

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección : 006

MADRID

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0007644

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000834 /2009 MD**

Recurrente: FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA
ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, sin devolución del expediente al ser común con los Procedimientos Ordinarios 769/09, 817/09, 833/09, 846/09 y 850/09 devolución del expediente administrativo, rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a siete de mayo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
RegOf: 4715 / RG 4715
25/05/2012 12:30:22

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

834/09

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN SEXTA**

Núm. de Recurso: 0000834/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07112/2009
Demandante: FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE
ALIMENTACION Y BEBIDAS (FIAB)
Procurador: D. ANTONIO GARCIA MARTINEZ

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N°:

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

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a quince de febrero de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (FIAB)**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Antonio García Martínez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de**

octubre de 2009, relativa a sanción, y la cuantía del presente recurso 500.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB), y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Antonio García Martínez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta o subsidiariamente se acuerde reducir la sanción impuesta.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal 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.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día catorce de febrero de dos mil doce.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2010, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 500.000 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC,

instrumentada mediante la elaboración y difusión de notas de prensa y la colaboración entre asociaciones, que tiene por objeto facilitar el traslado a precios finales del incremento de costes de las materias primas y de la que son autoras la FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACION Y BEBIDAS (en adelante FIAB), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE PANIFICACION Y PASTELERIA DE MARCA (en adelante PPM), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE PASTAS ALIMENTICIAS (en adelante AEFPA), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE SALSAS, CONDIMENTOS PREPARADOS Y SIMILARES (en adelante AEFSYCP), la FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE (en adelante FEAD), ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CHOCOLATE Y DERIVADOS DEL CACAO (en adelante CHOCOA), ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HELADOS (en adelante AEFH) y la ASOCIACION DE FABRICANTES DE HARINAS Y SEMOLAS DE ESPAÑA (en adelante AFHSE), y contra la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (en adelante CEOPAN)

SEGUNDO. Imponer una multa de QUINIENTOS MIL euros (500.000 €) para FIAB, de DOSCIENTOS SETENTA MIL euros para CEOPAN (270.000 €), de TRESCIENTOS MIL euros (300.000 €) para FEAD, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para la AEFH, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para CHOCOA, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para PPM, de CINCUENTA Y DOS MIL euros (52.000 €) para la AEFPA, de TREINTAY SIETE MIL euros (37.000 €) para la AEFSyCP y QUINCE MIL euros (15.000€) para AFHSE, como autoras de la conducta restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente Expediente.

TERCERO. Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y la de su parte dispositiva en dos diarios de ámbito nacional a costa de la autora de la infracción. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

CUARTO. Ordenar a las entidades sancionadas que justifiquen ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

QUINTO. Ordenar a las autoras, así como a los cargos directivos que las representen, que en lo sucesivo se abstengan de realizar conductas semejantes.

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

TERCERO: Los hechos declarados probados por la Resolución impugnada, y que, tras el análisis de lo actuado la Sala acepta como tales, pueden concretizarse en la siguiente afirmación de la Resolución impugnada en lo que a la recurrente se refiere:

"2.1 FIAB

(35) La Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB) se creó en 1.977 para representar, a través de un único organismo y una sola voz, a

la industria española de alimentación y bebidas, primer sector industrial de nuestro país. La FIAB es, por tanto, la federación que representa a las Asociaciones de los sectores de fabricación de alimentos y bebidas cuya actividad se enmarca en el epígrafe 15 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE)

(36) En el marco de sus funciones la FIAB asume a representación y defensa de los intereses colectivos de estas Asociaciones y "goza de personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros y de plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines" (folio 3229). Asimismo su actividad fundamental es la de "informar a la industria del sector alimentario de las novedades que puedan afectar a su funcionamiento, tanto presente como posibles o futuras y de representar los intereses de la industria alimentaria ante las diferentes administraciones y órganos de decisión, nacionales y comunitarios" (folio 1841)

(37) La FIAB actualmente aglutina a más de 50 asociaciones sectoriales (49 Asociaciones "miembros" y 7 "adheridas") que agrupan un colectivo que supera las 8000 empresas productoras de alimentos del país. De acuerdo con sus estatutos (folio 3233) sólo pueden ser miembros de la federación asociaciones sectoriales representativas de los subsectores de la industria alimentaria. En el caso del presente expediente, todas las asociaciones contra las que se ha incoado el mismo, excepto CEOPAN, que no es miembro de FIAB, pertenecen a la categoría de miembros de "pleno derecho". Tal es el caso de AFHSE, FEAD, AEFH, CHOCOA, PPM, AEFPA y AEFSyCP.

