

Id Cendoj: 28079230062002100899
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 432/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a trece de septiembre de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 432/99, se tramita, a instancia de la empresa AZUCARERA **EBRO** AGRÍCOLAS, S.A., creada tras la fusión de las extinguidas **EBRO** AGRÍCOLAS, COMPAÑÍA DE ALIMENTACIÓN, S.A. y SOCIEDAD GENERAL AZUCARERA DE ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora Dña. Ana Nieto Altuzarra, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 15 de abril de 1999 (expediente 426/98), sobre prácticas restrictivas de la competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo partes codemandadas la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE FABRICANTES DE GALLETAS DE ESPAÑA, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CAMELOS Y CHICLES, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CHOCOLATES Y DERIVADOS DEL CACAO, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PANIFICACIÓN Y PASTELERIA DE MARCA y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE TURRONES Y MAZAPANES, representadas todas ellas por el Procurador D. Victorio Venturini Medina.

La cuantía del presente procedimiento es 7.194.114,89 € (1.197.000.000 pesetas).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 12 de mayo de 1999, y la Sala, por providencia de fecha 26 de mayo de 1999, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Mediante escrito de fecha 19 de junio de 1999, las Asociaciones antes citadas solicitaron ser tenidas por personadas en el presente procedimiento, y por providencia de fecha 22 de junio de 1999, se les tuvo por personadas como partes codemandadas.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de

demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestaron a la demanda las Asociaciones codemandadas.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 12 de septiembre de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 15 de abril de 1999, que impuso sanciones a 4 empresas fabricantes de azúcar, así como a la Asociación General de Fabricantes de Azúcar de España, por prácticas contrarias a la *Ley 16/1989, de 17 de julio*, de la Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada disponía lo siguiente, en relación con las empresas **Ebro** Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A. y Sociedad General Azucarera de España, S.A.:

"Primero.- No tomar en consideración como prueba en este procedimiento los documentos declarados confidenciales por no haber sido objeto de contradicción ni haber sido tenidos en cuenta para redactar el Pliego de Concreción de Hechos."

"Segundo.- Declarar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el *artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989*, de Defensa de la Competencia y el *artículo 85.1 a)* del Tratado de la Unión Europea, por parte de **Ebro** Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A., Sociedad General Azucarera de España, S.A...."

"Tercero.- Imponer a las autoras de la práctica prohibida las siguientes multas:

- **Ebro** Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A.: 827 millones de pesetas.

- Sociedad General Azucarera de España, S.A.: 370 millones de pesetas..."

"Cuarto.- Intimar a las condenadas a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y se abstengan de realizarlas en el futuro."

"Quinto.- Declarar que en el presente expediente no existen pruebas que acrediten la discriminación de precios del azúcar, la aplicación de precios abusivos muy superiores a los de sus competidores de otros Estados y no coherentes con sus variaciones de costes, ni de la celebración de acuerdos para repartirse el mercado."

"Séptimo.- Ordenar a las condenadas la publicación a su costa de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de la máxima circulación nacional."

SEGUNDO.- En su demanda, la parte actora alega: a) nulidad de la Resolución impugnada, por estar dirigida a empresas inexistentes, b) caducidad del expediente, c) indefensión, por obligada renuncia a secretos comerciales y d) inexistencia de conductas concertadas en la fijación de precios.

El Abogado del Estado contesta que es irrelevante el defecto denunciado sobre la inexistencia de las empresas, que no existe caducidad y que resultan plenamente acreditadas las conductas contrarias a la defensa de la competencia

La parte codemandada indica que no procede la anulación de la resolución recurrida por haber sido dirigida a dos empresas que se han fusionado, que no se ha producido caducidad, que no hay indefensión de la recurrente por haber renunciado a la confidencialidad de ciertas pruebas y, en cuanto al fondo del asunto, considera que es correcta la aplicación de la prueba de presunciones para acreditar la concertación en la fijación de precios del azúcar.

