

Id Cendoj: 28079230062003101094
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 416/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a seis de mayo de dos mil tres.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 416/99, seguido a instancia de la mercantil "**Azucareras** Reunidas de Jaen SA", representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Velasco Muñoz Cuellar, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandadas, con asistencia letrada y representadas por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, la "Asociación española de fabricantes de chocolate y derivados del cacao, la Asociación profesional de fabricantes galletas de España SA", la Asociación española de panificación y pastelería de marca, y la Asociación española de fabricantes turrone y mazapanes". También con asistencia letrada y representada por la Procurador de los Tribunales Dª Ana Nieto Altuzarra, compareció en calidad de codemandada, la mercantil "**Azucarera** Ebro Agrícola SA". El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó superior a 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 15-4-1999, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva y en lo que afecta al presente proceso, se dispone: "

1º. Declarar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *art. 1.1.a) Ley 16/1989* y el *art. 85 1 .a)* del Tratado de la Unión Europea, por parte de..... "**Azucareras** Reunidas de Jaén SA", consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.

2º Imponer a la autora una sanción de 107 millones de pts.

3º Intimar a las condenadas a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y se abstengan de realizarlas en un futuro.

4º Ordenar a las condenadas que 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 máxima circulación nacional.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Caducidad del expediente administrativo:

* En la fase de tramitación:

Iniciado el procedimiento el 4-11-1996 (fecha en la que el Servicio lo declara formalmente incoado) o como muy tarde el 7-2-1997 (fecha en la que el Servicio dicta una providencia ampliatoria), y habida cuenta de que no tuvo ninguna interrupción ni suspensión, habría caducado en junio de 1997 o en octubre del mismo año, por aplicación de los *art. 20.6 RD 1398/93 en relación con el 43.3 Ley 30/1992* (6 meses, más 1=7), en cualquier caso antes de la entrada en vigor del nuevo *art. 56 de la Ley 16/1989 (art. 100 Ley 66/97)*, que establece un plazo de caducidad de 18 meses para los procedimientos tramitados por el Servicio. Por todo ello al recibirlo el TDC del Servicio el 3-4-1998, ya había caducado y el TDC debió apreciar esta circunstancia de oficio.

*En la fase de resolución ante el TDC:

En esta fase ya está en vigor el nuevo *art. 56 Ley 16/1989* que establece para esta trámite un plazo de caducidad de 12 meses que se inicia en a los 5 días hábiles siguientes al de llegada de las actuaciones ante el TDC, esto es, el 9 de abril y no el 17 como materialmente fijó el TDC al retrasar la fecha de la providencia de admisión a trámite. Al dictarse la resolución del TDC el 15 de abril de 1999 ya habría caducado el expediente.

b) Nulidad del pliego de cargos.

No se individualizan las conductas de los imputados y las realizadas por unos y otros son distintas como también lo es su posición en el mercado lo que supone una infracción de los *art. 9, 24 y 25 CE*.

c) Respecto del fondo del asunto.

.No ha existido identidad de comportamiento entre la recurrente y las demás empresas **azucareras** para fijar el precio del azúcar: A lo sumo hubo una aproximación importante en las fechas de modificaciones del precio y en sus importes, pero no una identidad total.

.No ha existido un comportamiento contrario a las normas naturales del mercado: El mercado del azúcar es un mercado fuertemente intervenido en el seno de la UE, limitado, según el acto impugnado, a la franja entre los precios de intervención y frontera sin explicar las razones de esta limitación. Sin embargo, en España, donde la cuota de azúcar es deficitaria, no sirve como referencia el precio de intervención pues nunca tendrán los fabricantes necesidad de vender a ese precio, lo que sí ocurre en países como Alemania donde la cuota es excedentaria. Ofrece una explicación alternativa a la aparente coincidencia de los precios que el TDC asevera sobre la base de una prueba de presunciones indebidamente formada, pues parte de una base incierta como es que en 1995 y 1996 las 4 empresas **azucareras** españolas se concertaron para realizar 4 modificaciones de precios idénticas en su cuantía y en la fecha de aplicación, cuando no ha existido identidad total, y por otra parte, si bien existieron ciertas comunicaciones entre la recurrente y EBRO no hay prueba de que hayan existido éstas respecto de las otras 2 empresas por lo que no ha existido reciprocidad en las comunicaciones. Estima que existe explicación alternativa a la coincidencia que cifra en la transparencia del mercado y en seguimiento al Líder que son rechazadas infundadamente por el TDC ya que no ha y prueba ninguna de la concertación de la que se le acusa, pues a lo sumo existen actas de Acuerdos interprofesionales sobre precios de remolacha o relativas a una reunión de arroceros. No hubo cruce de faxes porque no se ha presentado ninguno en el que la recurrente contestara a los remitidos por Ebro o **Azucarera**. Ebro con un 54% del mercado es el Líder y la recurrente, con un 6,8%, debía seguir, lo comunicara éste o no, su política de precios.

