLÉ para que en el plazo de quince días a contar desde la recepción de la notificación, pueda contestar el acuerdo de subsanación exclusivamente en lo referente a la ampliación temporal de la responsabilidad de los hechos imputados, proponiendo en su caso las pruebas que considere pertinentes.
5. Con fecha 9 de mayo de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso interpuesto por la representación de NESTLÉ contra el acuerdo de la DC de 24 de abril de 2014.
6. Con fecha 12 de mayo de 2014, y conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
7. El 13 de mayo de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por NESTLÉ, en el que propone su inadmisión al considerar que el acuerdo recurrido es un acto de trámite que no cumple los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC.
8. Con fecha 29 de mayo de 2014, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso y conceder a la recurrente un plazo de 15 días para formular alegaciones. La recurrente no ha presentado nuevas alegaciones en dicho trámite.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 31 de julio de 2014.

10. Es interesado en este expediente de recurso NESTLÉ ESPAÑA, S. A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se determinó el 7 de octubre de 2013 por orden del Ministro de Economía y Competitividad ECC/1796/2013, de 4 de octubre. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 de la LDC prevé que *“las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación (ahora Dirección de Competencia) que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DC de 24 de abril de 2014, por el que se acuerda la subsanación de errores en el apartado 6.3, encabezado por la rúbrica *“SOBRE LA RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN CONCRETA DE LAS EMPRESAS Y LAS ASOCIACIONES”*, del Pliego de Concreción de Hechos (PCH) de 18 de marzo de 2014 formulado en el marco del expediente sancionador S/0425/12. Dicha subsanación de errores se fundamenta en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

En el PCH de 18 de marzo de 2014 se señaló que la participación de NESTLE en los intercambios de información entre las industrias lácteas, en relación con precios y estrategias comerciales, podrían haberse materializado desde 2000 a 2003 y desde 2007 a 2010.

En el acuerdo recurrido la DC procede a subsanar el error advertido, en el sentido de determinar la participación de NESTLÉ en los intercambios de información entre industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales en los años 2004 y 2006, conforme lo expresado en otros apartados del PCH notificado.

La representación de NESTLÉ solicita del Consejo de la CNMC que (i) se suspenda el plazo concedido por la DC en dicho acuerdo para alegar sobre la ampliación de la imputación en la nueva versión del PCH, en tanto no se resuelva el presente recurso y (ii) se declare la nulidad y se deje sin efectos el acuerdo de la DC recurrido, justificando su pretensión en las siguientes consideraciones:

- El acuerdo de la DC de 24 de abril de 2014 no es una subsanación de errores del artículo 105.2 de la LRJPAC, sino una ampliación del texto del PCH. Según doctrina consolidada del Tribunal Supremo, los errores materiales son sólo aquellos que son evidentes y ostensibles, no requiriendo ningún juicio valorativo. A juicio de NESTLÉ esta circunstancia no concurre en el presente caso: no hay un error material, sino una valoración o juicio de valor que realiza la Dirección de Competencia ex novo.
- El acuerdo de la DC vulnera lo dispuesto en el artículo 62.1. e) de la LRJPAC. El recurrente considera que la DC ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido en el artículo 50 de la LDC, dado que el anterior precepto no prevé que la DC tenga la posibilidad de replicar a las alegaciones realizadas por los imputados o fundamentar mejor su imputación con carácter previo a la propuesta de resolución.
- La referencia a los hechos acaecidos en los años 2004 y 2006 dificulta la defensa de NESTLÉ en la medida en que la empresa no conserva ya muchos de los documentos citados. NESTLÉ considera que la actuación de la DC es contraria a la buena fe y generadora de indefensión. La DC antes de adoptar el acuerdo de 24 de abril de 2014 de subsanación ya sabía que NESTLÉ no podría rebatir la acusación en relación a los años 2004 y 2006 por carecer de facturas de compra de leche de aquella época, pues ya había manifestado este extremo en su escrito de 28 de noviembre de 2013.
- Conforme al artículo 62.1.e) de la LRJPAC, la realización de actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido comporta la nulidad del acto.

La DC en su informe de 13 de mayo de 2014, señala que el acuerdo de 25 de abril de 2014 procedía a subsanar los errores materiales en el apartado 6.3 sobre individualización de responsabilidades, que no recogía correctamente las responsabilidades concretas de cada empresa en los hechos acreditados reflejados en el apartado 5 y anexo I del PCH notificado el 20 de marzo de 2014. Por tanto, ningún apartado del PCH notificado el 20 de marzo de 2014 fue modificado, más allá de las correcciones advertidas en el mismo.