(38) En relación con la representatividad de la Federación, a la vista de la información facilitada por la propia FIAB (folio 1868) señalando el grado de concentración de la demanda de este sector frente a una oferta de 30.000 empresas, se puede deducir que su representatividad sectorial se situaría en torno al 25% (dado que a través de sus asociados representa a unas 8000 empresas).

(39) Los órganos de gobierno que componen FIAB (Asamblea General, Junta Directiva, Presidencia y Vicepresidencia, Secretario General, Comisión Delegada y Comisiones de Trabajo) están regulados en sus estatutos (art. 18). Destaca por su relevancia para el presente expediente la función que desempeña el Secretario General, que lo es de todos los órganos colegiados y Comisiones de Trabajo de la federación en cuyas reuniones participa con voz pero sin voto (art. 33 de los estatutos) (folio 3246). A su vez el art. 34 de los estatutos señala que se encarga de la ejecución y gestión de los asuntos de la federación, y "... actúa bajo la dirección y control de la Junta Directiva, de quien dependerá directamente (...) (folio 3246).

(40) Dado que la industria alimentaria depende cada vez más de la normativa a escala comunitaria, la FIAB constituyó en 1983 una delegación de Bruselas y tiene relaciones con organizaciones como la Confederación de Industrias Agroalimentarias (CIIA), organización empresarial de ámbito europeo. Asimismo fue una de las primeras asociaciones sectoriales que incorporó a la CEOE (folio 1842).

(41) La FIAB tiene estrechas relaciones con la FEAD, participando esta última en la actividad de la FIAB de la siguiente forma: i) en los grupos de Trabajo de la FIAB, a través de su secretaría; en la Comisión Delegada de FIAB, a través de la participación del Presidente de FEAD; y en el Comité de Directores de FIAB, a través de la Secretaría General del FEAD, desempeñando esa función personal de BONMACOR. En el momento de la inspección a la sede de Bonmacor (30/10/2007) ese cargo lo desempeñaba D^a Diana Roig.."

"Sobre la nota de prensa de FIAB:

La FIAB, como Federación Sectorial, decide hacer una nota de prensa, según consta en el expediente, a iniciativa de algunas de sus asociaciones miembro. De acuerdo con la información que obra en el expediente, la decisión de redactar la nota la toma el Secretario General de la Federación, en el ejercicio de las funciones que le son propias de su cargo y encarga el cometido a la responsable de comunicación (folio 3222).

El 4 de junio de 2007 el departamento de comunicación de la Federación hace un envío masivo a los medios de comunicación de la siguiente nota de prensa para que sea publicada (1869, 2364).

Madrid, 4 junio de 2007. La industria alimentaria española, representada a través de la Federación Española de Industrias de la alimentación y Bebidas (FIAB), quiere expresar su preocupación por el fuerte incremento de los precios que han experimentado durante el año 2006 la mayor parte de las materias primas que intervienen en su producción. Estos incrementos, derivados fundamentalmente de la producción agraria, unida al encarecimiento de otros "inputs" de la industria como son los materiales de envase y embalaje y el coste de la electricidad, están perjudicando notablemente la competitividad y viabilidad de las empresas del sector, tanto en el mercado interno como de cara a las exportaciones.

Esta situación obedece a diversos factores. Además del déficit mundial en la producción de cereales y la fuerte competencia por estas materias primas derivada de la entrada en el mercado de economías como la China y la India, el mercado europeo está afectado por la intervención en precios y la incógnita de una nueva PAC que se empieza a aplicar. Asimismo, el empleo creciente de este tipo de materias primas para la producción de biocombustibles está incorporando presión adicional a los mercados por la competencia de nuevos operadores en la adquisición de estos insumos. Entre mayo de 2006 y mayo de 2007 se han apreciado ascensos en el precio de los cereales que oscilan entre el 40% para el trigo, el 32% del maíz, y el 44% de la cebada. En consecuencia, esta situación está afectando a transformados de cereales como la harina y sémola (pan, galletas, bollería, pastelería, pastas alimenticias, etc), que representan el 10% del consumo alimentario de los españoles, u otros productos que dependen en más de un 50% de la cebada, como la cerveza.