.Termina el TDC rechazando la explicación alternativa ofrecida diciendo que los costes de producción de las empresas son diferentes y luego afirma que no hay prueba sobre la diferencia de los costes de producción de las empresas. Invoca la STJCE de 13-7-1989 asunto Lacaceau, que ponen de manifiesto que en el supuesto de existir una explicación alternativa a la coincidencia de precios no procede aplicarla prueba de presunciones.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: Es evidente que no puede entenderse que el plazo de caducidad anterior a la *Ley 66/97* era de 6 meses ante el servicio cuando la nueva *Ley impone uno de 18* atendida la especialidad del trámite, siendo la *Ley 30/1992* meramente supletoria. Por otra parte no transcurrió el plazo de 12 meses ante el TDC ya que la resolución se dictó el 15 de abril y el plazo finalizaba el 17, sin perjuicio de la solicitud de suspensión pedida por Ebro.

Recuerda la legalidad de la prueba de presunciones, y subraya que en el presente caso ha quedado acreditado que se ha producido un paralelismo cuantitativo y temporal en la fijación de precios en los años de referencia, y que es un indicio suficiente de la existencia de concertación como única explicación posible a la identidad denunciada, especialmente en un mercado como el del azúcar en el que la homogeneidad del producto, su consideración de materia prima y la muy baja tasa de innovación, no permiten competir con marcas, publicidad o asimilados, sin que tenga relevancia el hecho de que no aparezcan documentos escritos de su participación en el acuerdo.

CUARTO:- Las entidades representadas por el Procurador D. Victorio Venturini Medina se opusieron a demanda alegando que no ha existido caducidad del procedimiento, adhiriéndose al manifestado por el Abogado del Estado y subrayando, en cualquier caso, que el procedimiento sancionador de la LDC tiene especialidades propias que justifican una mayor duración de los plazos de tramitación respecto de la *Ley 30/92 que no es aplicable como tampoco el RD 1389/93*. En lo que respecta a la tramitación ante el TDC la misma no excedió del plazo de 12 meses previsto por la *Ley 66/97 art. 100 y DT 12*, pues el cómputo del año se hace a partir de la admisión a trámite por el TDC del expediente y eso ocurrió el 17-4-1998 y mientras que la Resolución fue de 15-4-1999. El *art. 39 LDC* señala que el TDC resolverá en 5 días sobre la admisión a trámite del expediente recibido y dicho plazo no es de caducidad. Subraya que la finalidad de la concesión al TDC del plazo de 5 días no es la que pretende la recurrente pues ésta está protegida por la prescripción y el control de la desviación de poder. A ello se une la carga de trabajo que pesa sobre el TDC y las fechas de la recepción del expediente antes de Semana Santa por lo que tampoco estima que hayan existido dilaciones indebidas. Finalmente señala que el TDC tampoco habría agotado el plazo de 30 días posterior a los 12 meses a que se refiere el *art. 56 de la LDC* y desataca la conducta procesal de la recurrente que interesó la suspensión en la tramitación.

Niega que haya existido la indefensión denunciada, pues el pliego de cargos individualiza de forma suficiente los hechos imputados y prueba de ello es la facilidad con al que la recurrente ha podido estructurar su defensa.