El acuerdo de subsanación del PCH recoge de forma clara e incontestable una corrección de errores materiales de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la LRJPAC, y por tanto la Administración puede y debe corregirlos en cualquier momento, desde el mismo instante en que se tenga constancia de su existencia, sin que ello pueda generar indefensión a las partes.

A mayor abundamiento, en relación con la indefensión alegada por NESTLÉ, señala la DC que en ningún momento se ha producido tal indefensión puesto que tal y como se recoge en la propia notificación, se concedió a NESTLÉ y a todas las partes interesadas en el expediente, un nuevo plazo de quince días para formular alegaciones.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme al artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por NESTLÉ, supone verificar si el Acuerdo de la DC de 24 de abril de 2014 por el que se procede a la subsanación de errores advertidos en el PCH de fecha 18 de marzo de 2014, ampliando la participación temporal de NESTLÉ a los intercambios de información entre industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales a los años 2004 y 2006, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente lo que conllevaría la estimación del recurso.

De acuerdo con el artículo 105.2 de la LRJPAC las Administraciones Públicas pueden en cualquier momento de oficio o a instancia de los interesados rectificar los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos. El error al que se refiere el precepto supone una discordancia entre lo que la Administración pretendía expresar y su exteriorización, esto es, entre la voluntad del órgano administrativo y su efectiva formulación externa.

La rectificación de errores no es una modalidad de revisión de oficio de actos administrativos. Así, el uso de esta concreta potestad queda limitado a la subsanación de aquellos errores que permite la subsistencia del acto que los contiene porque precisamente su corrección hace conforme lo formulado con lo pretendido.

Los fundamentos de la potestad de rectificación tal y como ha declarado reiterada jurisprudencia, están entre otros, en el principio de conservación de los actos y de eficacia, que se confrontan con el de los actos propios. Así, la rectificación del acto administrativo sólo se permite por una razón muy específica: la existencia de un error material, de hecho o aritmético, no por razones de oportunidad, ni por infracción del ordenamiento jurídico.

El error puede determinar la supresión de los posibles derechos subjetivos que deriven del acto administrativo, es decir, opera tanto en relación con los actos favorables como respecto los de gravamen.

En el supuesto que nos ocupa, el error en el apartado 6.3 sobre individualización de responsabilidad advertido en el PCH de 18 de marzo de 2014, subsanado en el acuerdo de la DC notificado el 24 de abril de 2014, objeto de recurso, es un error ostensible, manifiesto e indiscutible al margen de las diversas interpretaciones de la normativa aplicable, y por tanto directamente comprobable con los datos del propio acto administrativo.

La consideración por la DC de la participación de NESTLÉ en los años 2004 y 2006 en los intercambios de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, al margen de su efectiva constatación como irrefutable o como constitutiva de infracción (análisis que excede del de este procedimiento de recurso), entiende este Consejo se desprende inequívocamente del apartado 5 del PCH, en particular de los párrafos 225, 177 y 178, así como del anexo I del PCH de 18 de marzo de 2014, notificado el 20 de marzo. Es decir, el dato que se corrige (participación de la recurrente durante los años 2004 y 2006), al margen de su omisión en cierto apartado del acto administrativo que se corrige, se desprende del resto del contenido del propio acto, lo que evidencia que se trata de un simple error.

En relación con el párrafo 178, si bien es cierto como señala la recurrente que el mismo no hace referencia expresa a NESTLÉ, el párrafo indica literalmente que “*se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%*”. La mención al Gremi debe entenderse como alusiva, entre otros, a la recurrente por cuanto ésta, como señala la DC en su informe formaba parte de dicho Gremi, siendo además miembro de la Junta Directiva.

En consecuencia, constando expresión clara en el propio PCH de la participación de NESTLÉ en los intercambios de información, no puede entenderse que la subsanación del error en el apartado 6.3.8 del PCH de la omisión de la participación en los años 2004 y 2006, suponga una ampliación del texto como sostiene la recurrente. Según consta en el expediente, ningún apartado del PCH de 18 de marzo de 2014 ha sido modificado, más allá de las correcciones introducidas en el apartado 6.3 que subsanaban los errores advertidas en la duración de la práctica anticompetitiva.

Todo ello, además, se entiende sin perjuicio de la constatación sobre si tales menciones, datos o hechos se revelan como suficientes o no para entender acreditada la participación de la recurrente en la conducta imputada durante el lapso de tiempo al que el propio PCH extiende la duración de la conducta, pues como ya se ha señalado, ello excede del objeto de este procedimiento de recurso.

En lo que respecta a la indefensión alegada, remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC, y por la actual Sala de Competencia de la CNMC entre otras, Resolución de 2 de abril de 2014 (Expediente R/DC/0009/14, EUROPAC) “*la indefensión supone una limitación de los*

medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes" debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, "no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos".

