



Roj: **SAN 990/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:990**

Id Cendoj: **28079230062017100085**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **335/2015**

Nº de Resolución: **130/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000335 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03167/2015

Demandante: VERIPACK EMBALAJES, S.L,

Procurador: D^a. ROSA SORRIBES CALLE

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 335/15 promovido por la Procuradora D^a. Rosa Sorribes Calle, actuando en nombre y representación de **VERIPACK EMBALAJES, S.L.**, contra la resolución de 2 de abril de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 1.100.790, euros de multa en ejecución de lo resuelto por la Audiencia Nacional en sentencia de 11 de febrero de 2013 . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que,

"1.- proceda a declarar la nulidad o subsidiariamente a anular el acuerdo recurrido, de fecha 25 de marzo de 2015, adoptado por la Sala de Competencia del Consejo Nacional de la Competencia en el expediente VS/0251/ Envases Hortofrutícolas por la que se impone a VERIPACK una sanción por importe de 1.100.790 euros al considerar que esta parte ha infringido el artículo el art. 1 de la LDC o subsidiariamente en el supuesto que ello no se estime, se dicte sentencia por la que se acuerde reducir la sanción impuesta a VERIPACK de conformidad con los términos expuesto a lo largo del presente escrito".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 29 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 25 de marzo de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0251/ Envases Hortofrutícolas cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"UNICO.- Imponer a VERIPACK EMBALAJES, S.L., y de forma solidaria a su matriz GRUPO GUILLIN S.A. en ejecución provisional de la Sentencia de 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de diciembre de 2011 (Expte. VS/0251/ Envases Hortofrutícolas), la multa de 1.100.790 euros....".

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1 -. Con fecha 2 de diciembre de 2011 el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución por la cual se acordaba lo siguiente:

" PRIMERO.- Declarar responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , a la empresa I .L.P.A, S.r.l.- Divisione ILIP; a la empresa INFIA, S.r.l. y solidariamente a su matriz LINPAC GROUP LTD ; y a la empresa VERIPACK EMBALAJES, S.L. y solidariamente a su matriz GR OUPE GUILLIN, por haber llevado a cabo una práctica concertada en el mercado de los envases de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas , durante el periodo que va desde 1999 hasta la campaña 2006/2007.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:

VERIPACK EMBALAJES, S.L. una multa de 2.850.790€, (Dos millones ochocientos cincuenta mil setecientos noventa Euros). De este importe resulta responsable de forma solidaria su matriz GRUPO GUILLIN S.A. por un importe 2.250.515 Euros (Dos millones doscientos cincuenta mil quinientos quince Euros).".

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 48/12, concluyó por sentencia de 11 de febrero de 2013 en cuyo fallo se acordaba lo siguiente:

*"Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **VERIPACK EMBALAJES S.L.** contra el Acuerdo dictado el día 2 de diciembre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos excepto en los extremos establecidos en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia. Sin efectuar condena al pago de las costas."*

3.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC solicitó por escrito de 2 de septiembre de 2014 a **VERIPACK EMBALAJES** , S.L., le informase del volumen de negocio para el período comprendido entre el 8 de junio de 2006 y el 31 de diciembre de 2006 y desde el 1 de enero hasta marzo/abril de 2007. El requerimiento fue contestado con fecha 1 de octubre de 2014, solicitando la confidencialidad de los datos aportados.

4.- Elaborado por la Dirección de Competencia Informe Parcial de Vigilancia relativo al expediente VS/0251/ Envases Hortofrutícolas incoado, precisamente, para el cálculo de la sanción a imponer a **VERIPACK EMBALAJES** , S.L. en ejecución de la sentencia de la Audiencia nacional de 11 de febrero de 2013 , finalmente



con fecha 25 de marzo de 2015 el Consejo dictó la resolución contra la cual presentó la sancionada el recurso contencioso-administrativo con el que se inició este proceso.

En dicha resolución, y con remisión al mencionado Informe Parcial de Vigilancia de la Dirección de Competencia y a los datos proporcionados por la entidad, el Consejo parte de que el volumen de negocios de ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente en la provincia de León, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, era de 1.707.429,02 euros en el año 2010 (folio 534); en el año 2007 -febrero a diciembre-, de 1.779.243,5 euros; y en 2008 (enero a mayo) de 745.989,4 euros (folio 532). Asimismo, pone de manifiesto que, según constata la sentencia de la Audiencia Nacional, la duración del cártel en dicha provincia se prolongó desde febrero de 2007 a mayo de 2008.

Pues bien, sobre la base de tales datos concluye que la sanción a imponer es de 1.100.790 euros. Y el razonamiento que emplea para llegar a dicha conclusión es, literalmente, el siguiente: " CUARTO. - A la hora de calcular el importe de la sanción, tal y como dice la Audiencia habrá que estar a los mismos criterios que el entonces Consejo de la CNC tuvo en cuenta y que se recogen en el FD Séptimo, en concreto y en lo que respecta a VERIPACK EMBALAJES en exclusiva:

"SÉPTIMO. Cálculo de la multa. El artículo 63 de la Ley 15/2007, dice que, "los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones... que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo previsto en la presente Ley las sanciones...".

La infracción que debemos sancionar en este expediente es la fijación de precios y el reparto del mercado español de envases de plástico para productos hortofrutícolas, mediante la concertación en precios y en procedimientos de licitación y reparto de clientes, entre las empresas fabricantes-comercializadoras más relevantes del mercado. Y esta práctica está prohibida por el artículo 1 de la LDC, así como por el artículo 101 del TFUE.

De acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, esta infracción debe ser calificada de muy grave y acreedora de una sanción de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

A la hora de modular la cuantía dentro de dicho límite, el artículo 64 se remite a los criterios de dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción y en su caso, los efectos sobre los derechos legítimos de competidores y consumidores y usuarios.

Además de los criterios de la LDC, el Consejo tiene en cuenta asimismo la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual este Consejo a la hora de fijar la multa ha de tener, "...como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas".

Para el cálculo de la multa el Consejo ha aplicado la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, publicada en el año 2009, en la que, en aras de la transparencia y la seguridad jurídica, esta CNC dio a conocer los criterios que utiliza en el cálculo de las multas en cumplimiento de los criterios de la LDC y al objeto de potenciar el efecto disuasorio de las mismas.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la infracción estamos ante una infracción única y continuada, que se prolonga en el tiempo desde 1999 y que entra dentro de la definición que da la DA 4a de cártel en el que se fijan los precios y se reparte el mercado, es decir, una de las más dañinas formas de distorsionar la competencia.

Además afecta a un input importante como son los diversos componentes empleados en el proceso de envasado de las frutas: cestas, tapas, almohadillas, asas y etiquetas de trazabilidad, su uso es ineludible para un sector altamente exportador como el hortofrutícola español, y por tanto, con un apreciable efecto en el comercio entre los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la dimensión y características del mercado afectado, el de los envases, hay que decir que es un mercado cuya oferta está muy concentrada, formada por pocos y fuertes productores, de ámbito internacional, (Italia, Francia, Reino Unido). Y en el cártel del mercado español han participado empresas que representan más del 80% de la oferta. Según las informaciones aportadas por las imputadas, solo dos de las implicadas tienen el 70% del mercado español, INFIA (LINPAC), con una cuota en volumen de entre un 35- 38%, seguida de GUILLIN con una participación de entre un 27- 31%.

Por lo que se refiere a la demanda las conductas afectan a una parte del mercado agrícola español, envasadores de productos hortofrutícolas, los frutos rojos que por su carácter altamente perecedero y delicado utilizan este tipo de envases, de Andalucía. Por tanto la incidencia de la conducta sobre los precios afecta a los agricultores



que, en general agrupados en cooperativas, por exigencia de los compradores distribuidores deben envasar en origen el producto. Ahora bien el que las empresas del cártel se repartan el mercado Andaluz, (Huelva y Almería), no debe confundir sobre la dimensión del mercado afectado, porque dado que esa zona concentra la práctica totalidad de la producción de este tipo de frutos que utilizan los envases, la conducta está distorsionando al 80% del mercado nacional.

Por tanto a la hora de calcular la sanción, el Consejo debe de tener en cuenta que nos encontramos ante una de las infracciones más graves contra la competencia sin olvidar el producto o el sector en el que inciden los efectos del acuerdo. Por lo cual, de acuerdo con los criterios de la LDC, estaríamos ante una conducta infractora que por su gravedad, duración y porque el efecto de la misma encarece los precios de comercialización de unos productos del sector primario, tan sensible a los precios como el hortofrutícola, el Consejo considera que la conducta es acreedora de una sanción elevada dentro de las previstas para las infracciones muy graves por el artículo 63.1c) de la LDC .

Como ha quedado acreditado y se recoge en el FD SEXTO, VERIPACK es continuadora de la conducta de la empresa AUTOBAR, y por tanto, al objeto de preservar el efecto útil de la aplicación de las normas de competencia, el Consejo considera que VERIPACK debe ser sancionada por el periodo completo de funcionamiento del cártel.

El Consejo, para calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, ha tomado los ingresos antes de impuestos comunicados por las empresas y obtenidos en el mercado de envases a lo largo de los 9 años de funcionamiento del cártel.

En el caso de ILIP, se han tenido en cuenta las ventas realizadas a través de su distribuidora AGROENVAS. En atención a las circunstancias más arriba descritas que concurren en este expediente, es decir, la gravedad de la infracción, la duración, y el hecho de que los envases sean input con incidencia en el precio final de los productos hortícolas de exportación y que por tanto, afecta a la competitividad, el Consejo ha considerado que el tipo aplicable no debería ser menor del 12% del volumen de ventas afectado por la infracción.

Por lo que se refiere al techo de la multa que el artículo 63.1.c) establece en el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el año anterior al de la imposición de la multa, el Consejo ha tomado los datos del ejercicio 2010 de ellas y de sus matrices aportados por las imputadas, así como la información pública disponible sobre el volumen de negocios a nivel mundial. Teniendo en cuenta la responsabilidad subsidiaria de las matrices en ninguno de los casos la multa supera el 10% citado."

En su escrito de respuesta al requerimiento de información, VERIPACK EMBALAJES, S.L. manifestó que "teniendo en cuenta que el periodo "marzo/abril" fijado por la Audiencia Nacional resulta demasiado impreciso, esta Parte ha considerado ajustado a Derecho facilitar los datos por la mitad de dicho periodo, es decir, abarcando hasta la fecha 31 de marzo de 2007'.

Ante esta petición, en su informe de vigilancia, la DC propone a la Sala de Competencia la posibilidad de tomar en consideración el período junio 2006-marzo 2007 o, alternativamente, el periodo junio 2006-abril 2007 para el cálculo de la multa.

No obstante, como se ha afirmado anteriormente, la Sala considera que la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 se refiere inequívocamente a la existencia de efectos en el mes de abril de 2007. Por ello considera que deben tenerse en cuenta, al menos, la mitad de la facturación de dicho mes para el nuevo cálculo de la multa.

Por tanto, a la vista de lo anterior, y aplicando los mismos criterios seguidos por la Resolución de 2 de diciembre de 2011:

Aplicando el 12% al volumen de ventas afectado por la infracción, tal y como se establece en la Resolución, atendiendo a la gravedad de la infracción, a la duración y al hecho de que los envases sean input con incidencia en el precio final de los productos hortícolas de exportación y que, por tanto, afecta a la competitividad, esta Sala considera que la sanción a imponer sería 1.100.790 €.

Dichas cifras no superarían los 3.024.300 € correspondientes al 10% del volumen de ventas de 2010.

5.- Esta resolución de 25 de marzo aquí recurrida se dicta en ejecución provisional de la sentencia dictada por esta Sala el 11 de febrero de 2013, rec. 48/2012), sentencia recurrida en casación por el Abogado del Estado.

6.- Con fecha 4 de marzo de 2016, rec.1114/2013, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dicta sentencia conformando la de Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 . Rechaza que existe incongruencia y falta de motivación y confirma el criterio de la sentencia de esta Sala en cuanto a la definición del mercado como



la participación de la recurrente en la infracción, el período de su participación y la existencia de efectos así como el periodo temporal sobre el que se aplica la sanción.

7. A la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, mediante resolución de 28 de abril de 2016 la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia eleva a definitiva la ejecución provisional acordada en la resolución de 25 de marzo de 2015.

SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia la ilegalidad de la resolución recurrida por aplicar un método de cálculo de la sanción que ha dejado de resultar aplicable a las vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo sobre la Comunicación de multas.

En segundo lugar, considera que solo debe tenerse en cuenta para el cálculo de la sanción las ventas realizadas hasta el 31 de marzo de 2017 tal y como plantea la propia Dirección de Competencia mediante el informe parcial para el cálculo de la sanción de 30 de octubre de 2014 y en tercer lugar que se valore motivadamente la participación individual la actora en la infracción continuada.

TERCERO .- No ofrece duda que la sanción inicial impuesta en la resolución de 2 de diciembre de 2011, lo fue de conformidad con la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, publicada en el año 2009 y que ha sido declarada nula por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, rec.2872/2013 , seguida en el mismo sentido, de otras posteriores.

Es cierto que la sentencia de esta Sala no contenía pronunciamiento alguno al respecto, porque la sentencia es anterior al pronunciamiento del Tribunal Supremo, pero eso no permite entender, como sostiene el Abogado del Estado que la CNMC, al ejecutar provisionalmente la sentencia, no puede ir en contra de los propios términos de la sentencia de 11 de febrero de 2013 .

Lo que no puede es aplicar un sistema de cálculo que se ha declarado ilegal pues, en cualquier caso, de pretender su aplicación con ese argumento, debería, haber planteado un incidente de imposibilidad legal de ejecución de sentencia.

En realidad, la invalidez del sistema de cuantificación de la multa arrastra también al nuevo acuerdo, que en ejecución de la sentencia de 11 de febrero de 2013 debe ser anulado y sustituido por otro en el que no se aplique la Comunicación. En la misma línea, por otra parte, que numerosos pronunciamientos de esta Sección recaídos en supuestos análogos, así, la sentencia de 10 de noviembre de 2016 , rec. 479 / 2014.

A la hora de recalcular de nuevo el importe de la sanción deberá motivar las razones que permitan entender individualizada la participación de la recurrente en la imposición de la sanción que asimismo, deberá tomar en cuenta el volumen de ventas del mes de abril de 2007 como establece la sentencia confirmada por el Tribunal Supremo.

CUARTO.- Procede entonces la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, de la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo en la invocada sentenciad de 29 de enero de 2015 y reiterados en otras posteriores.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. Rosa Sorribes Calle actuando en nombre y representación de **VERIPACK EMBALAJES, S.L**, contra la resolución de 25 de marzo de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 1.100.790 euros de multa en ejecución de lo resuelto por la Audiencia Nacional en sentencia de 11 de febrero de 2013 , resolución que se anula en el particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

2.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.



Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 04/04/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