TERCERO.- Examinamos la primera de las cuestiones que plantea la demanda. Sostiene el recurrente que **Ebro** Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A. (**EBRO**) y Sociedad General Azucarera de

España, S.A. (AZUCARERA) no existían en la fecha en que se dictó la Resolución impugnada, lo que conocía el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), luego dicha Resolución es inválida por constatar infracciones e imponer sanciones a empresas inexistentes.

La Sala no entiende del todo a qué se refiere el recurrente cuando afirma que la Resolución impugnada es inválida por constatar infracciones e imponer sanciones a empresas inexistentes.

Las empresas **EBRO** y AZUCARERA procedieron a su fusión, mediante escritura pública de 11 de mayo de 1998, y como consecuencia de esta operación, crearon una nueva sociedad, la hoy recurrente, AZUCARERA **EBRO** AGRÍCOLAS, S.A., que sucedió en bloque, a título universal, en el total patrimonio de las sociedades fusionadas.

Luego en el momento de los hechos que se examinan en la Resolución impugnada, acaecidos en los años 1995 y 1996, la empresa recurrente no existía, y las conductas que el TDC considera contrarias a la *ley 16/1989, de 17 de julio*, de Defensa de la Competencia (LDC), fueron llevadas a cabo por **EBRO** Y AZUCARERA. No se comprende muy bien cómo el TDC puede "constatar infracciones" sin indicar el nombre de sus autores. De igual manera, tampoco es imaginable la forma en que el TDC puede desarrollar toda su fundamentación jurídica, analizando las distintas circunstancias concurrentes en cada interviniente en los hechos e individualizando las sanciones, sin citar el nombre de las sociedades autoras de las infracciones.

Desde luego, lo que no puede pretenderse con el argumento del recurrente es que la extinción por fusión de unas sociedades anónimas implique la extinción también de su responsabilidad en el ámbito administrativo sancionador.

El artículo 130.1 de la *ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJ -PAC*, admite que las personas jurídicas, como las personas físicas, pueden ser responsables de ilícitos administrativos. Ahora bien, es distinto el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas, en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada, que cuando se trata de la muerte o fallecimiento de una persona física. En el caso de las personas jurídicas, el haber social responde de las sanciones, y estas forman parte del pasivo transmitido a los socios (*artículo 235 Código de Comercio*), con independencia de su participación en el ilícito, o como es el caso, a la nueva sociedad creada por la fusión, sucesora a título universal de los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas (*artículo 233 del RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre*, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico atribuye al fenómeno de constitución de una nueva sociedad anónima, por fusión de otras, unos efectos que no es posible desconocer: extinción de las sociedades fusionadas, transmisión de sus respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad y sucesión de esta en los derechos y obligaciones de aquellas.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, en el caso de las sociedades, es acorde con los principios de derecho punitivo, que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades, pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria, dejar sin efecto unas determinadas sanciones (STS de 18 de abril de 1994 -RJ 1994\3375 y de 20 de septiembre de 1996 -RJ 1996\6787).

Por lo tanto, como conclusión sobre este primer punto, era exigible que la Resolución impugnada se refiriera en sus hechos y fundamentación jurídica a los autores de las prácticas que sanciona por sus nombres, con independencia de que se hubieran extinguido o no (lo contrario, imputar unos hechos a una sociedad por entonces inexistente -la hoy demandante- no es conforme a derecho). Es cierto que, en la parte dispositiva, la Resolución impugnada podía haber hecho una referencia a la sucesión de las empresas sancionadas por una nueva sociedad, pero tal defecto es irrelevante a todas luces, porque ya la propia Resolución, en su Hecho 51, expresa tal circunstancia, y especialmente porque la sucesión de la nueva sociedad en las responsabilidades de las empresas fusionadas opera por disposición de la ley.

CUARTO.- La parte recurrente alega la caducidad del procedimiento, tanto en la fase seguida ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), como en la fase ante el TDC.

La LDC, en su *artículo 50*, declara el carácter supletorio de las disposiciones de la LRJ-PAC, que se aplicarán en lo no previsto expresamente por la propia LDC o por las disposiciones reglamentarias que se dicten para su ejecución.

