

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: 006

MADRID

PO530 OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0006479

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000637 /2009**

Recurrente: ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE LA AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE ES PROPOLLO

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE LA AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE ES PROPOLLO, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por la representación procesal de la parte recurrente.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a treinta y uno de Enero de dos mil once.

EL SECRETARIO JUDICIAL



FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA

Reg Of:1004 / RG 1004
18/02/2011 12:00:25

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA



D. *Victor Gallardo Sánchez*, Secretario
de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Recurso Nº: 0000637/2009
la Audiencia Nacional, DOY FE: Que en el recurso n.º
obra lo siguiente:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000637/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06479/2009
Demandante: ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE LA
AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE
ESPAÑA

Procurador: D^a CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a diez de noviembre de dos mil diez.

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 637/2009 se tramita a instancia de la entidad **ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE LA AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE ESPAÑA**, entidad representada por la Procuradora D^a Consuelo

Rodríguez Chacón, contra Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía de 200.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 20 de octubre de 2009, este recurso respecto del acto antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que, por el presente escrito, tenga por formalizada demanda contra la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 29 de septiembre de 2009 por la que se resuelve declarar que la Nota de Prensa y las Declaraciones posteriores vulneran el artículo 1 de la LDC e imponer a PROPOLLO una multa sancionadora de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros), así como la obligación de publicar la parte dispositiva de la Resolución en el BOE y en dos periódicos de ámbito nacional y previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que:

1. Declare no ser conforme a Derecho la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 29 de septiembre de 2009.

2. Consecuentemente anule la imposición de la multa sancionadora.

3. Se imponga a la CNC la obligación de publicar, a su costa, el fallo de la sentencia que anule la sanción impuesta a PROPOLLO en el BOE y en dos periódicos de ámbito nacional, con el objeto de dejar indemne el buen nombre de mi representada, que se habría visto afectada por la publicación de la resolución sancionadora.

4. Imponga a la CNC la obligación de resarcir a PROPOLLO por los gastos incurridos a la hora de hacer frente a la referida obligación de publicación."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante."

3. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los

autos pendientes de señalamiento; finalmente, mediante providencia de 15 de julio de 2010 se señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2010, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 29 de septiembre de 2009, por la que se resuelve imponer a LA ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE LA AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE ESPAÑA (en lo sucesivo PROPOLLO) una sanción de multa de doscientos mil euros (200.000 euros) como responsable de una infracción del artículo 1 de la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC).

En concreto la resolución impugnada concluía con la siguiente parte dispositiva:

"Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de la que es autora la ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE ESPAÑA (PROPOLLO).

Segundo.- Intimar a la autora para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas.

Tercero.- Imponer una multa de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) a PROPOLLO como autora de la práctica restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente Expediente.

Cuarto.- Ordenar a PROPOLLO, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y la de su parte dispositiva en la sección de economía dos diarios de ámbito nacional de mayor circulación. En caso de incumplimiento se impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Quinto.- PROPOLLO justificará ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

Sexto.- Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

2. Las pretensiones de la demanda se fundamentan en los siguientes motivos:

- En primer lugar se alega que la conducta de PROPOLLO no puede calificarse como una recomendación colectiva en el sentido de la letra a) del artículo 1.1 de la LDC, al carecer de la necesaria aptitud para distorsionar la libre competencia. Para la parte actora no resulta admisible que el hecho de facilitar una simple previsión sobre el impacto del incremento del precio de los cereales en el coste de un tipo concreto de corte de carne de pollo (un dato aislado, singular y meramente ejemplificativo) pueda considerarse como un dato suficientemente concreto para que se estime una conducta idónea para restringir la competencia, especialmente en un mercado donde las modalidades de producto final son tan variadas.

- Considera también la actora que la sanción impuesta lesiona gravemente los principios de procedimiento sancionador y principios generales informadores de la actuación de las Administraciones Públicas. En concreto entiende vulnerados los principios de tipicidad y culpabilidad así como también los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad que deben presidir la actuación de las Administraciones Públicas.

