



Roj: **SAN 1591/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1591**

Id Cendoj: **28079230062014100226**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **04/04/2014**

Nº de Recurso: **11/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de abril de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 11/13 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a. Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de la **FEDERACIÓN CATALANA DE INDUSTRIAS CÁRNICAS (FECIC)**, contra Resolución de fecha 7 de noviembre de 2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **sanciones (expediente nº 289/10, INDUSTRIA CÁRNICA)**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandada la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRODUCTORES DE CARNE DE VACUNO (ASOPROVAC NACIONAL)**, actuando en su nombre y representación el Procurador D. Javier Freixa Iruela.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 8 de enero de 2013, este recurso; 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:

"A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SUPLICO, que con devolución del expediente administrativo recibido y habiendo presentado este escrito se sirva admitirlo, tenga por formalizada en tiempo hábil y legal forma la correspondiente Demanda contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictada en el "Expediente nº S/0289/10 Industria Cárnica" en fecha 07.11.2012, notificada a mi representada en fecha 08.11.2012 y, tras los trámites oportunos, practicando la prueba que se proponga en su momento, dicte sentencia que estime la presente Demanda, declarando la no conformidad a Derecho de aquella Resolución, declarándola nula o, en su caso subsidiariamente, anulándola, con declaración expresa de no haber incurrido mi representada en la realización de la práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007 a que dicha Resolución se refiere, acordando reintegrar a mi representada el importe total de la sanción de 31.500 euros que aquella Resolución le impuso y que mi representada pagó en su día, con más los intereses legales, así como con el reconocimiento expreso del derecho de mi representada a ser indemnizada por los gravísimos daños y perjuicios causados por la Administración demandada, derivados de la imposición de la sanción, de la publicación de dicha Resolución, así como de haberse visto injustamente incurso en un procedimiento sancionador y ulterior judicial que jamás deberían haberse incoado, con establecimiento de las bases para la determinación y concreción definitiva de la cuantía de la misma en fase de ejecución de Sentencia."

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: *"dicte Sentencia por la que desestime el presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente."*



3. Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 21 de junio de 2013 se dió traslado a la codemandada para que contestaran la demanda, lo que hizo el Procurador D. Javier Freixa Iruela, en representación de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRODUCTORES DE CARNE DE VACUNO (ASOPROVAC NACIONAL)** ; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SOLICITO, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por contestada la demanda, acuerde desestimar la demanda interpuesta por la FEDERACIÓN CATALANA DE INDUSTRIAS DE LA CARNE, frente a la Resolución de 7 de noviembre de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, declarándola conforme a derecho, confirmándose íntegramente el contenido de la misma."

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 29 de julio de 2013 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 5 de febrero de 2014 se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. 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 MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de noviembre de 2012 (Expediente S/0289/10, INDUSTRIA CÁRNICA), cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del *Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, de la que son responsables la Asociación de Industrias de la Carne (AICE) y la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC)

SEGUNDO.- Imponer a la Asociación de Industrias de la Carne (AICE) una multa sancionadora por importe de treinta y un mil quinientos euros (31.500 ?) y a la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC) una multa sancionadora por importe de treinta y un mil quinientos euros (31.500 ?)

TERCERO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que en este expediente no ha resultado acreditada la existencia de una infracción del Artículo 1 de la citada Ley, por parte de CONFECARNE

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

La hoy actora (FECIC) es una asociación creada en 1978 siendo en la actualidad la organización empresarial que representa y defiende los intereses de las empresas del sector cárnico ubicadas en Cataluña.

Actualmente, la Federación agrupa a unas 220 empresas que se dedican tanto al sacrificio de animales de las especies bovina, porcina, caprina y equina, como al despiece de sus carnes y a la transformación de estas carnes en productos cárnicos elaborados.

A su vez la FECIC, es fundadora y partícipe de la Confederación de Organizaciones Empresariales del Sector Cárnico en España (CONFECARNE).

Las prácticas consideradas en la Resolución de la CNC tuvieron lugar en el sector cárnico que es el de la producción y comercialización de animales vivos con destino a la industria cárnica, concretamente, el mercado de producción y comercialización de animales vivos en mataderos. El sector viene regulado por el Reglamento (CE) 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas.

Se trata de un sector fundamental si tenemos en cuenta que las industrias cárnicas constituyen el cuarto sector industrial de nuestro país, y que la estructura del sector empresarial presenta un número significativo de pequeñas y medianas empresas, junto a algunos grandes grupos que tienden a controlar las cadenas alimentarias desde la producción hasta la distribución final.