La situación de insuficiencia en el aprovisionamiento de cereales produce un efecto en cadena en otros sectores. Así, la alimentación animal, que supone aproximadamente el 60% del coste de producción ganadera y sus derivados, depende de la producción y alza de precios en los cereales está repercutiendo también en el precio de los productos de origen animal y sus derivados (pollo, huevos, porcino, vacuno y sus derivados y transformados industriales). De hecho, los precios de alimentación del porcino y vacuno han experimentado alzas del 10% y del 25%.

La producción de sectores como los derivados del dulce también se está viendo afectada por incrementos, además de la harina, de ingredientes como la leche en polvo (9,5%), los sólidos lácteos (30%), o la glucosa (entre el 20 y 30%). Se observan ascensos también en los precios del café (hasta un 64% en el último año

en los precios del café verde (robusta) y en la producción de zumos, debido al alza de los concentrados de naranja (50%) o manzana (25%).

La misma situación, aunque por circunstancias diferentes, puede apreciarse en el sector de conservas de pescado, que soporta ascensos en sus principales materias primas del 17% para los túnidos, 17% para las anchos, 10% del mejillón, 15% de la caballa y del 100% de la sardina y la sardinilla.

Asimismo, otros factores de la producción como el precio de envases tales como el cartón y el cartoncillo que han subido entre el 6% y el 8%, y el PET (entre el 18 y el 20%), unidos al fuerte aumento del coste de la electricidad (37%), están repercutiendo negativamente en la situación productiva de la industria.

Las fuertes tensiones de aprovisionamiento que están soportando las empresas de alimentación perjudican notablemente su competitividad, en un cercado interno de productos terminados cada vez más abierto a la competencia de países terceros, que no cuentan con las dificultades derivadas de la intervención de las materias primas, así como otros condicionantes como las diferentes exigencias de regulación en cuestiones como la seguridad alimentaria y el medio ambiente. También es necesario recordar que la industria alimentaria se encuentra presionada además por la fuerte concentración del sector de la distribución, cuyas condiciones para la negociación y la entrada en sus canales son cada vez más exigentes.

En estos términos, la FIAB considera necesario asegurar condiciones de aprovisionamiento que permitan unos niveles de costes competitivos y que no redunden en precios excesivos para los consumidores.

CUARTO: Constituyen un antecedente inmediato de esta sentencia las dictadas por esta Sala y Sección el 29 de junio de 2011 en el recurso contencioso-administrativo num. 833/2009, 29 de septiembre de 2011 rec. nº 835/09 y 10 de noviembre de 2011, recurso nº 846/09 interpuestos contra la misma resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de octubre de 2009.

Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- La falta de aplicación del artículo 101 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo artículo 81) por la CNC conlleva la nulidad de la resolución, porque el art. 3.1 del Reglamento 1/2003 obliga a las autoridades nacionales.
- Inexistencia de la práctica anticompetitiva.
- Improcedencia y falta de proporcionalidad de la sanción.

Por su parte el Abogado del Estado, con fundamento en sentencias dictadas en la materia por esta Sala de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expone las razones por las que los anteriores motivos de recurso deben ser desestimados y la resolución de la CNC confirmada.

QUINTO- Las dos primeras cuestiones ya fueron tratadas en la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2011, recurso nº 835/09, en sentido desestimatorio y

cuyo criterio debe ser mantenido en aras del principio de seguridad jurídica. Efectivamente en dicha sentencia se sostuvo que:

“El primer motivo relativo a la nulidad del acto administrativo impugnado por no aplicar el art. 81 (actual 101) del Tratado de la Comunidad Europea se fundamenta en que se presume el efecto sobre el comercio intracomunitario de los acuerdos o recomendaciones que afectan al conjunto de un Estado miembro. Señala que tanto el TDC como la CNC han definido siempre el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario como nacional, a lo que se suma la configuración que se ha dado al mercado de la distribución.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al examinar este requisito de “afectación del comercio intracomunitario” ha puesto de manifiesto que: a) no es de aplicación el artículo 81 TCE si el acuerdo o práctica prohibida no afectase al comercio entre los Estados Miembros; b) la afectación del comercio entre Estados Miembros ha de ser “sensible”; y c) este nivel de afectación debe ser determinado y ponderado caso por caso.

Resulta en consecuencia que, en contra de lo sostenido por la recurrente, no existe una presunción en cuya virtud, al afectar la práctica a la totalidad del territorio del Estado, resulta como consecuencia la afectación del comercio intracomunitario. Por el contrario, debe examinarse en cada caso si tal afectación ha tenido lugar, y si es sensible. En este caso, no existe rastro de tal afectación, ni en consecuencia de que la actuación de la recurrente haya distorsionado la competencia en el comercio entre los Estados Miembros de la Unión Europea de forma sensible.