El Abogado del Estado considera plenamente acreditada la existencia de una práctica anticompetitiva por parte de la sociedad demandante remitiéndose al contenido de la nota de prensa y declaraciones publicadas y a la valoración llevada a cabo en la resolución impugnada.

3. La Comisión Nacional de la Competencia en su resolución considera acreditados los siguientes hechos que a continuación se reproducen y que en ningún momento han sido discutidos por las partes.

1) Respecto a la identificación composición y representatividad del imputado, a ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DE AVICULTURA DE CARNE DE POLLO DEL REINO DE ESPAÑA (PROPOLLO):

(1) PROPOLLO desarrolla su actividad en toda España y actúa en todas las Comunidades Autónomas, pudiendo delegar a las Asociaciones Profesionales ya implantadas, el cumplimiento y la ejecución de los acuerdos adoptados por la Asamblea General o por la Junta Directiva de PROPOLLO.

(2) Actualmente forman parte de PROPOLLO las siguientes organizaciones (folio 197):

- a. Asociación Española de Empresas Productoras de Reproductoras Pesadas para la Producción de Pollo.
- b. Asociación Española de Productores de Pollitos
- c. Asociación de Productores de Pollos de España.
- d. Asociación de Mataderos de Pollos de España.

- e. Confederación Española de Fabricantes de Alimentos Compuestos para Animales (CESFAC).
- f. Federación Avícola Catalana (FAC)
- g. Asociación de Mataderos y Mayoristas de Carnes de Aves y Conejos de Cataluña.
- h. Asociación de Mataderos de Aves y Conejos (AMACO).
- i. Unión de Pequeños Agricultores
- j. Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA)
- k. Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos de España (COAS).

(3) El porcentaje de representatividad del sector es el siguiente (folio 335):

Rama Productora

- Reproductoras Pesadas: 99%
- Productores de Pollitos: 94%
- Productores de Pollos: 93%

Rama Transformadora

- Mataderos de Pollos: 91%
- Fabricantes de Piensos: 100%

(4) PROPOLLO se rige por unos Estatutos de los que se destacan los siguientes artículos (folios 241 y siguientes):

Artículo 5 "Su ámbito profesional lo comprenden las siguientes actividades o ramas de actividad:

- Producción de reproducciones pesadas
- Salas de incubación productoras de pollitos de un día
- Engorde y cebo de pollos
- Sacrificio, elaboración y transformación de pollos. (..)"

Artículo 7. "PROPOLLO tendrá como fines fundamentales los siguientes:

- a) Llevar a cabo Actuaciones que permitan un mejor conocimiento, una mayor eficiencia y una mayor transparencia de los mercados
- b) Mejorar la calidad de los pollos y de todos los procesos que intervienen en la producción del pollo, efectuando el seguimiento desde fase de producción hasta su llegada al consumidor final. (..)
- e) Promover actuaciones que faciliten una información adecuada a los intereses de los consumidores. (..)
- g) Desarrollar acciones que permitan una permanente adaptación de las producciones de pollos a las demandas de mercado (...)"

Artículo 8. PROPOLLO cumplirá estrictamente las normas reguladoras de la competencia

Artículo 9. "PROPOLLO para el cumplimiento de sus objetivos:

- a) Ostentará la representación, gestión y defensa de los intereses de sus miembros que corresponda con el ámbito funcional de la Interprofesión de la Avicultura de Carne de Pollo. (...)"

Artículo 14. "los órganos de gobierno de PROPOLLO son la Asamblea General y la Junta Directiva."

Artículo 24. "El Presidente tendrá la representación de PROPOLLO y los poderes delegados por la Junta Directiva, más los de proposición, coordinación, refrendo de actas y acuerdos."