Más concretamente las prácticas sancionadas en este caso tienen relación directa con **la traslación del coste derivado de la retirada y destrucción de los Materiales Específicos de Riesgo (MER) en el sector cárnico.**

Hasta el año 2010, la traslación de ese coste de los MER estaba regulado por la Orden APA/1556/2002 y el 29 de abril de 2010 se aprobó, con entrada en vigor el 8 de mayo de 2010, la Orden ARM que modificó la citada Orden de 2002 y en la que se estableció:



"(...) Esta orden tiene por objeto establecer los requisitos mínimos que deberán cumplir los documentos relativos a las operaciones que se realicen entre los sujetos que participan en la cadena alimentaria cárnica en relación con la producción, retirada y transporte, tratamiento y destrucción o destino autorizado, de los subproductos regulados por el Real Decreto 1429/2003, de 21 de noviembre, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de subproductos de origen animal no destinado a consumo humano, así como delimitar el momento a partir del cual se generan estos subproductos. (...)

Lo dispuesto en la presente orden se aplicará a las operaciones que se realicen en la cadena alimentaria cárnica a partir del momento de sacrificio del animal en matadero u otra instalación autorizada para el sacrificio de animales con destino a consumo humano, momento de inicio de la generación de los subproductos y de la correspondiente repercusión de costes hacia delante a lo largo del resto de la cadena alimentaria, quedando fuera del ámbito de aplicación de esta Orden la operación por la cual el ganadero entrega el animal a un operador comercial o a una empresa o industria cárnica para su sacrificio. (...)"

2. En la Resolución impugnada se contiene la siguiente relación de

"HECHOS

quot; relevantes ahora y que no han sido desvirtuados en el proceso:

- Con fecha 4 de junio de 2009, se emitió un informe jurídico a petición de CONFECARNE en relación con la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER bajo el título "Proyecto de Nota Informativa a nuestras empresas asociadas". Se transcriben a continuación determinados párrafos del informe jurídico (negrita y subrayados originales):

"(...) Ante las informaciones contradictorias y noticias difundidas por la Comisión Nacional de Subproductos de Origen Animal No Destinados al Consumo Humano (SANDACH) en relación a la práctica de la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de Materiales Específicos de Riesgo (MER), creemos necesario clarificar lo siguiente:

Sobre la gestión de los MER:

1. La práctica consistente en la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER tiene un sólido apoyo jurídico en el hecho de que los MER no tienen su origen o causa en las empresas cárnicas sino en los ganaderos, **cuyos animales generan el riesgo**, por tanto, son ellos los que deben soportar sus consecuencias jurídicas y el coste de su eliminación para que los animales puedan ser vendidos y puedan acceder a la cadena alimentaria. (...)

2. La necesidad de soportar el coste de la retirada y destrucción de los MER no es sólo una consecuencia de la responsabilidad general de los ganaderos, como propietarios de los animales que contienen los MER (...) sino también de la normativa en materia de residuos (...) y del principio general de que **"quien contamina paga"**. (...). En nuestro caso está claro que el ganadero es el productor o poseedor, por ser la persona cuya actividad produce los residuos, al criar y engordar los animales, y los tiene en su poder, junto con los animales, hasta que los vende. Por ello su obligación es (...) la de hacerse cargo de la gestión de los residuos pagando su importe, o contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión.

3. "El error en el informe del abogado del Estado que al parecer cita la comisión SANDACH, radica en negar que los ganaderos tengan la condición de productores (...). Los ganaderos sí realizan esa actividad de producción (cría y engorde de los animales) que tiene que ver con la generación de los MER (...). Los ganaderos son los generadores del riesgo derivado de la existencia de los MER. Las empresas cárnicas contribuyen a la eliminación del riesgo aislando y extrayendo los MER y gestionando su destrucción en la forma oficialmente autorizada, cargando el importe de este servicio a parte del coste general de su actividad como empresa cárnica.

4. Ni la Orden APA/1556/2002 (...) alteran para nada los anteriores comentarios.

5. Desde 1998 se está descontando por las empresas cárnicas a los ganaderos el coste de la extracción de los MER, siendo estos actos propios de extraordinaria importancia para comprender la corrección de la actuación de las empresas cárnicas. (...)"