Analizadas las circunstancias del caso resulta evidente tal y como indica la DC que el acuerdo recurrido en ningún momento pudo causar indefensión a la parte, puesto que tal y como consta en la propia notificación se concedió a NESTLÉ y a todas las partes interesadas en el expediente un nuevo plazo de quince días para formular alegaciones exclusivamente en relación con las corrección de errores introducidas en el apartado 6.3 del PCH. Además, tras la Propuesta de Resolución que se presente por la DC a este Consejo, en las que se responderán las alegaciones de las partes, NESTLÉ dispondrá nuevamente de un plazo de quince días para formular nuevas alegaciones a tal Propuesta. No hay en consecuencia, supresión de trámites de audiencia, habiendo la DC adecuado la tramitación del procedimiento a todos los trámites que, en garantía del ejercicio del derecho de defensa y de la posibilidad de presentar alegaciones y proponer prueba, están previstos en la LDC.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la exigencia de un perjuicio irreparable la recurrente no realiza ninguna alegación al respecto en su escrito de recurso. La inexistencia de alegación al respecto hace innecesario que este Consejo se pronuncie sobre la concurrencia de tal elemento.

De acuerdo con lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por NESTLÉ contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada, **por mayoría simple**, en el día de hoy 31 de Julio del 2014 por esta Sala de Competencia en el marco del Expediente R/AJ/00245/14 NESTLÉ ESPAÑA S.A.

Con carácter previo al desarrollo de los Motivos de mi discrepancia, entiendo procede dejar acreditados los siguientes **ANTECEDENTES**:

1º El Secretario de esta Sala de Competencia el día **14 de Mayo de 2014**, elevó al Pleno y para conocimiento, deliberación y fallo una Propuesta de Resolución de la Asesoría Jurídica (**ANEXO I**).

Propuesta que fue rechazada por dos consideraciones **(1)** por inasumible; y **(2)** por ser contraria al espíritu del Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, al tratarse de un órgano manifiestamente incompetente para hacerlo.

Asesoría Jurídica hacía la siguiente Propuesta y cito literalmente **“inadmitir el recurso interpuesto por NESTLÉ contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de Abril de 2014”**.

2º Por consecuencia de ello, se designó una Ponencia que fue turnada a los Consejeros Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

Esta Ponencia, el día **17 de Julio del 2014** elevó a la Sala de Competencia una Propuesta de Resolución para ser deliberada y fallada por el Pleno (**ANEXO II**).

La Ponencia fue vencida por mayoría simple (Presidente y dos Consejeras) y, en consecuencia de ello, se procedió a turnar el expediente a las dos Consejeras Doña María Ortiz y Doña Idoia Zenarrutabeitia, tras deliberarse en los Plenos de los días 17 y 24 de Julio, por las consideraciones que **en este momento no voy a comentar**.

Puede causar extrañeza, a priori, el retraso (desde el día 14 de Mayo al día 17 de Julio) pero ello viene explicado en los antecedentes de la Propuesta de Resolución que fue vencida y que conforma el **ANEXO II**.

3º La Propuesta de Resolución presentada por las dos Consejeras ha sido aprobada con el voto favorable del Presidente.

En la Parte Dispositiva de la misma y cito literalmente se dice **“desestimar el recurso interpuesto por NESTLÉ contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de Abril de 2014”**.

4º La redacción, **a priori**, puede sorprender y entenderse como una simple coincidencia ocasional.

Sin embargo de ello, si leemos ***incluso apresuradamente e incluso sin el detenimiento suficientemente, siempre exigido y exigible***, ambas Resoluciones, la que he numerado y relacionado como ANEXO I y ésta aprobada en el día de hoy, se observan las siguientes similitudes-coincidencias-discurso argumental ***sorprendentes***:

- a) Igual número de páginas: 7.
- b) Igual encabezamiento: Consejo. Sala de Competencia.
- c) Igual redacción: los párrafos principian y terminan de igual forma en ambas y en las mismas páginas.
- d) Igual número de párrafos, redacción idéntica, las palabras y las frases también lo son: Antecedentes de Hecho del (1) al (10) de las páginas 1 y 2; también lo son los Fundamentos de Derecho: habilitación competencial, objeto de la presente resolución y pretensiones del recurrente, sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.
- e) Sería altamente interesante comprobar, a los anteriores efectos, conocer si ambas propuestas, también, fueron escritas en el mismo ordenador.

La ***única diferencia*** estriba en la conclusión que, si bien es idéntica, en el fondo: en la primera (ANEXO I) termina con una inadmisión del recurso; y en ésta termina con una desestimación del recurso.