2) Respecto a la estructura de promoción, la oferta de carne de pollo (de "Broilers", que son pollos jóvenes sacrificados a los dos meses de vida y que proporcionan canales de entre 1,6 ó 1,7 kilos) en nuestro país supero, durante 2007, 1,14 millones de toneladas, encontrándose estructurada en torno a varias empresas integradoras importantes (propietarias de los pollos y de los medios de producción para desarrollar el ciclo productivo de crianza y de engorde de los mismos. Las empresas integradoras suministran pollitos y piensos a las granjas integradas y transcurrida la fase de engorde las recogen con tamaño y peso estandarizados.

A parte de las integradoras, existen unas 50.000 explotaciones que operan por su cuenta y entregan su mercancía a los denominados "mataderos libres", que únicamente se dedican a la matanza de los pollos.

Además existen en España unos 180 mataderos, 430 salas de despiece, unos 300 almacenes frigoríficos y en torno a 60 empresas avícolas. Cabe señalar el auge del despiece, que en el año 2006 alcanzó el 45%, frente al 30% del año 2000, estando este fenómeno vinculado al desarrollo de las marcas industriales. La producción intensiva de carne de ave representa el 93% del total, mientras que el 7% restante corresponde a los "pollos de corral", que presentan tasas de crecimiento muy importantes.

En el sector existe también un elevado grado de concentración. El principal grupo del sector de la carne de pollo acapara el 24,5% del mercado (Grupo SADA), el segundo llega al 6% del mercado (Coop. Orensanas, COREN) y el tercero tan sólo el 4,8% (PADESA). Atendiendo a los niveles de producción, el grupo líder registra unas 286.000 toneladas, de las que 187.600 toneladas se comercializan despiezadas y envasadas. La segunda de las empresas produce unas 72.800 toneladas de las que el 40% se comercializa despiezado y envasado, mientras que la tercera llega hasta las 55.500 toneladas (18% envasado) (folios 340 y 341).

Tradicionalmente el comercio exterior de carne de pollo no es importante en España, ya que la producción interna cubre la demanda y no se generan grandes excedentes.

Desde la perspectiva de la demanda España es el mayor consumidor de carne de pollo en la UE. Además, la carne de pollo es el segundo tipo de carne más consumido en nuestro país, tras la carne de porcino (folios 201 y 305).

En España el consumo medio por persona y año de carne de pollo es de 16 Kg. El 80,6% de la carne de pollo se consume en los hogares, un 14,2% en hostelería y un 5,2% por otras instituciones.

En cuanto a la distribución comercial en España, el 41,8% de las compras de carne de pollo para su consumo en los hogares se adquiere en los supermercados, seguidos muy de cerca por las tiendas tradicionales con un 41,1% de la cuota de mercado. Por su parte, los hipermercados distribuyen el 11,5% de la carne de pollo destinada al consumo doméstico.

El precio medio del pollo de granja en el año 2007 fue de 108,8 €/100 Kg. en vivo, 11 € más que el año anterior.

4º) Respecto a la conducta denunciada:

“PROPOLLO ACORDÓ LA ELABORACION Y DIFUSIÓN DE LA Nota de Prensa de 23 de agosto de 2007 relativa al precio del pollo.

-Con fecha 23 de agosto de 2007, PROPOLLO solicitó a la agencia de medios de la entidad, Bourson & Marsteller, la elaboración de una nota de prensa (folio 233).

-Para ello, el Presidente y el Secretario General se comunicaron con la mencionada agencia remitiendo los datos necesarios para elaborar la nota (folio 336 y 369).

-La Nota de Prensa se difundió ese mismo día, el 23 de agosto de 2007, entre los asociados y en determinados medios de comunicación (folio 354)

-Según PROPOLLO, la decisión de elaborar y difundir la Nota de Prensa radica en la insistencia de los medios de comunicación, alertados por el encarecimiento de los precios de los cereales (folio 2289).

La Nota de Prensa de PROPOLLO incluye referencias concretas a la subida del precio del pollo.

-En su Nota de Prensa de 23 de agosto de 2007, PROPOLLO cuantifica posibles subidas de entre 18 y 20 céntimos del precio del kilo de carne de pollo eviscerado.

-De hecho, la propia Nota de Prensa se titula “El precio del pollo podría subir

Entre 18 y 20 céntimos kilo debido a los fuertes incrementos del precio de los cereales”

-En cuanto a su contenido, la citada Nota de Prensa señala (folio 233):

“El precio del pollo podría subir entre 18 y 20 céntimos kilo debido a los fuertes incrementos del precio de los cereales.

El coste del pienso con el que se alimentan los pollos representa el 70% de los gastos de producción.

Cada semana se crían casi 11 millones de pollos, lo que supone cerca de 22 millones de kilos.

Propollo pide a la Administración que se articulen medidas urgentes para frenar la subida en el precio de los cereales (...)

El precio del kilo de carne de pollo eviscerado (limpio, sin cabeza ni patas) podría subir en breve entre 18 y 20 céntimos con motivo de los elevados incrementos que han producido este año en el precio del pienso, alimento fundamental de los pollos y elaborado con distintos tipos de cereales. Propollo, la interprofesional avícola que representa a la práctica totalidad del sector, considera que el Gobierno debe tomar medidas urgentes para frenar la subida de precio de los cereales que en el último año se han incrementado aproximadamente un 50% (...).

Al igual que otros sectores como la carne, los huevos, la leche, los yogures o el pan que ya han subido o están pensando subir sus precios, confederamos que es de extrema necesidad que nuestro sector haga lo mismo”, mantiene el presidente de Propollo.(...).”

Tanto el Presidente de PROPOLLO como el Secretario General realizaron en agosto de 2007 declaraciones en prensa sobre la subida inmediata de los precios del pollo.

-A continuación se transcribe parte de las declaraciones realizadas por los directivos de PROPOLLO referidas a la subida del precio del pollo:

Declaraciones del Presidente de PROPOLLO (D. Federico Felix):

Diario Herald.es del jueves 23 de agosto de 2007 (folio 105):

“(...) “ En un Sector que produce a la semana diez millones de pollos y en el que el coste del pienso que comen nuestras aves representan prácticamente el 70 % de nuestros costes de producción, la no repercusión en nuestros precios de los fuertes incrementos padecidos en el último año den la cebada, el trigo y el maíz nos han llevado a una situación de gran recorte en los márgenes, de ahí que nos veamos obligados a subir los precios de manera inmediata”, afirmó su presidente Federico Felix.(...)”

“Al igual que otros sectores como la carne, los huevos, la leche, los yogures o el pan que ya han subido o están pensando subir sus precios, consideramos que es de extrema necesidad que nuestro sector haga lo mismo”.

-Diario Eldia.es del jueves 30 de agosto de 2007 (folio 106):

“(...). Ante esta realidad, el presidente de la patronal Propollo, Federico Felix, advirtió el pasado jueves de que, si el Ejecutivo no compensa el incremento de los costes de producción, en breve la carne de pollo se encarecerá entre 18 y 20 céntimos de euro en origen, lo que equivale a más de un 11%. (...)”

Declaraciones del Secretario General de Propollo (D. Angel Martín):

Diario Edmundo es economía del jueves 23 de agosto de 2007 (folio 104):

“(...) El secretario general de esta organización, Angel Martin, indicó que la subida del precio de pollo “será inmediata”, pero que aún es pronto para calcular los efectos que tendrá en el precio de venta al público (...)”

Diario Actualidad.terra.es del jueves 30 de agosto de 2007 (folio 107):

"(...) El secretario general de la interprofesional Avícola (Propollo), Angel Martín, aseguró a Efe que la carne de pollo eviscerado (limpio, sin cabeza ni patas) subirá entre 18 y 20 céntimos de euro por kilo, advirtió de que al ser un producto muy sensible en la cesta de la compra puede desembocar en menor consumo.(...)."

4. El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, en su redacción dada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de aplicación al caso por razones temporales, disponía:

"Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que constan en: a) La fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios. b) La limitación o el control de la producción, la distribución o el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes del aprovisionamiento. d) La aplicación en la relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con tales contratos."

De los preceptos citados resulta, como hemos tenido ocasión de señalar (por todas SAN de 27 de febrero de 2009, dictada en el recurso 403/2006): "El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." – hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

1) *La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.*

2) *En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la*

segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

La resolución impugnada entiende que la conducta llevada a cabo por parte de la demandante consistente en la publicación de la Nota de Prensa de 23 de agosto de 2007 y las declaraciones de su Presidente y Secretario General publicadas en prensa en agosto de 2007 relativas al previsible aumento del precio del quilo de pollo es una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y argumenta que se trataría de una **recomendación colectiva, como forma de práctica colusoria prohibida por el artículo 1 LDC, equiparable a los acuerdos horizontales entre competidores**. Considera que el contenido de la Nota de Prensa y las declaraciones posteriores, incluyen referencias expresas al incremento necesario que deberá producirse de forma inminente en el precio del pollo, lo cual estaría propiciando unas pautas comunes de comportamiento en relación con el precio futuro del pollo en España. Estas pautas pueden llevar a sustituir la libre iniciativa empresarial por una pauta común de comportamiento, que no es sino el objeto restrictivo de un recomendación colectiva realizada por una asociación, sin que, a juicio de la propia CNC, la afectación a la competencia que se produce pueda verse justificada por una coyuntura desfavorable para los asociados.

Sin embargo, la CNC, a diferencia de la propuesta de la Dirección de Investigación (que consideró que la conducta no solo tenía por objeto la restricción de la competencia, sino que también tuvo efectos) considera *"que no están acreditados en el expediente los efectos de incrementos de precios como consecuencia de la Nota de Prensa"*.

5. En lo relativo a la culpabilidad y circunstancias concretas atenuantes que se alegan en por de la proporcionalidad de la sanción, la actora considera que la imposición de la sanción, la actora considera que la imposición de la sanción de 200.000 euros es desproporcionada y adoptada al margen de las concretas circunstancias del caso, particularmente del funcionamiento del mercado avícola, así como de la crisis que estaba afectando al sector en las fechas de la sanción e insiste que la Nota de Prensa y las declaraciones posteriores carecían de aptitud para interferir de forma artificial la competencia en todo el sector, así como subraya la intención de PROPOLLO que no era otra que alertar a la Sra. Ministra de Agricultura y Pesca de las consecuencias del aumento constante del precio de los cereales.

En concreto considera la actora que a) la actuación fue dirigida simplemente a llamar la atención, una vez más de la Ministra de Agricultura y Pesca; b) el aumento imparable había reducido de forma insostenible los márgenes de beneficios de las empresas; c) no ha existido ningún tipo de intención o voluntad dirigida a lesionar la competencia (como reconoce la propia CNC en su Resolución); y d) no se ha constatado la existencia de una alteración, ni siquiera mínima en el precio del producto tras la Nota de Prensa, por lo que ésta no ha producido efecto alguno en el mercado.

En cuanto a la fijación de la sanción la CNC, reconociendo que **no se ha probado intencionalidad**, habría al menos negligencia en la conducta, y valora, de entre los criterios marcados por el antiguo artículo 10, la cuota de mercado elevada; los medios empleados para materializar la conducta, prensa, radio y televisión. No obstante reconoce que la conducta no se extendió en el tiempo, pues entre la Nota de Prensa y la última aparición de declaraciones en prensa transcurrió una semana y, se insiste, **que no se han constatado efectos**. En fin, sin negar tampoco la existencia de un poder de negociación de la distribución, tal y como ha venido siendo alegado por la actora desde el inicio del expediente, no la considera atenuante así como tampoco da razón de la consideración que le merece la existencia de una coyuntura desfavorable que también reconoce la CNC.

Ahora bien, a juicio de la Sala, lo anterior no justifica la sanción impuesta de 200.000 euros.