- Con fecha 8 de junio de 2009, AICE publicó la circular 59/09 dirigida a sus asociados y titulada "Diversas aclaraciones sobre la gestión de los MER. Posteriormente, con fecha 15 de junio de 2009, FECIC publicó la circular 20/09 dirigida a sus asociados y titulada "Gestión de los materiales específicos de riesgo". En ambas Circulares, se transcriben directamente de forma literal y completa todos los párrafos del "Proyecto de Nota Informativa a nuestras empresas asociadas" referidos en el Hecho Acreditado 3.1 anterior, y en la de AICE figura el siguiente encabezamiento:



"RESUMEN: Adjunto les trasladamos unas aclaraciones sobre la legalidad y fiscalidad de la gestión de los materiales específicos de riesgo (MER)".

- Con fecha 9 de julio de 2009, tuvo lugar una reunión de la Junta General de CONFECARNE en la que se informa de las novedades sobre la repercusión del coste de la extracción y eliminación de los MER y se exponen las implicaciones que una modificación normativa podría suponer en materia de defensa de la competencia. En concreto, en el acta de dicha reunión se señala lo siguiente:

"(...) 4.- NOVEDADES SOBRE LA REPERCUSIÓN DEL COSTE DE LAS HARINAS

[D. XXX y D. XXX], , quienes se han incorporado a la reunión de la Junta General, en su calidad de Asesores Jurídicos, informan a los asistentes de la propuesta de la Administración de evitar en el futuro la repercusión del coste de la extracción y eliminación de los MER a los ganaderos. [D. XXX] hace referencia a su informe jurídico, elaborado a petición de Confecarne, donde se manifiesta de manera inequívoca la plena legalidad de las actuaciones de los mataderos de vacuno. (...). En relación a la posible modificación de la Orden APA 1556/2002, que modificará el actual estatus de la traslación del coste de las harinas de carne hacia la distribución comercial, [D. XXX] expone las connotaciones que ello podría suponer en materia de defensa de la competencia, acordándose efectuar un puntual seguimiento de esta cuestión por sí, en un futuro próximo, el MARM procediera a modificar dicha Orden Ministerial.

El informe elaborado por [D. XXX] con el título "Proyecto de Nota Informativa a nuestras empresas asociadas", y emitido con fecha 04.06.09, se unió como uno de los antecedentes al Orden del día de la Junta.

- Para determinar si, de conformidad con lo denunciado por ASOPROVAC, la Confederación de Cooperativas Agroalimentarias de España y ASAJA, las industrias cárnicas denunciadas en el escrito de 7 de julio de 2010 habían descontado en sus liquidaciones a los ganaderos los gastos de eliminación y destrucción de MER, utilizando otros conceptos análogos o similares, tales como "descuento comercial", "descuento pactado", "descuento servicios varios", etc., la DI llevó a cabo un análisis de una muestra de las facturas emitidas por las empresas denunciadas a sus proveedores.

Del análisis de las facturas disponibles, si bien se observa que en las liquidaciones realizadas por las empresas cárnicas a sus proveedores, aportadas por los denunciantes, aparecen conceptos como "DESCUENTO COMERCIAL", "DESCUENTO", "GASTOS MATANZA", dichos conceptos tienen importes variables entre las empresas con diferencias de hasta 0,4€/kg entre alguna de ellas, y en ningún caso aparece un concepto que se denomine MER u otro análogo que pudiera indicar que los descuentos previstos en esas facturas se refieran al traslado de los MER al ganadero.

Por otra parte, todas las empresas cárnicas denunciadas, en contestación a los requerimientos de información realizados el 15 de octubre de 2010, señalan que tras la publicación de la Orden ARM/1163/2010 no están repercutiendo el coste de la retirada y eliminación de los MER a sus proveedores, y prácticamente todas, salvo FRIBIN, que ha aportado un acuerdo comercial donde aparece un descuento del 1% como "bonificación comercial acordada", señalan que no tienen acuerdos de suministro con los ganaderos en los que pudiera aplicarse un descuento lineal de un porcentaje fijo en todas las entregas de ganado para sacrificio. Las respuestas a cada una de las cuestiones planteadas se resumen en la siguiente tabla elaborada por la DI:

Teniendo en cuenta lo anterior, no existen en el expediente indicios de la repercusión del coste de la extracción y eliminación de los MER por parte de las industrias cárnicas denunciadas en el escrito de 7 de julio de 2010 a sus proveedores de ganado de vacuno y porcino en los meses de mayo y junio de 2010.