Así lo puso de manifiesto la Resolución impugnada:

“El Consejo considera que la recomendación tiene aptitud para unificar el comportamiento de las empresas cuyos productos se venden en la distribución comercial minorista. Como ya se ha comentado, se pretende trasladar el incremento del coste de las materias primas a los precios finales de los productos que se venden en territorio español. Recordemos incluso que los mercados de la distribución comercial minorista se definen por la doctrina como locales. La afectación al comercio intracomunitario, de haberla, sería muy indirecta y no significativa en la medida en que no se trata de una conducta de cierre del mercado nacional (Comunicación- Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del TCE, apartados 77 ss).”

El primer motivo de recurso debe por tanto ser desestimado.

QUINTO.- Se alega en segundo lugar que no existió la práctica anticompetitiva que se declara cometida y por la que se impone una sanción de 500.000 euros a la recurrente.

Y ello porque, a su juicio, faltan los elementos fundamentales de la recomendación colectiva, porque la nota de prensa no tiene el objeto de anunciar una subida de precios, sino que contiene datos objetivos y públicos que se pretende trasladar al conocimiento público.

Esta Sala considera, con la Administración, que se han acreditado los elementos objetivo y subjetivo de la infracción, en este caso, una recomendación colectiva. La Asociación actora ha llevado a cabo una recomendación colectiva al elaborar y difundir una nota de prensa en la que expresan su preocupación por el fuerte incremento de los precios que han experimentado durante el año 2006 la mayor parte de las materias primas que intervienen en su producción. Estos incrementos, derivados fundamentalmente de la producción agraria, unida al encarecimiento de otros "inputs" de la industria como envases, embalajes y costes de electricidad están perjudicando la competitividad y viabilidad de las empresas del sector. Añade que esta situación obedece a diversos factores como el déficit mundial en la producción de cereales, la fuerte competencia de economías como la China y la India, la afectación en el mercado europeo por la intervención en precios, y la incógnita de una nueva PAC que se empieza a aplicar, el empleo de este tipo de materias primas para la producción de biocombustibles lo que provoca una insuficiencia en el aprovisionamiento de cereales que produce un efecto en cadena de otros sectores, como la producción ganadera y derivados, sector del dulce y conservas de pescado. Finalmente añade que la industria alimentaria se encuentra presionada por la fuerte concentración del sector de la distribución con condiciones cada vez más exigentes. En estos términos la FIAB considera necesario asegurar condiciones de aprovisionamiento que permitan unos niveles de costes competitivos y que no redunden en precios excesivos para los consumidores."

Desde luego no dice explícitamente *"los fabricantes de alimentación y bebidas vamos a subir el precio porque ha subido mucho el precio de la materia prima"* pero el mensaje es muy claro a juicio de esta Sala. Si a ello se suma el conjunto de notas similares enviadas a los medios de comunicación por el conjunto de las Asociaciones dedicadas a la fabricación y comercialización de productos alimenticios, el mensaje no solo se hace más claro, sino más alto.

Como señaló esta Sala en la sentencia de 29 de junio de 2011:

"Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Tal conducta consiste en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. Pues bien, en el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de varias entidades que integran a los principales profesionales en el sector de la alimentación, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo a los entes del que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento. Y a ello no es obstáculo que los profesionales del sector tuviesen libertad para fijar los precios, porque lo importante es la eliminación de la incertidumbre mediante la recomendación.

Por otra parte la coordinación puede ser, como señala el precepto, mediante una conducta conscientemente paralela, sin que sea necesario un acuerdo expreso. La conducta, dada la temporalidad de publicación de las notas, así como el contenido de las mismas, refleja una consciencia en el comportamiento paralelo."

La conducta es apta para afectar la libre competencia: tal aptitud está claramente descrita en la resolución impugnada. La actora considera que no existe tal aptitud porque la conducta de FIAB no contiene ningún precio indicativo o indicación que pueda servir para unificar una conducta.

Frente a estas alegaciones hay que recordar que en su nota claramente indica las consecuencias que la subida del precio de las materias primas, de los envases, de la competencia de los nuevos operadores de biocombustibles y de la nueva política agraria comunitaria, etc. Igualmente, a los efectos estudiados es irrelevante que los datos sean ciertos y que sean pasados: lo relevante es el mensaje que se transmite, indicando que inevitablemente la subida del precio de las materias primas acarreará la subida del precio de los productos finales que la utilizan en su elaboración. Como indica la resolución impugnada, *"Este tipo de mensaje predispone a las empresas afectadas a trasladar el incremento del coste de los insumos a los precios y favorece la alineación del comportamiento competitivo de empresas. El hecho de que el incremento se de por cierto o, al menos, por previsible, eleva los incentivos de las empresas a subir los precios, puesto que internalizan en su toma de decisiones que el resto de competidores "también lo harán". Constituye un mensaje a las empresas de que la subida es inevitable a la vez que una señal para que se produzca,..."*

Por las razones expuestas debe desestimarse este segundo motivo de recurso.

SEPTIMO- Con carácter subsidiario solicita se rebaje la cuantía de la sanción al considerarla improcedente y desproporcionada.

Sobre dicha cuestión ya ha tenido esta Sección ocasión de pronunciarse en la sentencia de fecha 29 de junio de 2011, recaída en el rec. nº 83/09, en la que en relación con la valoración de la conducta de la actora, la Resolución impugnada contiene la siguiente afirmación, que la sala comparte:

"En contra de lo que pretenden algunas de las partes, el Consejo entiende que la DI ha tipificado de manera clara la conducta objeto del presente expediente y que en absoluto nos hallamos ante un nuevo tipo infractor como argumentan algunas de las alegaciones. Para este Consejo es claro que de la lectura del Informe Propuesta se concluye que el ilícito que se dirime es la existencia de una recomendación colectiva, que se habría instrumentado en el seno de cada una de las asociaciones a través de la elaboración y difusión de notas de prensa y a través de una estrategia de cooperación entre ellas. Esta conducta sería contraria al art. 1.1.a) de la Ley 16/1989.

La cuestión esencial por tanto radica en si, a la vista de los hechos acreditados, las actuaciones de las asociaciones imputadas merecen dicha calificación de antijuridicidad y, previamente, si la conducta les es imputable.

De la lectura de los artículos 1.1 y 10.1 de la Ley 16/1989 y de la doctrina nacida de su aplicación se deriva que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas- y

también por asociaciones o agrupaciones de agentes económicos. La prohibición del art. 1.1 LDC presupone además la existencia de una pluralidad de voluntades que, como ya ha dicho este Consejo en la Resolución recaída en el Expte S/0055/07 INPROVO, "en la modalidad de la «recomendación colectiva», no se predica respecto de la conducta en sí, sino de la naturaleza de la entidad que formalmente la adopta, que tiene que estar integrada por una pluralidad de operadores económicos independientes, directamente o de forma mediata a través de las respectivas asociaciones sectoriales (como es el caso de INPROVO, dada su naturaleza legal de organización interprofesional agroalimentaria)".

En el presente caso la conducta infractora es atribuible a cada una de las asociaciones. En unos casos (PPM, CHOCOA, AEFHSE, AAEFH, AEFPA, AEFSyCP) vienen constituidas por empresas dedicadas a la fabricación y comercialización de diferentes productos alimenticios, dependiendo del ámbito de actuación de cada asociación. En otros (FIAB, FEAD, CEOPAN) agrupan a asociaciones a su vez integradas por agentes económicos independientes.

En la mayor parte de los casos, los órganos de Gobierno de las diferentes asociaciones, en los que se sientan empresas competidoras, acordaron la elaboración de las notas. Pero, incluso cuando no es así (FIAB, AEFH, AEFPA) la falta de un acuerdo explícito de un órgano de Gobierno societario no impide considerar la existencia de esa pluralidad de voluntades. Como ya ha dicho este Consejo, "...basta con que la recomendación sea adoptada o manifestada por un órgano interno del ente colectivo, cualquiera que sea su composición (colegiada o unipersonal), pues lo relevante a efectos de la prohibición del art. 1.1 LDC es la naturaleza colectiva de la entidad que formalmente adopta la conducta, y la aptitud objetivamente restrictiva de la competencia de ésta." (Resolución del Consejo de la CNC, Expte S/0055/07 INPROVO).

Tanto FIAB como algunos de sus miembros se han esforzado en sus alegaciones en demostrar su independencia de actuación respecto de sus miembros o de las agrupaciones de asociaciones en que se integran, respectivamente. Algo similar sucede en el caso de FEAD, de quien se dice que no ostenta la posición de liderazgo con respecto a sus asociadas, que actuaron de forma independiente. Este Consejo acepta esta independencia de comportamiento. Precisamente por ello procede entender que cada una de las asociaciones que lanza la nota de prensa es responsable de una práctica de recomendación colectiva, en vez de limitar la imputación a aquella entidad que las engloba. Cada una de ellas debe responder de la conducta realizada, puesto que su independencia de comportamiento implica que son individualmente responsables de incurrir en ella."

De lo expuesto hasta ahora resulta la aptitud de la nota para distorsionar la competencia.

La CNC considera que se trata de una infracción muy grave regulada en el artículo 62.4 a) de la LDC y que cabe imponer la sanción prevista en el artículo 63 1 c) una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa.

En la resolución recurrida se indica que para el cálculo de la sanción a efectos de graduarla con respecto al límite que resulta de aplicación para operadores sin volumen de negocios entre asociaciones se tiene en cuenta *“el tamaño del sector o sectores que cada una de las asociaciones representa”* remitiéndose al pie de algunas de las notas de prensa del resulta que la cifra es de (4.000 millones de euros CEOPAN y FEAD respectivamente, 1.063 millones de euros CHOCAO, 1.150 millones de euros PP, 1.780 millones de euros AFHSE, 630 millones de euros AEFSyCP y en cuanto a FIAB se remite a su memoria donde consta que el volumen de ventas del total del sector de alimentación y bebidas en 2007 fue de 82.094 millones de euros y aporta desglose del mismo por subsectores).

Los criterios de graduación que tiene en cuenta la CNC son los siguientes: *“la infracción es muy grave, porque las notas de prensa difunden con amplitud un mensaje que tiene por objeto facilitar el traslado a precios finales del incremento del coste de las materias primas no solo para la industria alimenticia, sino también para la distribución y para los consumidores. No obstante, a efectos de graduar la sanción con respecto al techo previsto, el Consejo tiene en cuenta el carácter puntual de la conducta y que no consta en el expediente evidencia cierta de los efectos reales que la recomendación colectiva haya podido causar”*.

En el caso que ahora nos ocupa la CNC no comparte el criterio de la DI acerca de que concurren circunstancias agravantes en el caso de FIAB como instigador de la conducta. Consta acreditado que FIAB actuó en respuesta a las peticiones de asociaciones que la componen y su labor de coordinación no se evidencia más proactiva que la del resto de las asociaciones sancionadas. También procede tener en cuenta a efectos del ámbito del cálculo de la sanción que si bien su nota de prensa hace referencia al impacto de la subida de costes de las materias primas en un amplio abanico de sectores, no se trata de todo el sector de alimentación y bebidas.. Así se indica en la resolución recurrida *“Entiende este Consejo que, tanto por el contenido de las notas como por lo activo de la labor coordinadora efectuada desde sus secretarías, que recaen en una misma persona para varias asociaciones, concurre un grado comparativamente mayor de gravedad en el caso de la FEAD, CHOCAO, PPM, AEFH, AEFS y CP y AEFPa (esta última incluye además en su nota cuantificación del incremento), que debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la sanción”*.

En la sentencia de 19 de marzo de 2009 del TJCE el asunto C-510/2006-P caso Archer el Tribunal declaró en su apartado 75 que *“el derecho comunitario no tiene ningún principio de aplicación general con arreglo al cual la sanción deba ser proporcional al volumen de negocios realizado por la empresa mediante la venta del producto objeto de la infracción”*. 72 A este respecto la gravedad de las infracciones en Derecho comunitario sobre la competencia debe establecerse en función de muchos elementos, tales como las circunstancias particulares del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 recurso de casación 3063/2005 indica que *la participación de varios sujetos en calidad de coautores de una misma infracción contra la defensa de la competencia no necesariamente presentará el mismo grado de intensidad. En la medida en que uno de aquellos sujetos inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y arrastre a los demás. Su autoría reviste una*

especial significación que legitimará, en buena lógica jurídica, una mayor sanción que la impuesta a los demás sujetos”.

Ahora bien en este caso la CNC no ha establecido circunstancias particulares que determinen una mayor gravedad de la conducta realizada por FIAB que por las otras empresas sancionadas a las que ha aplicado una circunstancia agravante, por lo que se considera adecuado dado los criterios que ha tenido en cuenta la CNC para graduar la sanción reducir la misma a 300.000€.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (FIAB)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de octubre de 2009 (expediente S/0053/08) FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN y en consecuencia se anula exclusivamente en la parte que acuerda imponer una sanción de 500.000 euros a FIAB, que debe reducirse a 300.000 euros. No se hace condena en costas. 71

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

- 3 -