6. Considera la actora que la conducta de PROPOLLO no puede calificarse como una recomendación colectiva en el sentido de la letra a) del artículo 1.1 de la LDC, al carecer de la necesaria aptitud para distorsionar la libre competencia.

Esta Sala, sin embargo, ratifica la valoración de la conducta realizada por la CNC en el sentido de considerar la conducta objetivamente restrictiva de la competencia, con independencia de sus efectos, sobre lo que luego volveremos. Y es que aún cuando, en efecto, no informa de un precio uniforme para el pollo sí informa de una **subida de precios inminente**, esto es, da una pauta, señala un comportamiento a seguir y por ello es apta para unificar el comportamiento de los agentes y, en concreto, para repercutir las subidas de manera inmediata. Se está informando a todos los agentes afectados: productores, criadores, mataderos, comercializadores, distribuidores y consumidores de que va a tener lugar un incremento de precios.

La Sala acepta también -y también la CNC lo reconoce- que la intencionalidad de la actora no fue la de influir de forma artificial en el sector, al menos ello no ha quedado acreditado en el marco del expediente administrativo. Así, el Fundamento de Derecho Octavo de la Resolución afirma que: **"El Consejo considera que PROPOLLO aún cuando no se haya probado intencionalidad, habría al menos existido negligencia en su conducta, conducta objetivamente apta para distorsionar la competencia en el mercado o mercados en los que operan sus asociados"**.

En virtud de lo anterior queda claro que no ha quedado acreditada la intención infractora de la hoy demandante. Pero ello no es óbice a que la conducta sea por su naturaleza **objetivamente restrictiva de la competencia**, incluso también aceptando la alegación de la demandante sobre la finalidad última de la conducta, esto es, la concienciación de la Administración y de la opinión pública, lo cual, como decimos, no excluye al menos la culpa o negligencia, ya que la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o **negligente**-, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia

efectivamente querido, y la segunda, **la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.**

Por último, respecto de la naturaleza de la conducta es correcta la apreciación de la CNC cuando considera que dada la configuración de PROPOLLO, que agrupa tanto a criadores de ponedoras, como a criadores de pollo, como a fabricantes de piensos y a mataderos, y su elevada representatividad, así como ser la única agrupación de este sector, la Nota de Prensa conlleva el que todos los diversos asociados escuchen un único mensaje que procede de su propia asociación. Es decir, todos ellos perciben el mensaje, con independencia de que el incremento efectivamente no se produjese, y con independencia de que sea sobre el pollo eviscerado o sobre otro tipo, de la traslación de costes a precios, y por tanto cada asociado genera la expectativa de que sus competidores, o sus suministradores, pueden subir los precios.

En definitiva en el presente caso la Sala entiende que los datos obrantes en el expediente llevan a la conclusión de que teniendo en cuenta la elevada representatividad de la entidad recurrente (superior al 90%) la difusión de la Nota de Prensa y las declaraciones publicadas en prensa relativas al previsible aumento del precio del quilo de pollo tuvieron una repercusión que constituyen una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al haber propiciado, en definitiva, unas pautas comunes de comportamiento en relación con el precio futuro del pollo en España.

7. Un elemento fundamental en la determinación de las sanciones es el relativo a la culpabilidad del infractor: no procedería la imposición de una sanción aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia, si no concurre el elemento subjetivo de dolo o culpa.

Por otra parte el principio de proporcionalidad, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de mayo de 2004) constituye *“un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.”*

La CNC ha respetado el principio de culpabilidad, que exige que la imposición de la sanción tenga fundamento en la existencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad (STC 129/2003) habiéndose acreditado su concurrencia según lo dicho más arriba.

Ahora bien ello no justifica sin más la sanción impuesta de 200.000 euros, no siendo a tal efecto intrascendente el que las recomendaciones no tuvieran efecto

en el mercado por más que ello no sea exigido por el tipo de la infracción pues estamos examinando la proporcionalidad de la sanción. Por ello, este Tribunal, a la vista de la ausencia del elemento intencional o volitivo y, sobretudo, el hecho de que dicha conducta no habría supuesto una alteración efectiva de la competencia y también atendida la finalidad pretendida por los recurrentes, cuya conducta resulta plenamente compatible con la intención confesada de llamar la atención de las autoridades públicas y el hecho reconocido incluso por la propia Dirección de la Investigación de la CNC una vez mantenida la reunión con el Ministerio de Agricultura que expresaron todas las manifestaciones efectuadas a este respecto en prensa, todo ello hace que la sanción de 200.00 euros no resulte proporcionada a la vista de las concretas circunstancias del caso.

En el presente caso no procede apreciar circunstancia de agravación alguna ya que la cuota de mercado que según la CNC *"garantizaban un alcance de la infracción muy elevado"*, y suponiendo que se esté refiriendo a los efectos, carece de sentido ya que dichos efectos no se produjeron.

Sin embargo existen una serie de atenuantes que han de tener su debido reflejo en la cuantificación de la multa impuesta.

Al igual que ocurre con las circunstancias agravantes, la lista de atenuantes (ni en la anterior LDC ni en la vigente) no tienen carácter exhaustivo.

Una primera atenuante a considerar es el hecho de que la infracción haya sido cometida por mera negligencia, atenuante que según las directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas, apartado 29, debe operar como tal.

Asimismo el hecho de que la conducta no se extendió en el tiempo, pues entre la Nota de Prensa y la última aparición de declaraciones transcurrió una semana.

También ha de tenerse en cuenta la coyuntura económica particularmente desfavorable por el importante aumento del precio de los cereales, en general, y del pienso, en particular, que los operadores del sector estaban soportando; y de ahí que adquiera pleno sentido la explicación dada por la actora de que el espíritu tanto de la Nota de Prensa como de las declaraciones posteriores era poner de manifiesto dicho aumento y solicitar a la Administración competente la adopción de medidas urgentes que permitieran paliar dicha situación (de ahí la referencia expresa a que *"PROPOLLO (...) considera que el Gobierno debe tomar medidas urgentes para frenar la subida del precio de los cereales."*) la mera lectura consignados también en la Nota de Prensa que ponen de manifiesto de forma concluyente, en efecto, que la intención de PROPOLLO no era la de llevar a cabo ninguna recomendación colectiva, sino la de hacer hincapié en la necesidad de que la Administración interviniese adoptando medidas sectoriales de carácter paliativo, algunas de las cuales, según se señala en la demanda, tras la reunión el día 13 de septiembre de 2007 con la Sra. Ministra de Agricultura y Pesca se tomaron con posterioridad, con la supresión de aranceles a las importaciones comunitarias de cereales.

Resulta en consecuencia que tales circunstancias deben operar como atenuantes con la necesaria consecuencia de disminuir el importe de la sanción

impuesta, que esta Sala considera aplicando el principio de proporcionalidad más ajustado en la suma de 100.000 euros.

8. De lo anterior deriva la procedencia de estimar en parte el presente recurso, reduciendo la cuantía de la multa impuesta a cien mil euros.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la **ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DE LA AVICULTURA DE LA CARNE DE POLLO (PROPOLLO)** contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 29 de septiembre de 2009, a que las presentes actuaciones se contraen, la cual confirmamos por ser conforme a Derecho excepto en el extremo relativo a la cuantía de la sanción de la multa impuesta que se fija en cien mil euros (100.000) euros.

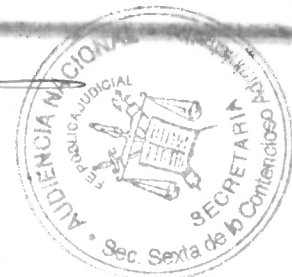
Sin expresa imposición de costas.

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.

LO anteriormente relacionado conuerda bien y fielmente con el original, al que me remito en caso necesario, y en prueba de ello expido el presente en Madrid, a 23 DIC. 2010

Doce té.



PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.