3 . Los motivos de recurso alegados por la actora pueden resumirse como sigue:

- Vulneración de los principios de cosa juzgada administrativa y non bis in ídem.
- Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.
- Inexistencia de recomendación colectiva alguna contraria al artículo 1 LDC en la Circular 20/09 de FECIC.
- Vulneración del principio de seguridad jurídica con la notificación del expediente sancionador a la Directora General del MARM, sin ser parte interesada en el expediente.
- Vulneración del derecho de defensa, al no haber accedido a las pruebas propuestas ni a la celebración de la vista solicitada.
- Por último, falta de motivación en las circunstancias tomadas en consideración para la imposición de la sanción.

El Abogado del Estado rebate todas y cada una de tales alegaciones y solicita la desestimación del recurso.



4. Comenzando por la primera de las alegaciones de la parte actora, esto es, la vulneración de los principios de cosa juzgada administrativa y non bis in idem, no puede decirse que la CNC ya valorase las conductas sancionadas y objeto de la actual impugnación en la anterior Resolución de 4 de octubre de 2010, de vigilancia del expediente 556/03. Frente a lo que se dice en la demanda acerca de que este expediente debe ser resuelto con los mismos criterios que se resolvió el anterior al ser los elementos coincidentes, olvidando la recurrente con tal modo de razonar que en la precedente Resolución de 4 de octubre de 2010 no se valoraron si las circulares remitidas por la actora y ACIE fueran o no constitutivas de infracción anticompetitiva, cuestión ésta que excede del marco de un expediente de vigilancia que es el que terminó mediante la Resolución de 4 de octubre de 2010 que se limitó a determinar si se había cumplido o no la precedente Resolución de 13 de febrero de 2004.

Sin embargo, ahora, lo que la Dirección de Investigación, tal y como pone de relieve la propia CNC en su resolución, propone al Consejo en el expediente de vigilancia 556/03 es que declare el incumplimiento de aquella otra Resolución de 2004 porque considera que no se ha llevado a cabo la intimación al cese de la conducta en tanto que las Circulares en cuestión son una reiteración de la conducta que fue sancionada en dicha Resolución. Lo que el Consejo resuelve respecto a esta propuesta no es que la remisión de las circulares en cuestión no sea constitutiva de infracción alguna de la LDC (fundamentalmente porque no podía hacerlo), sino que no se aprecian indicios del concreto incumplimiento que se proponía por el órgano instructor a efectos de incoarse el correspondiente procedimiento sancionador por infracción del artículo 62.4 c) de la LDC .

En definitiva, una cosa es que no haya indicios de incumplimiento de una resolución y otra cosa es que, si se entiende que los hechos en cuestión pudieran ser constitutivos de una infracción anticompetitiva, se pueda incoar el correspondiente procedimiento sancionador para decidir, con todas las garantías, sobre tal cuestión en un marco distinto e independiente, que es lo que acontece con el análisis de las conductas que desde 2009 se vienen produciendo, incluyendo las Circulares, y cuya legalidad no había sido analizada sino hasta que se dicta precisamente la resolución objeto del actual recurso.

5 . La segunda alegación, la referente a la vulneración del principio de igualdad ante la Ley, tampoco puede prosperar ya que como decíamos en nuestra SAN de 10 de abril de 2013 (recurso nº 106/1011), en el Fundamento Jurídico Tercero:

" No aprecia esta Sala se haya vulnerado el principio de igualdad al no existir un idéntico contexto jurídico derivado del hecho de que esa comunicación se produce de forma inmediata a la publicación de una orden ministerial que como indica el propio Ministerio tenía por finalidad acorde con las conclusiones de la Comisión SANDACH evitar la repercusión de los costes de la retirada del MER a los ganaderos, lo que no sucede en el caso de las recomendaciones realizadas por la industria cárnica que precisamente lo que hace la última de ellas es difundir en junio de 2009, con anterioridad a la publicación de la orden ministerial de abril de 2010, un contrainforme en contra de las conclusiones de la Comisión SANDACH. "

En definitiva tampoco se ha vulnerado el principio de igualdad por cuanto no existe identidad en las actuaciones de las distintas asociaciones, pues mientras que las asociaciones de los ganaderos lo que hicieron fue dar publicidad a una normativa aprobada recientemente, las asociaciones de la industria cárnica solicitaron la emisión de un informe jurídico "ad hoc" que contradecía lo recogido por dicha Comisión y publicitaron dicho informe manteniendo dichas interpretaciones contrarias a las hechas públicas por aquel organismo oficial.