La LRJ-PAC y las normas dictadas en su desarrollo, contienen una regulación de la caducidad que la parte actora considera de aplicación al presente caso.

El *artículo 43.4 LRJ -PAC* (en su redacción original) establece la caducidad de los procedimientos no susceptibles de provocar una resolución favorable al interesado, cuando se exceda el plazo señalado para dictarlos y 30 días más, y el *artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, establece el plazo de 6 meses para dictar resolución, transcurrido el cual, "...se iniciará el plazo de caducidad previsto en el *artículo 43.4 ... LRJ -PAC*.

Sin embargo, la Sala no considera que la anterior regulación de la caducidad sea aplicable a los procedimientos del TDC. Existe ya un pronunciamiento de esta Sala sobre la no caducidad del expediente administrativo -de este concreto expediente- en el SDC, en la sentencia de 4 de julio de 2002 (recurso 445/99, de esta misma Sección), dictada en un recurso interpuesto contra la misma Resolución del TDC por otra de las empresas azucareras sancionadas (la Sociedad Cooperativa General Agropecuaria, ACOR).

Decíamos en esa sentencia que la aplicación supletoria de la LRJ-PAC sólo es posible respecto de aquellos aspectos compatibles con la naturaleza de los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y que bastaba un examen de los plazos establecidos en la LDC para comprender que resultaba imposible su tramitación en el tiempo señalado con carácter general para los expedientes sancionadores.

Además, el régimen de caducidad establecido por el *artículo 43.4 LRJ -PAC*, está previsto para los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos, mientras que en este caso no concurre ninguno de esas dos condiciones, pues, por un lado, nos encontramos ante un expediente iniciado por denuncia de las Asociaciones codemandadas, y por otro lado, no hay que olvidar que en los procedimientos seguidos ante el TDC, junto a la protección de un interés público, puede estar presente, en muchas ocasiones, un interés privado, pues no en vano el *artículo 13.2 LDC* permite que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos "...podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional..."

QUINTO.- Por lo que se refiere a la caducidad del procedimiento ante el TDC, el *artículo 66 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre*, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un nuevo precepto (*artículo 56*) a la LDC, cuyo apartado 2 establece que el TDC habrá de dictar Resolución en el plazo máximo de 12 meses a contar desde la admisión a trámite del expediente.

Continúa diciendo el nuevo *artículo 56.2 LDC* que "...transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento. "

Tal disposición entendemos, a pesar de las dudas del propio recurrente, que es plenamente aplicable al caso presente, porque la *disposición transitoria 12ª de la ley 66/1997* es muy clara al respecto. Dice tal disposición transitoria, en su apartado segundo, que el plazo máximo en el que el TDC dictará Resolución, de conformidad con el *artículo 56.2 LDC*, "...se aplicará a aquellos expedientes admitidos a trámite por el Tribunal a partir de 1 de enero de 1998."

El expediente del que trae causa este recurso fue admitido a trámite por el TDC por providencia de 17 de abril de 1998, luego es de plena aplicación el plazo máximo de 12 meses para dictar Resolución.

Admitido a trámite el expediente por el TDC el 17 de abril de 1998, la Resolución fue dictada el 15 de abril de 1999, esto es, dentro del plazo máximo de 1 año establecido por el *artículo 56.2 LDC*.

El recurrente indica que la fecha inicial del cómputo del plazo de caducidad no puede ser el 17 de abril de 1998, porque el TDC incumplió el *artículo 39 LDC* que indica que, recibido el expediente, el TDC deberá resolver sobre su admisión en el plazo de 5 días. Como el expediente fue recibido el 3 de abril de 1998, el recurrente estima que 5 días después de esa fecha debe entenderse por admitido a trámite y, a partir de ese momento, contarse el plazo máximo de 1 año para resolver.