En cuanto al fondo del asunto, subraya que la Resolución aplicó correctamente la prueba de presunciones pues las discrepancias destacadas por la recurrente en cuanto a las fechas y contenido de los Acuerdos son mínimas y las comunicaciones de precios, que expresamente se reconocen, se realizaron con carácter previo a la fecha de su efectiva aplicación. Invoca la Decisión de la Comisión *CE de 15-5-1974*, IFTRA para recordar que es irrelevante el que la comunicación se realice antes o después de informar a los clientes, doctrina confirmada por el TPI. Por otra parte Ebro reconoció la existencia de tarifas comunes a todos los fabricantes de azúcar, junto con los intercambios de información sobre los precios en los que ha intervenido la recurrente y que ella misma ha reconocido siendo irrelevante la falta de reciprocidad en los comunicados (Doctrina del TDC y TPI y Comisión que cita). Afirma que exista plena relación de causalidad entre la concertación y la fijación de precios, y que no existe explicación alternativa razonable al respecto, pues la ofrecida carece de base ya que la doctrina invocada sobre la transparencia o seguimiento del líder del mercado solo cabe cuando no ha existido previo acuerdo de concertación. Por otra parte la recurrente pudo hacer frente aun hipotético exceso de demanda de azúcar como consecuencia de no seguir a Ebro en su política mediante la importación de la misma desde Francia y otros países. Sobre los costes de producción remite a la lectura de la Resolución (FD 9 y 11.1).

QUINTO:- D^a Ana Nieto Altuzarra, en representación de " **Azucareras** EBRO Agrícolas SA", manifestó que se adhería al manifestado por la recurrente.

SEXTO:- Al no solicitarlo las partes, no se procedió a la apertura de período probatorio ni a la

presentación del escrito de conclusiones.

SÉPTIMO: Señalado el día 29 de abril de 2003 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

OCTAVO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

a) Determinar si ha existido caducidad del expediente administrativo tanto en su fase de tramitación ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante el Servicio) como ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), teniendo en cuenta que se incoó el 4-11-1996, fue remitido por el Servicio al TDC y recibido por éste el 3-4-1998, y sin embargo, el expediente se admitió a trámite en esta segunda fase el 17-4-1998. La Resolución recurrida se dictó el 15-4-1999.

b) Determinar si ha existido nulidad en la actuación administrativa como consecuencia de concentrar las distintas acusaciones a las empresas imputadas en un solo pliego de cargos, que a juicio de la recurrente no individualiza de forma suficiente su conducta, lo que, en su opinión, le causa indefensión.

c) Determinar si ha existido concertación entre la recurrente y otras tres empresas suministradoras de azúcar en la fijación de los precios.

SEGUNDO: Las cuestiones enunciadas en los puntos a) y c) del FJ anterior ya han sido resueltas por este Tribunal en sentencia de 13-9-2002 en el rec. nº 432/99 seguido a instancias de " **Azucarera** Ebro Agrícolas SA", codemandada en el presente proceso, por lo que debemos remitirnos a lo dicho en la referida sentencia.

A) Respecto de la primera cuestión, caducidad del procedimiento, en esencia dijimos que en la fase seguida ante el Servicio no resulta de aplicación la *Ley 30/1992*, criterio que respecto de la impugnación de esta misma resolución por otra empresa sancionada (ACOR) se mantuvo ya por este Tribunal en la sentencia de 4-7-2000 rec. nº 445/99. El argumento entonces empleado y que reiteramos en este momento es el de que, ante la ausencia de regulación específica que imponga un límite dado que la instaurada por la *ley 66/1997* no es aplicable por razones temporales, la *Ley 30/1992* sólo puede aplicarse con carácter supletorio en aquellos procedimientos que sean compatibles con la regulación que la misma contempla, y eso no ocurre en el presente caso en el que el respeto de los plazos previstos en la *Ley 16/1989 de Defensa* e la Competencia (en adelante LDC) para la tramitación del expediente ante el Servicio superan los señalados en la *Ley 30/1992*. *Por otra parte, decíamos que el art. 43.4 era inaplicable ya que el presente procedimiento fue iniciado por denuncia de entidades competidoras, coexistiendo en este tipo de procedimientos la tutela de los intereses públicos y otros privados, razones que nos conducen a desestimar este motivo de recurso. Tampoco entendemos que se haya producido la caducidad denunciada como consecuencia de la tramitación ante el TDC, pues con independencia de que en este caso sí sea de aplicación la nueva normativa que limita el plazo máximo de tramitación en esta fase a 12 meses (art. 56.2 LDC reformado por la Ley 66/1997, aplicable por la DT 12 ya que el expediente fue admitido después del 1-1-1998), lo cierto es que tampoco concurre la caducidad denunciada. Recordábamos en la sentencia de referencia, que dejando al margen el hecho que para nosotros no ofrece duda alguna de que el plazo de caducidad del año se empieza a contar desde el momento en el que el TDC decide admitir a trámite el expediente, pues ese es el primer acto de impulso procesal que pone en marcha el desarrollo del procedimiento, y añadimos ahora, que no se produce de forma necesaria y automática ya que va precedido de una operación de evaluación y en definitiva de enjuiciamiento que no siempre concluye con la admisión a trámite del expediente; por ello el plazo de 5 días para admitir el expediente a trámite contemplado en el art. 39 LDC no es de caducidad por lo que su infracción no produce la sustitución de la voluntad del órgano administrativo en el sentido de conceder una admisión a trámite automática. Así las cosas, admitido el expediente a trámite el 17-4-1998 y dictada la resolución el día 15-4-1999, es evidente que no había transcurrido el plazo máximo establecido por la ley por lo que la declaración de caducidad es improcedente. Pero aún en el supuesto hipotético que admitiéramos la existencia de una infracción del plazo máximo para resolver, de ello no derivaría la declaración de caducidad, pues el nuevo art. 56.2 LDC señala que ésta sólo se emite una vez transcurridos 30 días después del plazo de 12 meses sin que haya recaído resolución, lo que no ocurre en este caso en el que fue, incluso, notificada dentro del plazo de 12 meses.*

B) La segunda de las cuestiones planteadas, también fue resuelta de forma desestimatoria en la sentencia de referencia, por entender que efectivamente existió la concertación denunciada, conclusión a la que se llega en virtud de la prueba indiciaria (STC 220/1998) a que se hace referencia en la Resolución impugnada.. En efecto, resulta acreditado que las empresas Ebro, **Azucarera** , Acor, y la recurrente (ARJ), que tenían estructuras y costes distintos, durante los años 1995 y 1996, en cuatro ocasiones: 1 de febrero, 1 de abril, 1 de septiembre en 1995 y 1 de mayo de 1996, subieron los precios del azúcar para uso industrial en cuantías idénticas (4, 2 y 1 pts/kg), y lo anunciaron en fechas muy próximas (con unos pocos días de diferencia). Por otra parte, hay expresa admisión por la recurrente del envío de comunicaciones por parte de Ebro y de formularios para la comunicación de las alteraciones de los precios, extremos que deben valorarse a la luz de la jurisprudencia comunitaria citada por la recurrente que pone especial énfasis en la flexibilidad con la que deben tomarse en consideración dichas referencias ante la dificultad de encontrar en este tipo de acuerdos pruebas plenas que pongan de manifiesto la concertación que para nosotros es evidente a la vista de las coincidencias puestas de manifiesto. No podemos aceptar, finalmente la posibilidad de la existencia de una explicación alternativa a la coincidencia de precios sobre la base de la transparencia del mercado y el seguimiento al líder (en este caso Ebro), pues ya dijimos que esas dos circunstancias podrían explicar una cierta tendencia a igualar las bajadas de precios pero no las subidas.

TERCERO: Finalmente debemos analizar la cuestión distinguida en el FJ 1 de esta sentencia con la letra b), y que se refiere a la posible indefensión causada a la recurrente por la formulación de la acusación de forma global del pliego de cargos. El hecho de que la identificación de los cargos que se formulan al imputado figure en un solo documento o que se extiendan tantos como imputados es un dato irrelevante a los efectos pretendidos, pues lo verdaderamente trascendente es el hecho de que el imputado conozca con carácter previo a la imposición de la sanción, con claridad y precisión, los hechos de los que se le acusa, para así poder desplegar de forma eficaz su defensa. En el presente caso se tacha de global y poco preciso el pliego de cargos, pero sin embargo en el escrito de demanda no se concreta la omisión de ningún dato relevante, como lo sería la omisión de las fechas en las que se producen los hechos, las fechas de anuncio de las subidas de precio, o la exacta cuantía en las que los mismos quedan fijados en una relación temporal determinada. Por otra parte, la recurrente ha podido realizar su defensa de forma completa y basta leer su escrito de demanda para constatar que se refiere a cuestiones concretas y determinadas por lo que su alegación debe reputarse como una simple queja formal pero carente de entidad para anularla resolución impugnada ya que no se le causó indefensión material de tipo alguno.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.