Con igual redacción: sólo se cambia una palabra: inadmitir por desestimar. Incluso el nombre de la recurrente se contrae y reduce a NESTLÉ, en vez de a NESTLÉ ESPAÑA S.A., llevando conceptualmente a un equívoco, por cuanto ésta Nestlé, la recurrente, es una filial de la suiza NESTLÉ S.A.

Cabe preguntarse en Derecho, si partiendo de antecedentes de hecho y fundamentos de derecho ***idénticos, miméticamente idénticos*** puede concluirse de manera diferente: inadmisión y desestimación.

Cabe preguntarse, en un ítem más, si la primera Propuesta fue redactada por Asesoría Jurídica y fue desestimada por inasumible a la par que por ser propuesta por órgano manifiestamente incompetente para ello; y ésta segunda es idéntica a aquélla, quién realmente ha sido el autor material de la misma.

Resolución miméticamente idéntica-igual, ***incluso con la omisión de declaraciones sustantivas que afectan a la continuidad del expediente sancionador.***

-----0-----

Mi discrepancia, en cuanto al fondo, la concreto en los siguientes

MOTIVOS

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.

En la Propuesta de Resolución que este Consejero, hoy discrepante, elevó a la Sala de Competencia para deliberación y fallo, establecía los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*Primero.- La Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día **19 de Marzo del 2014**, notifica a las partes interesadas, entre las que se encuentra NESTLÉ ESPAÑA S.A., un Pliego de Concreción de Hechos, en el que deja establecido al Folio 202 parágrafo 6.3.8 NESTLÉ ESPAÑA S.A. (“NESTLÉ”).*

(340) Se considera que las prácticas anticompetitivas descritas en el apartado 5 de este Pliego que son imputables a PASCUAL (sic) son particularmente:

*a) Intercambio de información entre las industrias lácteas en relación con precios y estrategias comerciales, que en algunos casos **se podrían haber materializado en acuerdos: desde 2000 a 2003 y desde 2007 a 2010.***

*b) Intercambio de información entre las industrias lácteas sobre ganaderos, que en algunos casos, **se podrían haber materializado en acuerdos de reparto de mercado, en 2000 y desde 2008 a 2010.***

*Segundo.- La Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día **24 de Abril del 2014** notifica a las partes interesadas, entre las que se encuentra NESTLÉ ESPAÑA S.A., lo que denomina “**Acuerdo de subsanación de determinados errores**” de conformidad con lo prevenido en el Artículo 105.2 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

***Subsanación** que consiste “en ampliar el ámbito temporal de la conducta imputada **también** a los años 2004 y 2006” exclusivamente “en relación con precios y estrategias comerciales” no haciendo manifestación alguna en orden al reparto del mercado”.*

SEGUNDO.- VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNO.

***Prima facie** decir que reitero la totalidad de Fundamentos de Derecho establecidos en mi Propuesta de Resolución y que, en aras a evitar innecesarias repeticiones los dejo enunciados con remisión a ellos (**ANEXO II**).*

Decir ahora que:

1º La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su **Artículo 47 Recursos administrativos contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación** (hoy Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ex Ley 3/2013 de 4 de Julio) dispone en su apartado primero que *“las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación (hoy Dirección de Competencia) que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Sala de Competencia) en el plazo de diez días”* siguientes al de su notificación.

Y se dice en el apartado tercero que *“recibido el recurso, el Consejo (hoy Sala de Competencia) pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días”*.

2º La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone en el **Artículo 105 Revocación de actos y rectificación de errores**, apartado segundo que *“las Administraciones Públicas podrán asimismo rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*.

Ciertamente **pero con los límites y en armonía y concordancia con lo dispuesto en la Ley 4/1999** esto es, que se trate de simples rectificaciones y que en ningún caso o circunstancia **(1) no afecten al interés público;** y **(2) ni a la seguridad jurídica.**

Y, en todo caso, salvaguardando la obligatoriedad de términos y plazos (Artículo 47) y lo que es más importante **en estricta aplicación de lo prevenido en el Artículo 54** de la misma Ley 30/1992 que en orden a la **motivación** de los actos administrativos ordena en su apartado primero que *“serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho a) los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos”*.

El Artículo 54 de la Ley 30/1992 debe ser visto a la luz de lo prevenido en los **Artículos 208 y 218** siguientes y concordantes de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, **de aplicación supletoria de aquella**, en tanto que disponen que las *“las resoluciones....deben ser claras, precisas y congruentes...y se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

-----0-----

Por ello, entonces decía y ahora reitero, el primer motivo del Recurso administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA S.A., contra el Acuerdo de la

Dirección de Competencia **debe ser estimado por inexistencia de motivación** (concepto formal) con las consecuencias que seguidamente se establecerán, **pero también** por cuanto aborda sin motivación aspectos y contenidos de fondo, tales como:

- **Recalificación del ámbito temporal** (causa).
- Productora de **efectos** sustantivos, por cuanto afectan a la conducta, transportando una conducta aislada y temporal concretada a un solo ejercicio, hasta una **calificación de conducta única y continuada**.
- Todo lo cual produce **indefensión** ex Artículo 24.1 de la Constitución Española, en tanto que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Lo que me llevaba y hoy me ratifico en ello, a concluir que “no estamos en presencia de una corrección de simples errores aritméticos, materiales o de hecho, sino de contenido sustantivo que afecta al fondo y culmina en una vulneración del **principio de tipicidad** ex Artículo 129 de la Ley 30/1992”.

TERCERO.- VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES: DOS.

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 50 Instrucción del expediente sancionador**, en su apartado tercero ordena que “los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un Pliego de Concreción de Hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”.

El Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero) en su **Artículo 33 Pliego de Concreción de Hechos** dispone en su apartado primero que “de conformidad con lo previsto en el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia, los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que será notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince días podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes. **Recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días la Dirección de Investigación PROCEDERA AL CIERRE DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN**, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio”.

-----0-----

Por consiguiente, la conducta seguida por la Dirección de Competencia al abrir un nuevo Segundo Pliego de Concreción de Hechos, **una vez cerrada la fase de instrucción**, vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad y, por ello, lo

dispuesto en los Artículos 9 y 24.1 de la Constitución Española, por vulneración del Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 y del Artículo 33 del Real Decreto 261/2008.

-----0-----

El Pliego de Concreción de Hechos **es un acto único e inmodificable**, con causa inequívoca en la instrucción habida, so pena de vulnerar la seguridad jurídica de las partes. **Y no puede cerrarse y abrirse ad infinitum por discrecionalidad del instructor**, en este concreto caso la Dirección de Competencia.

La Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ya abordaba los **límites** de este acto administrativo, en orden a *“la concreción clara, precisa, inequívoca y motivada del Pliego de Concreción de Hechos”*.

Pliego de Concreción de Hechos (en terminología española y Pliego de Cargos en la Comisión Europea) previsto para recoger los hechos probados que pueden ser constitutivos de infracción, con la obligación de ser notificado a los presuntos infractores, a los efectos anteriormente citados.

El Pliego de Concreción de Hechos es, pues, **el acto administrativo** que fija los Hechos Probados que configuran la imputación acusatoria y las personas (físicas o jurídicas) imputadas, de manera que todo el procedimiento posterior **no puede desviarse** de los allí fijados, como ha establecido desde siempre el Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, la **Resolución de Septiembre de 2000 Expediente Sancionador AENOR**).

En ella recuerda que el **Tribunal de Justicia Europeo** ha declarado con reiteración que *“el respeto de los derechos de defensa exige que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la empresa interesada la posibilidad de manifestar adecuadamente su punto de vista sobre la realidad y pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegadas, de manera que el Pliego de Concreción debe facilitar a la empresa todos los elementos necesarios para que pueda defenderse de forma eficaz. En el Pliego de Concreción de Hechos deben mencionarse con claridad todos los elementos esenciales....”* (entre otras, **Sentencias Hofmann-La Roche de 11 de Febrero de 1979; Cimentieres CBR y otros/Comisión de 18 de Diciembre de 1992; y CB y Europa/Comisión de 23 de Noviembre de 1994**).

-----0-----

En la normativa de la Comunidad Europea (**Reglamento 99**) el Pliego de Concreción de Cargos es el documento en el que la Comisión, después de haber reunido los elementos que le permiten establecer pruebas suficientes de la existencia de una infracción **recoge los hechos probados y formula la acusación** que comunica a las partes imputadas para alegaciones (Artículo 2.1).

Según dispone el Artículo 2 apartado 2, la Comisión **sólo podrá** tomar en consideración, en sus decisiones, los cargos respecto de los cuáles las empresas hayan podido exponer sus puntos de vista. De este modo, el Pliego de Cargos tiene por efecto **crystalizar** la postura de la Comisión, **impidiendo a ésta mantener en su Decisión otros cargos distintos de los comunicados (Sentencias IBM de 11 de Noviembre de 1981 y Auto Reynolds de 18 de Junio de 1986).**

El **efecto cristalización** conlleva **(a)** que la Comisión no podrá fundamentar su decisión sobre otros datos de hecho que los comunicados; **(b)** que para poder fundamentar su decisión sobre un elemento de hecho, la Comisión deberá indicar con claridad en el Pliego de Cargos que piensa utilizar y presentar tal documento contra la empresa; **(c)** que la Comisión no podrá acusar a una empresa de una **infracción distinta** de la que figura en el Pliego de Cargos y, en particular, dando a los hechos **una calificación diferente** a la concretada en el Pliego de Cargos; **(d)** que la Comisión no podrá acusar a las empresas de una infracción cuya **duración** sea superior a la tomada en consideración en el Pliego de Cargos, ni podrá ampliar el alcance o modificar la naturaleza de los cargos; **(e)** que la Comisión no podrá fundamentar su decisión sobre una concepción jurídica diferente de aquéllas sobre las que se asiente el Pliego de Cargos; y **(f)** que la Comisión no podrá imponer multas sin anunciar su intención de hacerlo (entre otras, **Sentencias Pasta de Madera II de 3 de Marzo de 1986; Pioneer de 7 de Junio de 1983; Tribunal de Instancia Europa y de 23 de Febrero de 1994).**

Decía entonces y lo ratifico ahora que *“en mérito de lo anterior, debe estimarse la pretensión del recurrente por vulneración del principio de legalidad, con las consecuencias que se determinarán posteriormente”.*

CUARTO.- VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES: TRES.

En mi Propuesta de Resolución **(ANEXO II)** que ahora reitero en su totalidad, establecía que el **Artículo 6 del Código Civil** dispone en su apartado tercero que *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho”* y continúa diciendo en su apartado cuarto que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.*

De ahí que su alcance sea muy amplio, al referirse no sólo a los negocios jurídicos en general, sino a toda clase de actos que puedan producir efectos jurídicos.

Su significado está en la protección del orden establecido por la Ley **contra la arbitrariedad en cualquiera de sus manifestaciones y efectos.**

La doctrina científica, con el Profesor **DE CASTRO** a la cabeza, en su Tratado de Derecho Civil y de Magistrado del Tribunal de La Haya, establecía que “*una vez producida la nulidad por declaración expresa*” sus efectos son especialmente graves por cuanto “*el acto nulo es ineficaz de modo insubsanable, de ahí que se le tenga por **inexistente o sin valor en Derecho** y ello desde el momento inicial **ex nunc** desde el momento en el que se produjo o fuera declarado nulo*”.

Doctrina científica asumida sin vacilaciones ni restricción alguna, de forma constante, uniforme y reiterada por la jurisprudencial emanada de la Sala Primera de lo Civil, del Tribunal Supremo.

La nulidad se produce **ipso facto** pero en todo caso, ciertos actos en realidad nulos pero con cierta apariencia de legalidad y en orden a deshacer la confianza que **prima facie** hayan podido haber creado, **sea precisa una declaración judicial o administrativa**.

De ello no puede inferirse, según doctrina jurisprudencial, que “*la nulidad necesite una declaración judicial **in se** sino que para destruir la FIDES que acompaña a la apariencia de legalidad sea precisa **la declaración pública que la destruya con valor erga omnes***”.

“*De ahí que **la nulidad sea oponible contra todos** y no sólo frente a los intervinientes, por cuanto la nulidad se considera un acto especialmente contrario a la Ley y, por tanto, indigno e inadecuado para la protección jurídica” (**titulus invalidus non potest aliquem effectem validum operari**).*

Los actos nulos se caracterizan por estar afectados de una nulidad absoluta. Actos cuya ineficacia es intrínseca o sin efectos de ninguna clase en el ámbito del Derecho, **lo que les imposibilita crear derechos u obligaciones**.

La fórmula de nuestros antiguos juristas “*quod nullum fuit ab initio non convalescit tractu temporis nec rectificatur*” sigue vigente, por cuanto la nulidad según su esencia (**in se** y **per se**) es definitiva e insalvable **al caer fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, con valor ex tunc**.

Por tanto, me ratifico en lo establecido en mi Propuesta de Resolución “*procede declarar la nulidad del Acuerdo adoptado por la Dirección de Competencia, en la creación de un Segundo Pliego de Concreción de Hechos, una vez que fue cerrada la fase de instrucción, contraviniendo lo dispuesto en el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero. Y ello con la totalidad de consecuencias y efectos erga omnes*”.

QUINTO.- VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: QUATRO.

A mi leal saber y entender, tiene una especial relevancia el establecimiento que seguidamente concreto.

Esta SALA DE COMPETENCIA el día **29 de Mayo del 2014** en el marco del Recurso R/AJ/0245/14 NESTLÉ ESPAÑA S.A., tomó el siguiente **ACUERDO**:

“ACUERDO (Expte. R/AJ/0245/14 NESTLÉ ESPAÑA S.A.

En Madrid, a 29 de Mayo del 2014

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha adoptado el siguiente ACUERDO en el marco del Expediente Sancionador S/0425/12, en el Recurso Administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA S.A.

Han sido Ponentes los Consejeros, Don Fernando Torremocha y García.Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

(...)

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria del día 29 de Mayo del 2014

HA ACORDADO

Primero.- Admitir a trámite el Recurso administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de Abril del 2014, que le fuera notificado el siguiente día 25 de Abril.

*Y en consecuencia deberá ponerse de manifiesto el Expediente Sancionador S/0425/12 del que trae causa, **a las partes interesadas** para que puedan formular alegaciones en el plazo de quince días naturales.*

Segundo.- Suspender el plazo concedido por la Dirección de Competencia a NESTLÉ ESPAÑA S.A., para presentar alegaciones al pliego de Concreción de Hechos, hasta tanto no se resuelva por esta Sala de Competencia el Recurso administrativo interpuesto.

*Comuníquese este ACUERDO a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y **notifíquese fehacientemente a las partes interesadas en el Expediente Sancionador S/0425/12** haciéndoseles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa.”*

-----0-----

El Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, dispone en su **Artículo 24 Recurso contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación** “1. Conforme a lo establecido en el Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, una vez presentado el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, éste instará

a la Dirección de Investigación para que **le remita copia del expediente junto con su informe en el plazo de cinco días; 2. Si hubiere otros interesados se les dará traslado del recurso** y se les pondrá de manifiesto el expediente para que en el plazo de quince días aleguen cuanto estimen procedente”.

En iguales términos conceptuales se pronuncia el Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia: **la obligatoria necesidad de dar traslado a la TOTALIDAD de partes interesadas.**

En el Acuerdo de admisión a trámite del Recurso administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA S.A., **se ha obviado e incumplido** el notificarlo a la totalidad de partes interesadas, lo que vulnera no sólo lo prevenido en el Artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia y en el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia sujeto al régimen ordinario de los recursos; sino lo que es de mayor importancia, vulnera el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, **causando indefensión a la totalidad de partes interesadas en el Expediente Sancionador S/0425/12.**

SEXTO.- CONCLUSION.

Me reitero en la conclusión fijada en mi Propuesta de Resolución, que nuevamente y a los efectos de este Voto Particular Discrepante concreto del siguiente tenor:

En consecuencia, dado que el denominado irregularmente Acuerdo tomado por la Dirección de Competencia, que propiciaba una llamada “*subsanción de determinados errores*” y ello en el marco de **un Segundo Pliego de Concreción de Hechos**; y dado que dicho Acuerdo y sus determinados errores trascienden la previa valoración conceptual de las conductas imputadas, por cuanto se estaría en presencia no sólo de una **recalificación** del ámbito temporal de las conductas imputadas, **sino también** de creación de efectos sustantivos, como sería el de una calificación **ex novo** en cuanto a la realidad trascendente de pasar de una calificación de simple conducta a serlo de una conducta única y continuada, con lo que ello implicaría en el orden sancionador.

PROCEDE:

1º Estimar el Recurso administrativo interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia recurrido, en tiempo y forma hábiles en Derecho, en el marco de un Segundo Pliego de Concreción de Hechos, creado ad hoc una vez declarado el cierre de la instrucción, declarándolo nulo a todos los efectos y con valor erga omnes, por cuanto no se está en presencia de simples y determinados errores materiales, sino que el dicho Acuerdo afecta, no sólo al ámbito temporal de la conducta de NESTLÉ ESPAÑA S.A., ampliándola a los años 2004 y 2006; sino también

que tal ampliación implica necesariamente una trascendencia sustantiva en la calificación de tal conducta elevándola al rango de única y continuada, lo que necesariamente conlleva una vulneración de derechos fundamentales y, en concreto, la indefensión, prohibidos por los Artículos 9 y 24.1 de la Constitución Española; así como de los Artículos 50.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero.

2º Levantar el plazo de suspensión del procedimiento sancionador acordado, en tanto se resolviera el presente Recurso administrativo.

3º Comunicar a todas las partes interesadas en este Expediente Sancionador S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2 tal consecuencia, a cuantos efectos procedan, de conformidad con lo previsto en el Artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero.

En consecuencia se debió entonces y se debe ahora, comunicar esta Resolución y el Voto Particular Discrepante a las siguientes partes interesadas (salvo error u omisión):

- Corporación Alimentaria Peñasanta S.A.
- Danone S.A.
- Grupo Leche Pascual S.A. (ahora denominado Calidad Pascual)
- Nestlé España S.A.
- Cooperativa Agrícola y Ganadera del Pirineo SCCL
- Industrias Lácteas Asturianas S.A.
- Forlactaria Operadores Lecheros S.A.
- Central Lechera Asturiana SAT
- Leche Río S.L.
- Central Lechera de Galicia S.L. (CELEGA)
- Senoble Ibérica S.L.
- Leche Celta S.L.
- Feiraco Lácteos S.L.
- SAT Ganadera San Antón
- Unions Agrarias UPA
- Asociación Gremio de Industrias Lácteas de Cataluña
- Asociación de Empresas Lácteas de Galicia

Así por este Mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 31 de julio del 2014, en el marco del Expediente R/AJ/0245/14 NESTLÉ ESPAÑA, S.A.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- No tengo el convencimiento de que el cambio introducido por la DC en el PCH de 18 de marzo de 2014, y en relación con la recurrente, pueda conceptualizarse como subsanación de un *error*, si por éste se entiende la «*mera equivocación elemental, que se aprecia de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, [que se] evidencia por sí sola, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos*» (STS de 1 diciembre 2011, RJ 2012/3550).

La mayoría de esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC sostiene que lo recogido en la “subsanación” –la participación de la recurrente en el intercambio de información [...] en los años 2004 y 2006–, realmente estaba incluido “[...] en el apartado 5 y anexo I del PCH notificado el 20 de marzo de 2014”, y “se desprende [de ahí] inequívocamente, en particular de los párrafos 225, 177 y 178. Es decir, el dato que se corrige [...] se desprende del resto del contenido del propio acto”. Es posible que eso sea así, pero no puedo afirmar que estoy de acuerdo con ello porque no he tenido acceso al PCH, por lo que tampoco he podido entrar en su contexto y decidir sobre el tema por mí mismo.

La única frase de todo el PCH que a fecha de hoy me es conocida es la que forma parte del siguiente texto de la *Resolución*:

«En relación con el párrafo 178, si bien es cierto como señala la recurrente que el mismo no hace referencia expresa a NESTLÉ, el párrafo indica literalmente que “se tuvo varias reuniones donde las empresas representadas por el Gremi, expusimos la bajada de precios orientativa y que iba a suponer entorno al 4%”. La mención al Gremi debe entenderse como alusiva, entre otros, a la recurrente por cuanto ésta, como señala la DC en su informe formaba parte de dicho Gremi, siendo además miembro de la Junta Directiva».

Si en el PCH de 18 de marzo de 2014 hubiera evidencia de que en la reunión a la que se alude participó de hecho la recurrente, ya sea de forma directa o probadamente delegada; o de que, incluso sin haberlo hecho, mostró más allá de toda duda su compromiso con lo acordado, la referida frase tendría para mí un valor probatorio. Pero, de nuevo, ignoro si esos elementos constan el PCH inicial.

SEGUNDO.- Además de la pretensión de que el cambio efectuado por la DC en el PCH de 18 de marzo de 2014 no es una subsanación de error, sino una ampliación de

cargos, en su recurso NESTLÉ ESPAÑA, S.A. también somete ante esta Sala de Competencia de la CNMC la pretensión de que el citado cambio le produce indefensión. La presente *Resolución* desestima dicha pretensión porque:

« [...] se concedió a NESTLÉ y a todas las partes interesadas en el expediente un nuevo plazo de quince días para formular alegaciones en relación con la corrección de errores introducida [...]. Además, tras la Propuesta de Resolución que se presente por la DC a este Consejo [...] NESTLÉ dispondrá nuevamente de un plazo de quince días para formular nuevas alegaciones a tal Propuesta».

Lo primero es indudablemente cierto. Pero lo segundo no me parece un sólido argumento para desestimar la pretensión de la recurrente. Tendría cierto valor si el órgano que debe resolver sobre la aludida Propuesta de la DC, fuera otro que esta misma SALA, o si estuviera entonces compuesto por personas distintas a las que ahora la conforman... Pero no siendo así, y considerando que para resolver ahora *en uno u otro sentido* la SALA debe utilizar *sus* propios fundamentos, sean los que fueren, ¿qué probabilidad hay de que en un futuro cercano, y tratándose de los mismos hechos, el órgano resolutorio los observe de forma distinta a como ahora lo haga, *al margen de cuál sea ésta?*

De ninguna manera se pretende insinuar, y mucho menos decir, que esa probabilidad es nula, sino que, en estricta aplicación de la lógica, el argumento utilizado por la *Resolución* no parece sólido **en este caso**.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 31 de julio de 2014.