Con independencia que no es eso lo que dispone el *artículo 56.2 LDC*, que como hemos reiterado, sitúa expresamente el inicio del plazo máximo para resolver en la fecha de admisión del expediente por el TDC, y no en la fecha de su recepción, y ni siquiera en la fecha de los 5 días siguientes a la recepción,

olvida la parte recurrente que ni, aún admitiendo su tesis, se cumplirían los presupuestos temporales que el artículo 56.2 LDC exige para la declaración de caducidad, que son que venza el plazo de 1 año y que transcurran 30 días desde el vencimiento, y en este caso, la Resolución fue dictada, e incluso notificada, antes del transcurso de dichos plazos.

SEXTO.- Alega la parte recurrente que le ha producido indefensión la obligada renuncia a secretos profesionales.

Esta alegación tiene su origen en la providencia del Instructor, de fecha 5 de mayo de 1997 (folio 4747, tomo XV, del expediente del SDC) que, en respuesta a las previas solicitudes de **EBRO** y AZUCARERA, estimó suficientemente justificadas sus respectivas peticiones de confidencialidad sobre determinados documentos que contenían datos internos de las empresas de carácter estratégico, si bien, en su apartado tercero, el citado proveído ponía en conocimiento de las partes que los documentos sobre los que se declaraba la confidencialidad, al no ser objeto de contradicción, no pueden ser tenidos en cuenta para su descargo.

El argumento de la actora consiste en que, obligada por tal advertencia del SDC, tuvo que renunciar a la confidencialidad de algunos de esos documentos, a fin de que pudieran ser tenidos en cuenta para su descargo.

Así las cosas, la renuncia a la confidencialidad y el consiguiente acceso de la parte contraria al conocimiento de esos documentos, con la consiguiente posibilidad de contradecirlos y de ser valorados en descargo de los recurrentes por el TDC, podrá producir efectos comerciales negativos para los recurrentes, cuestión esta ni alegada ni materia del presente recurso, pero desde luego, lo que no produce es indefensión en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

No indica el recurrente cuales son esos documentos respecto de los que se vio obligado a renunciar a su confidencialidad, ni menos aún reprocha al TDC que no los haya tenido en cuenta en su descargo, o siquiera que los haya valorado insuficientemente.

Repasando las actuaciones ante el SDC y TDC, **EBRO** no renunció a la confidencialidad de ningún documento propio, sino que solicitó que se alzara la confidencialidad sobre determinados documentos de los denunciados, que es cosa muy distinta. Oídas las Asociaciones denunciadas, que se opusieron parcialmente a dicho alzamiento, respecto de los documentos que contenían secretos comerciales y datos que permitían identificar a las empresas que promovieron la denuncia, el TDC en providencia de 5 de marzo de 1999 mantuvo la confidencialidad, haciendo saber a los recurrentes que en dichos documentos confidenciales no existía ninguna prueba de cargo en la que se haya fundado la acusación, lo que corroboró la Resolución impugnada.

En las actuaciones si aparece, por el contrario, una renuncia de AZUCARERA a la confidencialidad de documentos propios, contenida en su escrito de proposición de pruebas (folios 101 a 147, Tomo II, del expediente del SDC), que afectó a los documentos que acompañó a dicho escrito, con los números 1 y 3. El documento nº 1 se refiere a 8 empresas, clientes de AZUCARERA, con expresión del precio de tarifa, las bonificaciones y el precio neto, a fin de demostrar que a ninguno de esos 8 clientes se les aplicó el precio de tarifa, ni antes, ni después de las subidas. El documento nº 3 se refiere a información obtenida por AZUCARERA de sus propios clientes sobre los precios de las empresas azucareras competidoras.

Con independencia del valor probatorio que pueda darse a dichos documentos, de lo que nos ocuparemos más adelante, importa destacar ahora que la renuncia por AZUCARERA a la confidencialidad de dichos documentos no le ocasionó ninguna indefensión, en contra de lo que alega en su demanda. Entre el 5 de mayo de 1997, fecha en que se declaró la confidencialidad de los documentos, y el 28 de mayo de 1998, fecha en que AZUCARERA presentó su escrito de proposición de pruebas ante el TDC, transcurrió tiempo suficiente para que dicha empresa pudiera valorar el alcance y la conveniencia de su renuncia, y en dicho acto la empresa recurrente actuó asesorada por Letrado, que firmó el escrito de proposición de pruebas en el que se incluía la renuncia a la confidencialidad de los indicados documentos.

SÉPTIMO.- Sobre el fondo del asunto, entiende la parte recurrente que no concurren ninguno de los requisitos que permiten hacer uso de la prueba de indicios para tener por acreditadas la existencia de una concertación de precios.

La utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia es admitida sin ninguna duda por el Tribunal Supremo, así sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997\8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274) y

también por esta Sala, en sentencias de 24 de junio de 1999 (recurso 881/1997) y 17 de enero de 2002 (recurso 1764/98).

El Tribunal Constitucional viene exigiendo, para que la prueba de indicios sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (autos TC 21/2000 y 228/2000 y sentencias TC 220/1998 y 91/1999).

En este caso, los hechos acreditados, respecto de los que no cabe ninguna duda, consisten en que, durante los años 1995 y 1996, las empresas azucareras **EBRO** y AZUCARERA, así como las empresas ARJ y ACOR, también sancionadas por el TDC, variaron los precios del azúcar en España para uso industrial, de forma idéntica en su cuantía y coincidente en el tiempo.

Estas variaciones se produjeron en cuatro ocasiones, los días 1 de febrero, 1 de abril, 1 de septiembre de 1995 y 1 de mayo de 1996, tal y como se detalla en los cuadros siguientes:

SUBIDA DE PRECIOS DE 1 DE FEBRERO DE 1995

Empresa	Fecha de anuncio	Fecha de subida	Importe de subida
---------	------------------	-----------------	-------------------

EBRO	18-1-95	1-2-95	4 pts/Kilo
------	---------	--------	------------

AZUCARERA	16-1-95	1-2-95	4 pts/Kilo
-----------	---------	--------	------------

ARJ	17-1-95	1-2-95	4 pts/Kilo
-----	---------	--------	------------

SUBIDA DE PRECIOS DE 1 DE ABRIL DE 1995

Empresa	Fecha de anuncio	Fecha de subida	Importe de subida
---------	------------------	-----------------	-------------------

EBRO	16-3-95	1-4-95	4 pts/Kilo
------	---------	--------	------------

AZUCARERA	21-3-95	1-4-95	4 pts/Kilo
-----------	---------	--------	------------

ARJ	13-1-95	1-4-95	4 pts/Kilo
-----	---------	--------	------------

BAJADA DE PRECIOS DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1995

Empresa	Fecha de anuncio	Fecha de bajada	Importe de bajada
---------	------------------	-----------------	-------------------

EBRO	7-8-95	1-9-95	2 pts/Kilo
------	--------	--------	------------

AZUCARERA	11-8-95	1-9-95	2 pts/Kilo
-----------	---------	--------	------------

ARJ	28-8-95	1-9-95	2 pts/Kilo
-----	---------	--------	------------

ACOR	30-8-95	1-9-95	2 Pts/Kilo
------	---------	--------	------------

SUBIDA DE PRECIOS DE 1 DE MAYO DE 1996

Empresa	Fecha de anuncio	Fecha de subida	Importe de subida
---------	------------------	-----------------	-------------------

EBRO	15-4-96	1-5-96	1 pts/Kilo
------	---------	--------	------------

AZUCARERA	18-4-96	1-5-96	1 pts/Kilo
-----------	---------	--------	------------

ARJ	22-4-96	1-5-96	1 pts/Kilo
-----	---------	--------	------------

ACOR	16-4-96	1-5-96	1 Pts/Kilo
------	---------	--------	------------

Tal coincidencia durante 2 años seguidos en los precios, entre empresas competidoras, con estructuras y costes distintos, encuentra una explicación racional, sin ningún salto de lógica o ausencia de

premisas intermedias, en un acuerdo previo de fijación de precios entre las empresas azucareras.

Tal conclusión se encuentra avalada, además por abundantes documentos, unidos al expediente y citados en la Resolución recurrida, que aquí se tienen por reproducidos, y que ponen de manifiesto la existencia de múltiples contactos y comunicaciones entre las empresas competidoras en el sector del azúcar industrial.

Así, en la reunión de Presidentes y Directores Generales de **EBRO** y AZUCARERA, celebrada en Madrid el 21 de septiembre de 1995, el Director General de esta última advirtió de "...la necesidad de que se cumplan los acuerdos...", denunciando por ejemplo que en el Sur **EBRO** "...ha hecho promesas de precios fuera de lo acordado..." (folio 2624, Tomo VII, del expediente del SDC).

Y entre la documentación que los funcionarios del SDC, designados al efecto, obtuvieron en la sede social de ARJ se encuentran diversos modelos de carta empleados por las empresas **EBRO** y AZUCARERA para comunicar a sus clientes las subidas o bajadas en los precios industriales del azúcar, bien entendido que no se trata de cartas que aquella empresa pudiera haber obtenido de clientes de estas últimas, sino de los modelos o formularios utilizados por dichas empresas, que fueron facilitados por estas a ARJ. Uno de dichos modelos -el utilizado por AZUCARERA- fue remitido por dicha empresa a D. Benedicto, del Departamento Comercial de ARJ, y en el otro -el utilizado por **EBRO** - puede leerse que se trata del "modelo de carta a enviar a todos los clientes de industria y distribución" (folios 333 y 334, Tomo I, del expediente del SDC)

Así pues, existen unos hechos indubitados, las subidas y bajadas de precios coincidentes en las cantidades y fechas de efectividad, realizadas por 4 empresas competidoras con diferentes costes de producción, corroborados por el intercambio de información, que no pueden entenderse sin un concierto o acuerdo previo entre ellas. Que no exista coincidencia en las fechas en que las empresas azucareras anunciaron esas variaciones, sino una diferencia de escasos días, no desvirtúa en absoluto la anterior conclusión, pues lo determinante de los acuerdos era la variación del precio y su fecha de aplicación, extremos en los que la coincidencia fue absoluta, careciendo de relevancia que las alzas y bajas en los precios se hicieran públicas por las empresas con escasos días de diferencia.

OCTAVO.- La demandante sostiene que no existe un enlace preciso y directo entre los hechos probados (precios idénticos) y los hechos presumidos (concertación), porque existe otra inferencia alternativa también razonable. La explicación alternativa se basa en la transparencia del mercado del azúcar en España, que posibilita un conocimiento profundo por cada uno de los fabricantes de las estrategias y posibilidades de sus competidores, y en la tendencia lógica de seguimiento al líder, que lleva a unos operadores a seguir los movimientos de los otros, para no perder su cuota de mercado.

Sin embargo, la transparencia del mercado y el seguimiento del líder podrían justificar, en su caso, una tendencia -que no es lo mismo que una coincidencia- en las bajadas de precios, pero no en las subidas. Tampoco pueden tales argumentos explicar cómo, en la subida de precios de 1 de febrero de 1995, la empresa con menor cuota de mercado (ARJ, con una cuota del 7%), anuncia la subida antes que **EBRO** (la empresa líder, con una cuota del 54% del mercado).

Tales explicaciones son, además, contradictorias con el hecho de que las empresas se comunicaran entre ellas los modelos de cartas a clientes para anunciar las variaciones de precios.

En definitiva, los argumentos derivados de las circunstancias del mercado del azúcar, alegados por la recurrente, no son suficientes, ni constituyen una alternativa razonable, para explicar esa completa coincidencia en las cantidades y en las fechas en que subieron y bajaron los precios del azúcar industrial durante 2 años. En criterio de la Sala, la concertación de las empresas competidoras, es no sólo la explicación racional de esas variaciones coincidentes de los precios, sino la única posible.

NOVENO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de AZUCARERA **EBRO** AGRÍCOLAS, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 15 de abril de 1999, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

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

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-