6. Continúa la recurrente negando la existencia objetiva de la conducta sancionable basándose en que las Circulares ya fueron valoradas por el Consejo en su Resolución de 4 de octubre de 2010, reiterando que la Comisión SANDACH hizo una interpretación de la legislación reguladora de los MER y que las citadas Circulares no son sino el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

Pero, y frente a lo que en la demanda se alega, la conducta en este caso consistió en recomendar a sus empresas asociadas que repercutiesen a los ganaderos los costes de retirada y eliminación de los MER mediante el envío de las circulares que justificaban la legalidad de dicha repercusión. Como se refleja en la Resolución el contenido de ambas circulares es el mismo variando únicamente el encabezamiento de la AECL y FECIC, ambas transcribían el Informe y comunicaban a los asociados que la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER era legal, fomentando una pauta común de comportamiento al respecto.

Como declarábamos en nuestra SAN de 29 de junio de 2011 , y así se recoge en la propia Resolución de la CNC, *" 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... "*



En definitiva, la Sala comparte las consideraciones acerca de la conducta enjuiciada que se contienen en la resolución impugnada cuando considera que tal conducta, por su contenido, **enviar sendas Circulares por parte de AECl y FECIC defendiendo la legalidad de trasladar los costes de retirada de los MER**, por su difusión, pues se dirigieron a todos sus asociados y por quien las efectúa, dos asociaciones representativas del sector, tiene por **objeto** propiciar el alineamiento en el comportamiento de las industrias cárnicas en su relación con los ganaderos y en lo que se refiere a la repercusión a éstos del repetido coste y, por ende, es apta para falsear la libre competencia, al facilitar la unificación de la conducta de empresas competidoras.

7. Tampoco la Sala puede aceptar las alegaciones que se contienen en la demanda respecto de las infracciones procedimentales que se señalan por la actora.

Ni podemos considerar vulnerado el principio de seguridad jurídica por el hecho de haber notificado el expediente sancionador a la Directora General del Ministerio de Medio Ambiente, aún sin ser parte interesada en el procedimiento, pues no se entiende cómo una tal comunicación puede vulnerar ningún derecho de parte, teniendo en cuenta que el hecho de la incoación es público con arreglo al artículo 28.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y que dicha comunicación figura en el expediente.

Ni tampoco puede entenderse vulnerado el derecho de defensa, por el hecho de no haber accedido en su momento la Dirección de Investigación a la práctica de determinadas pruebas propuestas, una vez analizadas las razones que al respecto se dan tanto por la Dirección de Investigación en la Propuesta de Resolución como por el propio Consejo en la resolución sancionadora así como en relación a la celebración de la vista con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51.3 de la LDC, según el cual " *a propuesta de los interesados, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista* ", por lo que, en definitiva la omisión del trámite en este caso no puede reputarse contrario a la ley.

Por lo demás, el defecto de forma sólo tendrá virtualidad invalidante cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, lo que en este caso la parte no justifica más allá de apelar al carácter extremadamente complejo o técnico del asunto, algo que por sí solo no justifica una vista oral.

8. Y, por último, tampoco puede prosperar el último de los motivos alegados en la demanda, esto es, el relativo a la pretendida falta de motivación de la resolución impugnada sobre las circunstancias tomadas en cuenta para la imposición de la sanción.

Al respecto basta la simple lectura de la resolución recurrida para comprobar que la misma contiene una justificación cabal para justificar la responsabilidad de las sancionadas, entre las que se encuentra la recurrente, y, en particular, en lo relativo al cálculo de la multa impuesta.

Así motiva la Resolución en su apartado " CUARTO " el cálculo de la multa:

"El artículo 63.1 de la LDC dispone que la autoridad de competencia puede sancionar con multa a las personas y entidades que, deliberadamente o por negligencia, realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia Ley.

Este Consejo comparte con la Dirección de Investigación que concurre cuando menos negligencia en la realización de la conducta infractora declarada en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Resolución. Los hechos acreditados dan fe de la voluntariedad en la realización de la conducta típica (principio de culpabilidad) desde el objetivo que persigue el encargo del informe jurídico, coordinado por AECl y FECIC en el seno de CONFECARNE, hasta su difusión efectiva y, dada la relevancia de dichas asociaciones, no cabe sino concluir que AECl y FECIC se han conducido en relación con la infracción declarada en este expediente omitiendo toda diligencia en la observación de la obligación que les impone el art. 1.1 de la LDC .

*Por lo demás, como ha señalado en Resoluciones anteriores este Consejo y los tribunales han confirmado, la falta de intencionalidad en la realización de la infracción no priva de antijuridicidad a las conducta de las asociaciones, pues el artículo 1 de la LDC tipifica una infracción de resultado o ilícito objetivo, por cuanto la infracción administrativa tendrá lugar cuando se produzca o pueda producir un resultado lesivo para la competencia con independencia de que éste haya sido el fin buscado. En este sentido se ha manifestado, por ejemplo, la Audiencia Nacional en el Fundamento de Derecho 6 de la Sentencia de 10 de noviembre de 2010 recaída en el expediente S/0044/08 PROPOLLO, "(...) ello no es óbice a que la conducta sea por su naturaleza **objetivamente restrictiva de la competencia**, (...), 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.**" (el subrayado es de la Sentencia).*



De conformidad con lo establecido en el artículo 62.4 a) de la LDC la conducta debe ser calificada como muy grave. El artículo 63.1 de la LDC determina que las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio económico anterior al de aquel en que se imponga la multa. A la hora de fijar la sanción se ha de tener en cuenta los criterios establecidos en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC .

El Consejo en este caso no aprecia la existencia de los atenuantes que alegan las imputadas. Respecto al contexto jurídico y económico el Consejo considera que estaba suficientemente claro en el momento de difusión de las Circulares , a la vista de lo sostenido por la Comisión SANDACH, por lo que la motivación de solicitar el informe objeto de difusión solo puede atribuirse al objetivo de incentivar una practica comercial anticompetitiva. Porque lo que en este expediente se valora no es que las imputadas encargasen en el seno de CONFECARNE un informe jurídico sino su difusión con el fin de propiciar una práctica comercial común mediante una interpretación de una norma jurídica de forma contraria a lo explicitado por una comisión oficial. Sobre la existencia de una posición ventajosa de la industria ganadera, el Consejo considera que es una afirmación inadmisibles en tanto que subjetiva, pues no se aporta documento probatorio alguno. Respecto a la limitada proporción que representa el vacuno dentro de la totalidad del sector cárnico, se trata de un elemento que se tiene en cuenta en la determinación del volumen de negocio afectado por la infracción. Sobre la solida argumentación del informe jurídico que difundieron, el Consejo considera, como la DI, que las imputadas incurren en una contradicción al alegar en primer lugar que la situación jurídica es compleja y ahora alegar que su informe es incuestionable. En todo caso la valoración que merezca el informe no varía la intencionalidad de la conducta y la difusión masiva entre los asociados de que fue objeto. El resto de alegaciones se refieren a circunstancias, el carácter puntual de la conducta, la inexistencia de mecanismos de seguimiento del cumplimiento de la recomendación, de actuaciones coercitivas, de acreditación de efectos y de obtención de beneficios ilícitos, que deben tenerse en cuenta en la determinación de la sanción pero en ningún caso son circunstancias atenuantes de acuerdo con el articulo 64.3 de la LDC . Finalmente respecto de la alegación de colaboración, el Consejo considera que la actuación de las imputadas se ha limitado al deber genérico de colaboración previsto en articulo 39 de la LDC sin que hayan aportado información adicional con valor añadido como para determinar la existencia de una atenuante en este sentido. Tampoco puede tomarse en consideración como atenuante las declaraciones genéricas de cumplimiento de la ley a lo que están obligadas en todo caso.

Sin embargo, tanto AICE como FECIC ya habían cometido una infracción tipificada en el articulo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia , consistente en recomendar la repercusión del coste de retirada de las harinas cárnicas a los ganaderos, sancionada por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 13 de febrero de 2004, expediente 556/03 sanción que devino firme por Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2006 . Por lo tanto, este Consejo considera que en este caso se produce el agravante de reiteración prevista en el articulo 64.2 a) de la LDC .

Con el fin de que en este caso el carácter disuasorio de la multa sea compatible con el principio de proporcionalidad, a la vista de la duración de la infracción, la falta de acreditación de que se haya llevado a cabo un seguimiento de sus efectos ni de que los haya tenido , el Consejo fija la sanción a AICE y FECIC en 30.000 euros a cada una, cantidad que considera que permite alcanzar los objetivos contenidos en el epígrafe (3) de la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de sanciones de 6 de febrero de 2009, respetando el principio de proporcionalidad.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el agravante de reiteración en la conducta, el Consejo considera que debe aplicarse un recargo del 5% a la cifra anterior por lo que la multa final a imponer a AICE y FECIC es de 31.500 euros a cada una.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación "

9. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la **FEDERACIÓN CATALANA DE INDUSTRIAS CÁRNICAS (FECIC)** contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 7 de noviembre de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no 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.

PUBLICACIÓN 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO