

Roj: **STS 932/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:932**Id Cendoj: **28079130032016100080**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **03/03/2016**Nº de Recurso: **3604/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 4116/2013,**
STS 932/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

VISTO el recurso de casación, registrado bajo el número **3604/2013**, interpuesto por la representación procesal de la mercantil S.R.L. ILPA DIVISIONES ILIP, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 27/2012, formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de diciembre de 2011, recaída en el expediente S/0251/10, que le impuso la sanción de 1.003.583 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por haber llevado a cabo una práctica concertada en el mercado de los envases de plástico destinado al envasado y protección de productos hortofrutícolas, durante el periodo que va desde 1999 hasta la campaña 2006/2007. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, las mercantiles LINPAC GROUP, LTD e INFIA, S.R.L., representadas por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, y la mercantil S.U.C.A., SOCIEDAD COPERATIVA ANDALUZA, representada por el Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 27/2012, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 1 de octubre de 2013, cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad S.r.L., I.L.P.A.-Divisiones ILIP, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 2 de diciembre de 2011, 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. » .

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] La cuestión a resolver radica, en si la hoy actora debe ser declarada responsable de una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, por haber llevado a cabo, en el periodo que va desde 1999 hasta la campaña 2006/2007, una conducta colusoria, de las calificadas como cártel, mediante la fijación de precios y el reparto del mercado de los envases de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas.



En el Informe y Propuesta de Resolución (en adelante IPR) elevado al Consejo conforme al artículo 50.4 de la LDC el 20 de mayo de 2011, la DI propuso que, "se declare la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la Ley 16/1989, del vigente artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por los acuerdos adoptados e implementados por I.L.P.A, S.r.l.-Divisione ILIP, INFIA, S.r.l., VERIPACK EMBALAJES, S.L. y AGROENVAS, S.L., a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas desde al menos 1999 hasta la campaña 2006/2007, que entran en la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas empresas consistieron en la fijación de precios de los envases de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas, así como el reparto del mercado".

El artículo 1.1 de la LDC, tanto en la versión de la Ley 16/1989 como en la hoy vigente Ley 15/2007, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio en todo o en parte del mercado nacional y el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

El artículo 101.1. del TFUE establece que "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) "Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; [...]; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento". Asimismo, el artículo 101.2 del TFUE establece que son nulos de pleno derecho los acuerdos o decisiones prohibidas por dicho artículo.

[...] Con respecto a la legislación aplicable, la incoación de este expediente tuvo lugar el 10 de mayo de 2010 y se ha tramitado por tanto conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pues así resulta, a sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que "Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio".

Por lo que al derecho sustantivo sancionador se refiere, y si bien la conducta enjuiciada ha tenido lugar en el periodo que va desde, al menos, el año 1999 hasta la campaña hortofrutícola 2006/2007, la CNC en su resolución considera, al igual que lo ha hecho en casos precedentes, que la norma aplicable es la Ley 15/2007, por resultar más favorable teniendo en cuenta todas las condiciones concretas del caso.

Por otra parte, el artículo 3 del Reglamento del Consejo, 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de Competencia del TFUE, dispone que las autoridades nacionales de competencia cuando juzguen una conducta que pueda afectar a los intercambios entre los Estados miembros, están obligados a aplicar también la correspondiente norma comunitaria, en este caso el artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 de TCE).

En el caso que nos ocupa como se deduce del contenido del expediente, tanto la posible afectación del comercio intracomunitario como la apreciabilidad, está fuera de toda duda. El producto objeto de cartelización, **los envases para frutas**, tiene como destino el envasado de productos hortofrutícolas, como la fresa, que en una parte muy importante se exporta, y que debe ser envasado en origen porque así lo piden los destinatarios finales del producto, es decir, las cadenas de supermercados y los distribuidores minoristas. Según informes del sector citados por el IPR, que coinciden con la información aportada en su informe por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, la producción de estos frutos en esa Comunidad Autónoma se dedica fundamentalmente a la exportación, solo un 5% se queda en el mercado interior, siendo el principal destino los países de la U.E., Alemania (33% de las exportaciones) y Francia (con el 30%), Holanda y Reino Unido.

Por otra parte estamos ante un cártel de empresas europeas, la mayoría de ellas ubicadas en Italia -tan solo VERIPACK está ubicada en España-, si bien su matriz es el grupo francés GUILLIN, competidoras entre sí tanto a escala europea como mundial.

La CNC realiza así un correcto análisis sobre la afectación de los intercambios comunitarios de la conducta analizada y de la obligación por tanto de aplicar el artículo 101 del TFUE.

[...] La conducta aquí analizada tiene lugar en el mercado del empaquetado y envasado de frutas y verduras frescas y más concretamente de los envases monouso elaborados a partir de polímeros de plástico, ya sean cestas o tarrinas de plástico o alvéolos, para el envasado de fruta frágil y de pequeño tamaño (fresa, frambuesa, arándano, cerezas, etc.) y hortalizas también de pequeño tamaño, (tomates cherry, pequeñas zanahorias, cogollos de lechuga y otros).

Los oferentes de estos productos son empresas de ámbito internacional o europeo y los demandantes suelen ser los productores y envasadores de frutas, verduras y hortalizas, es decir los productores agrícolas,



normalmente agrupados en cooperativas, puesto que el cliente final quiere recibir el producto envasado en origen. La demanda suele ser estacional, previa a la temporada del producto.

La DI consideró fehacientemente acreditado en el expediente y está recogido en los Hechos Probados, que en el periodo que va desde el año 1999 hasta noviembre de 2005, las empresas INFIA, ILIP, NESPAK (del grupo GUILLIN), ISAP EUROIBERICA, S.A. y PLASTIC COMPANY (PC) (todas ellas con sede en Italia) y VERIPACK (antes AUTOBAR, con sede en España), productoras y comercializadoras de envases de productos hortofrutícolas y más concretamente de los envases monouso de polímeros de plástico, cestas, tarrinas, alvéolos, etc., mantenían reuniones anuales, a finales de cada año, normalmente en Italia, en las que acordaban los precios de una serie de modelos y tamaños de dichos envases y concertaban las ofertas en los procedimientos de licitación que hacen algunos grandes clientes, normalmente cooperativas agrícolas o asociaciones de cooperativas.

Según la DI, "... se ha podido constatar el mantenimiento de contactos por parte de las empresas participantes en el cártel, fabricantes y a la vez comercializadoras de envases de plástico para productos hortofrutícolas -INFIA, ILIP, VERIPACK, NESPAK, ISAP y PC, directamente y/o a través de sus filiales o distribuidoras-, desde, al menos 1999, hasta finales de 2005, siguiendo participando en dichos ilícitos a partir de dicha fecha las empresas INFIA, ILIP y VERIPACK, directamente y/o a través de sus filiales o distribuidoras".

A juicio de la DI, "El no seguimiento en el cártel a partir de finales de 2005 de NESPAK, ISAP y PC vino derivado del incumplimiento de los acuerdos adoptados en el cártel por dichas empresas, en particular, por PC, que trataba de conseguir clientes que conforme a los acuerdos del cártel no le estaban asignados".

De la información aportada por la empresa ILPA en su solicitud de clemencia y de la obtenida por la DI en la inspecciones realizadas, en particular en la sede de ILIP en Italia y en las sedes de las empresas VALPACK (continuada de ISAP), VERIPACK y AGROENVAS, consta en el expediente documentación acreditativa de la celebración de las siguientes reuniones (H.P.C):

- Reunión de septiembre (20 a 23) de 2000 en la feria de Lepe.
- Reunión de 16 de noviembre de 2000 en Bolonia
- Reunión de 24 de octubre de 2002 en Barcelona
- Reunión de 1 de diciembre de 2003 en Bolonia
- Reunión de 20 de septiembre de 2004 en Lepe
- Reunión de 29 de noviembre de 2004 en Bolonia
- Reunión de 21 de marzo de 2005 en Verona
- Reunión de 11 de abril de 2005 en Bolonia
- Reunión de 28 de noviembre de 2005 en Bolonia, y
- Reunión de 30 de noviembre de 2006 en Barcelona

En el apartado de Hechos Probados están recogidas de forma exhaustiva y por orden cronológico de campaña, tablas y cuadros acreditativos de los precios y de las estrategias para acudir a las licitaciones de las cooperativas, que las empresas acordaban en las reuniones anteriormente citadas. La descripción de la conducta que se contiene en la resolución impugnada se remite a dichos hechos que en absoluto han sido desvirtuados por la parte actora.

Para la campaña 1999/2000 está acreditada la existencia de un acuerdo de precios en las notas aportadas por la solicitante de la clemencia y en las recabadas en las inspecciones de las empresas, en las que aparece la mención " *primer acuerdo de precios en Huelva* ", así como menciones a incumplimientos del acuerdo. (H.P.C.1 y 2).

Para la campaña 2000/2001 constan unos primeros contactos mantenidos con ocasión de la feria comercial celebrada en Lepe del 20 al 23 de septiembre del año 2000, previos a la reunión del cártel celebrada en Bolonia el 16 de noviembre de 2000, en la que además de acordarse los precios mínimos de referencia para la campaña 2000/2001, se repartieron el suministro de tres cooperativas importantes, [...]. En esta cita se acordó asimismo no suministrar a determinados clientes debido a su comportamiento moroso, (H.P.C.5 y 6).

Los acuerdos para la campaña 2001/2002 quedan reflejados en la información sobre el seguimiento del acuerdo por parte de ILIP y AGROENVAS de las ofertas que hacían sus competidores, (H.P.C 9).

Y en la reunión del 24 de octubre de 2002 se fijan los precios mínimos de referencia para la campaña 2002/2003 y la estrategia común para el suministro de las cooperativas [...], (H.P.C.10 a 15).



Para la campaña 2003/2004, en la reunión en Bolonia el 1 de diciembre de 2003, se acuerdan los precios para una serie de modelos, así como los precios de la trazabilidad y de las almohadillas. También acuerdan en la misma reunión la estrategia para la subasta prevista por la cooperativa [...] para el 12 de diciembre de 2003, (H.P.C.17 a 20).

En la Feria Agrocosta de Lepe, en septiembre de 2004, INFIA, VERIPACK e ILIP contactan entre sí y se comprometen (a pesar de las diferencias que habían surgido entre ellos) a seguir con el acuerdo para evitar precios bajos. Se celebra por tanto la reunión anual habitual del cártel en Bolonia el 29 de noviembre de 2004, a la que asisten todos; en la misma se concretaron los precios del acuerdo para la campaña 2004/2005 y se analizaron las ofertas previstas (H.P.C.21 a 29).

Aunque ya hay problemas entre los miembros, entre otras razones por incumplimientos del acuerdo, las empresas o al menos parte de ellas, están muy interesadas en mantener el cártel e incrementan las citas. El 21 de marzo de 2005 tienen una reunión en Verona, a la que asisten todas las empresas del cártel, y el 11 de abril de 2005 en Bolonia, con la participación INFIA, ILIP y VERIPACK. En estas reuniones se adaptan los precios previamente fijados y cada uno trata de hacer un seguimiento más estrecho del cumplimiento de los acuerdos por los demás, (H.P.C.29 a 33). Consta acreditada en el expediente cómo ISAP llama al orden a INFIA por haber incumplido el acuerdo ofertando a uno de sus clientes a precios más bajos de los acordados (H.P.C.34).

A la reunión de finales del año 2005 de Bolonia, el 28 de noviembre, siguen asistiendo todos los miembros del cártel y como de costumbre acuerdan los precios mínimos y el reparto de las licitaciones de las cooperativas (H.P.C.35 a 45).

Para la campaña 2006/2007 consta acreditada la estrategia común entre INFIA, VERIPACK e ILIP con la colaboración de AGROENVAS que hace de correo entre INFIA e ILIP para los acuerdos alcanzados en la reunión celebrada en Barcelona el 30 de noviembre de 2006. A esta reunión está confirmada y reconocida por las partes la asistencia de INFIA y VERIPACK, así como que en la misma establecieron una estrategia en común a fin de repartirse el suministro a [...] en la subasta que iba a tener lugar el 13 de diciembre de 2006, y se acordaron los precios para la campaña 2006/2007, (H.P.C.45 a 55).

Como se desprende de la anterior descripción de las conductas de los miembros del cártel, las reuniones institucionalizadas anuales se celebran a final de año, generalmente en noviembre, antes del comienzo de la campaña de las frutas rojas, la fresa fundamentalmente, cuya temporada va de diciembre/enero a marzo/abril del año siguiente y tenían lugar habitualmente en un hotel de Bolonia (Italia), debido a la cercanía de las sedes de varias empresas del cártel, o en Barcelona, en consideración a la cercanía de las sedes de VERIPACK.

Estas reuniones de finales de año, a diferencia de los encuentros a lo largo del año tenían un pauta establecida, se fijaban los precios mínimos o incrementos de precios, (en euros por mil unidades) de los 5 o 6 productos, los modelos y tamaños más usuales de las cestas o tarrinas (250 gramos, 500 gramos y en ocasiones de 1 kilo) y posteriormente de las tapas y de las almohadillas, lo que suponía cerca del 60% del total de ventas del mercado.

Los precios los fijaban teniendo en cuenta la capacidad de negociación de los clientes y así acordaban precios más altos para los pequeños clientes como se ve en la lista de precios acordados en la reunión de Bolonia de 16 de noviembre del año 2000, en la que el precio de la tarrina de 250 gr. para los clientes grandes era de 2,25 y para los pequeños de 2,45, e igual en el caso de la de 500 gr., en que los precios eran 4,3 y 4,60 respectivamente (H.P.C.6).

Pero para mantener los precios altos o impedir que bajaran, en las reuniones no sólo fijaban los precios mínimos o los incrementos a aplicar. Además del acuerdo sobre los precios también acordaban las estrategias para acudir a las subastas de compra de cestas que hacen las grandes cooperativas hortofrutícolas, repartiéndose el suministro total o parcial de las mismas, como se aprecia por ejemplo, en el hecho de que para la campaña 2000/2001 se le "concedía" a ILIP el 25% de [...] (6 a 7 millones de envases), 25% de [...] (6 a 7 millones de envases) y 20% de [...] (2 a 3 millones de envases) (H.P.C.6).

En estas estrategias se fijaban los precios a ofrecer por cada uno de los fabricantes y las cantidades a proveer para dejar demanda para el resto, puesto que estas cooperativas no suelen comprar todo el producto al mismo proveedor. Así por ejemplo, en el acuerdo de las ofertas a que, como se ha visto más arriba, se le asignaba 25% a ILIP, la estrategia era que los precios más bajos para las tarrinas de 250 y 500 gramos los ofertara PC, a la que se le asignaba el 50% de la demanda de esta cooperativa, después con diferencias de céntimos ILIP, para cubrir el 25%, y unos céntimos más alto Plasal para el restante 25%, los demás debían ofertar a precios más elevados para no ser adjudicados (H.P.C.6). Igual ocurre con la oferta a para la campaña de 2005 (H.P.C.38).

Esta estrategia de reparto de las grandes cooperativas compradoras de envases se adapta en función de las fórmulas utilizadas por éstas. Así algunos de los acuerdos recogidos en los Hechos Probados del reparto



del mercado, cobran aún más sentido cuando se conoce la forma de hacer las subastas por algunas de las cooperativas.[...] por ejemplo, que reúne a varias cooperativas y empresas hortofrutícolas, dice que para negociar los mejores precios para sus afiliados hace la subasta en dos rondas: en una primera fase solicita precios a todos los posibles proveedores y después, en una segunda ronda, sobre la base de las ofertas recibidas, negocia con los proveedores que le interesan, que suelen ser los proveedores de años anteriores. Conociendo el sistema, el cártel acuerda no sólo los precios de la primera oferta sino los descuentos a ofertar en la segunda ronda, como se ve en el acuerdo sobre las ofertas a [...] para la campaña 2004/2005 (HP.C.28).

Todos estos acuerdos se toman en las reuniones anuales previas al comienzo de la campaña, pero estos encuentros periódicos institucionalizados eran complementados con contactos bilaterales, bien por teléfono, bien en eventos del sector, (por ejemplo, ferias hortofrutícolas como la de LEPE), en los que las mismas empresas valoraban la implementación y control de los acuerdos alcanzados, así como la forma de ajustar los mismos atendiendo a la dinámica del mercado, implicando en ello a sus distribuidores locales.

Este funcionamiento del cártel se mantuvo según consta también en el expediente de forma estable hasta 2004, momento en el que, de acuerdo con las declaraciones de la solicitante de clemencia, nuevos entrantes y contenciosos sobre derechos de propiedad intelectual entre algunos de los miembros del cártel, debilitan la cohesión entre los mismos. No obstante como hemos visto siguieron reuniéndose todos en el año 2004 y a lo largo del año 2005, hasta la reunión celebrada en Bolonia el 28 de noviembre de 2005, (HP.C.36).

Según declaraciones de la empresa solicitante de clemencia, durante 2004 y 2005, se hicieron evidentes los incumplimientos de los acuerdos adoptados por algunas de las empresas del cártel. No obstante, se siguieron manteniendo las reuniones del cártel durante dichos años, como se ha acreditado en el expediente, acordándose en ellas los precios mínimos y las ofertas a presentar a determinadas cooperativas españolas. Tres de dichas empresas ya habían mantenido reuniones entre ellas con la intención de continuar los contactos entre las mismas. En concreto, se trata de ILIP, INFIA y VERIPACK, quienes ya en la comentada reunión celebrada con ocasión de la feria Agrocosta en septiembre de 2004, o la celebrada en Verona el 22 de marzo de 2005, un día después de la reunión celebrada en la misma ciudad por la totalidad de las empresas del cártel, manifestaron su intención de continuar los contactos colusorios.

Quizá por ese motivo para la campaña 2006/2007 las tres empresas INFIA, ILIP y VERIPACK, que en la Feria de Lepe de 2004 habían acordado mantener los acuerdos a pesar de los incumplimientos, convocan la cita de final de año, que, posiblemente en honor de VERIPACK con sede en Barcelona, realizan en esta ciudad el 30 de noviembre de 2006. En la misma, según está acreditado y ha sido reconocido por VERIPACK, acuerdan los precios mínimos para la campaña 2006/2007 y sobre todo establecen la estrategia para acudir a la licitación de [...] el 13 de diciembre de 2006. INFIA que se había reunido con VERIPACK, transmite los acuerdos a ILIP a través de su distribuidor AGROENVAS, (HP.C.52 y 53).

El desarrollo de la conducta anteriormente descrita tanto respecto a la fijación de **precios** como a las estrategias en relación con las **licitaciones** de las grandes cooperativas está ampliamente acreditada en el expediente, en la numerosa documentación aportada en la recabada en las inspecciones y en la remitida por los imputados y por los clientes a petición de la DI. Esta información, no deja lugar a dudas sobre la conducta practicada por las empresas a partir del año 1999.

[...] Los hechos anteriores han sido correctamente subsumidos por la CNC en la norma aplicable. En efecto, tanto el artículo 1 de la LDC como el 101 del TFUE, prohíben los acuerdos entre las partes que limitan o puedan limitar su política comercial al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado. Lo que se prohíbe son los acuerdos que tengan por objeto o puedan producir el efecto de alterar la competencia en el mercado.

El concepto de acuerdo, como venimos declarando, ha de ser interpretado en un sentido amplio, como la concordancia, expresa o tácita, de voluntades de los participantes de dicho acuerdo en limitar su conducta comercial individual, determinando de forma conjunta su participación en el mercado.

A juicio del Consejo de la CNC la conducta descrita constituye una infracción única y continuada, materializada en acuerdos de precios y de reparto de mercado, que se repetían anualmente al inicio de cada campaña, y que en conjunto todos ellos conforman un plan cuyo objeto es limitar o falsear la competencia en el mercado envases de productos hortofrutícolas y más concretamente, de los envases monouso de polímeros de plástico para el envasado de frutas.

Este es el criterio reiteradamente aplicado por la CNC y ratificado por esta Sala, similar a la práctica decisonal de la Comisión Europea confirmada por el Tribunal de Justicia que en entre otras en la *Sentencia del Tribunal de Justicia (TJCE) de 21 de septiembre de 2006, asunto C-105/0*, decía lo siguiente:



"110.- Una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Cuando las distintas acciones se inscriben en un "plan conjunto" debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto".

A juicio de la CNC la conducta descrita constituye una infracción única y continuada, materializada en acuerdos de precios y de reparto de mercado, que se repetían anualmente al inicio de cada campaña, y que en conjunto todos ellos conforman un plan cuyo objeto es limitar o falsear la competencia en el mercado de dichos envases.

Sin embargo, la actora entiende que las actuaciones llevadas a cabo desde 1999 no pueden ser consideradas como una conducta única y continuada, tratando de separar las actuaciones llevadas a cabo hasta 2004 de las posteriores, al objeto de que las primeras puedan considerarse a efectos de la prescripción que también se interesa.

En relación con el carácter o no de continuada de una infracción administrativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente sentencia de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) analiza un supuesto de infracción del que ahora es art. 101 TFUE en el que el Tribunal de Primera Instancia había considerado la existencia de una infracción continuada, y sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

44 Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los



que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

45 No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)."

El análisis del comportamiento de la recurrente a la luz de estas precisiones jurisprudenciales permite comprobar que se ha acreditado en el expediente administrativo que:

- Varias empresas participaron en reuniones periódicas a lo largo del amplio período de tiempo señalado, alcanzando distintos acuerdos de fijación de precios por campañas anuales de recogida y embasado en origen de productos hortofrutícolas y de reparto del mercado, en particular del reparto de las licitaciones efectuadas por las cooperativas agrícolas, a través de estrategias de ofertas y de descuentos.
- Dicha armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.
- En este caso ILPA no sólo no rechazó los acuerdos alcanzados sino que, después de ser informada de los precios fijados, pasó esos precios a otra de las codemandadas, aplicando así los acuerdos anticompetitivos (folios 185-188 y 1291-1293).

Y termina señalando:

" Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución del ya citado "plan preconcebido") es claro que en el caso de autos tal requisito se cumple. Las cuatro conductas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia sancionadas se encuentran, todas ellas, incursas en el mismo artículo, apartado y letra (artículo 1, apartado primero, letra a) de la Ley de Defensa de la Competencia) y responden al mismo tipo infractor, esto es, al que sanciona la adopción de un acuerdo mediante el que una determinada asociación empresarial -en este caso el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya- fija los precios y las condiciones comerciales que han de regir la actuación comercial de sus asociados a fin de eliminar la competencia de éstos entre sí.

La mera circunstancia de que el acuerdo colusorio se concrete en previsiones aplicables de manera detallada a diversos tipos de operaciones de transporte por carretera (contenedores, carga general, carga completa, camiones basculantes) en relación con el puerto de Bilbao y en función de las distancias aplicables, dicha circunstancia, decimos, en nada obsta al carácter unitario del acuerdo mismo ni a la calificación de la conducta infractora como continuada, a los efectos del repetido artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto ."

La Sala no puede acoger la pretendida explicación alternativa al hecho de intercambio de información anticompetitivo.

La sola existencia de los acuerdos anticompetitivos basta para tener a la actora como responsable de la conducta sancionada. Pero, además, en este caso los acuerdos fueron puestos en práctica, algo plenamente constatado a través de las ofertas realizadas a las subastas, con la consiguiente distorsión de los precios de los productos, situándolos por encima de los que se hubieran alcanzado en el mercado de no haber existido tales acuerdos.

Por lo demás, no resulta de aplicación la jurisprudencia invocada en la demanda (el asunto no es asimilable al caso BASF) sin que, por lo demás, el grado de participación de una determinada empresa en las diferentes actuaciones del cártel (reuniones, comunicaciones, implementación y demás) sea relevante para determinar la participación de la empresa en la infracción, sino para el cálculo de la multa.

[...] En definitiva, ha quedado demostrada la existencia de una infracción única y continuada en este caso, de la que es autora la actora por haber participado en la actividad del cártel también durante el año 2006, algo que igualmente ha quedado probado en el expediente (Hecho Probado 48 de la Resolución) y resulta de los correos enviados por AGROENVAS a ILPA, respecto de los precios para la campaña de la fresa (folios 1291 a 1293), precios que habían sido acordado en la reunión del 30 de noviembre en Barcelona, reunión en la que aún no habiendo estado físicamente la hoy actora, no implica por sí que no haya aplicado los precios allí acordados. Antes bien al contrario figuran en el expediente notas manuscritas (folios 1203 y 1204) que muestran claramente un intercambio de información de la hoy actora con sus competidores de cara a la subasta organizada por SUCA.



Por ello, la Sala debe también ratificar, ante la rotundidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, la resolución impugnada cuando considera la participación de la hoy actora en las actividades desarrolladas por el cártel durante el año 2006 también.

[...] Sobre la improcedente exoneración de AGROENVAS, S.L. de responsabilidad en la comisión de la infracción imputada, señala la demandante que yerra la CNC al exonerar de responsabilidad en la participación del cártel a dicha entidad, pero en cualquier caso señala la falta de motivación al respecto, alegando una vulneración del artículo 54 de la Ley 30/1992. Entiende que la motivación era precisa pues, a juicio de la actora, la exoneración de responsabilidad de AGROENVAS en el cártel descrito ha supuesto la imposición de sanción a la actora por las conductas de aquéllas, esto es, se le ha considerado partícipe de las conductas desarrolladas en el año 2006 para así elevar el importe de la sanción.

Pero la Sala no puede acoger dicha alegación relativa a la falta de fundamentación para la exoneración de responsabilidad de aquella otra participante en el cártel; baste con acudir a la Resolución para comprobar la existencia de una explicación motivada y fundada que nos ofrece el Consejo para no apreciar en AGROENVAS responsabilidad alguna como tal distribuidora en el transcurso de su relación comercial con la actora (desde el inicio de sus actividades en 1997 hasta el 30 de septiembre de 2009), habiendo asistido únicamente a la reunión que tuvo lugar con motivo de la Feria de Lepe (16 de noviembre de 2000).

Resulta asimismo acreditada la colaboración de la distribuidora con ILIP, la aplicación por el distribuidor de los precios del cártel partiendo de la lista de precios mínimos o de base que le suministraba la propia actora, así como la estrecha colaboración con ésta para llevar a cabo los acuerdos del cártel y el seguimiento de los mismos. Pero en ningún momento se acredita la capacidad de decisión de la distribuidora ni la asunción de riesgo alguno, por lo que no existe base para imputarle responsabilidad alguna. Sin que, por lo demás, ello haya supuesto la traslación de su responsabilidad a ILIP por los contactos mantenidos en el año 2006, tal y como se alega por la actora, pues es lo cierto que ésta ha de responder por su participación en dichos contactos, en los términos más arriba reseñados, con independencia de la responsabilidad de cualquier otra empresa.

[...] Con carácter subsidiario plantea la actora la falta de proporcionalidad de la sanción. En concreto se alega, de una parte, el carácter desproporcionado de la sanción económica impuesta dada la posición de mercado en la que se encuentra la recurrente y, de otra parte, se dice en la demanda que existe un error de cálculo del importe de dicha sanción que derivaría del desfase, según la recurrente, existente entre el importe de la sanción y el importe resultante de aplicar la metodología de cálculo expuesta en la propia Resolución.

La CNC señala los elementos que ha tenido en cuenta para el cálculo de la sanción:

- De acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, se califica la infracción 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, tiene en cuenta los criterios de dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas responsables, el alcance y duración de la infracción así como los efectos sobre los derechos legítimos de competidores y consumidores y usuarios (artículo 64 de la LDC).
- Además se ha tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo según la cual *"...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 incumplimiento de las normas infringidas"*.
- Por lo que se refiere a la naturaleza de la infracción, nos remitidos a lo dicho más arriba sobre la existencia de una infracción única y continuada en el tiempo desde 1999, correctamente calificada de cártel en el que se fijan los precios y se reparte el mercado y, por tanto, nos encontramos ante una de las más dañinas formas de distorsionar la competencia. Correctamente se tiene también en cuenta que afecta a un imput importante como son los diversos componentes empleados en el proceso de envasado de las frutas utilizados en un sector marcadamente exportador como el hortofrutícola español.
- La dimensión y características del mercado afectado, el de los envases, también se tienen en cuenta correctamente, ponderando la concentración de la oferta.

No podemos aceptar la alegación de la actora cuando afirma que la Resolución ha tomado en consideración como mercado relevante únicamente el mercado de Huelva, como aquél en que habrían tenido incidencia las conductas sancionadas (página 22 de la demanda). Por el contrario la propia resolución (página 65) señala respecto de la incidencia de la conducta sobre los precios que 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 en 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 último, en cuanto al pretendido error, una vez rectificado por el Consejo a instancias de la propia recurrente, que presentó con fecha 15 de diciembre de 2011 un escrito en tal sentido, y una vez aclarado que el error había consistido en cifrar la duración de la infracción en siete años en lugar de en nueve, únicamente cabe señalar respecto de los cuadros y cálculos aportados por la actora, que a las cifras de volumen de ventas que indica, hay que sumarle la cifra de ventas de AGROENVAS (página 71 de la Resolución) ya que "se han tenido en cuenta las ventas realizadas a través de su distribuidora". Dicho volumen de ventas figura en el folio 2272 del expediente administrativo; de ahí que el resultado obtenido es lógicamente mayor que el propuesto por la parte actora en su escrito de demanda cuando únicamente toma en cuenta el volumen de ventas realizadas por ILIP.

Así las cosas, el importe de la sanción económica impuesta a la recurrente resulta acorde con el principio de proporcionalidad que necesariamente debe regir el ejercicio de la potestad sancionadora en general y de la CNC en particular. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil S.R.L. ILPA DIVISIONES ILIP recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 6 de noviembre de 2013 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil S.R.L. ILPA DIVISIONES ILIP recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 23 de diciembre de 2013, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito, por personada a mi representada y por interpuesto dentro de plazo y en debida forma el presente recurso de casación contra la Sentencia de 1 de octubre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario 27/2012, y seguidos los trámites oportunos dicte sentencia por la que, en estimación del presente recurso, acuerde la casación de la citada Sentencia de 1 de octubre de 2013 y en consecuencia, resuelva el recurso contencioso-administrativo en los términos indicados en el escrito de demanda formulado por mi representada en el procedimiento de instancia. » .

CUARTO.- Por providencia de 14 de febrero de 2014 se admite el recurso de casación.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 7 de marzo de 2014, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, las mercantiles LINPAC GROUP, LTD e INFIA, S.R.L., y la mercantil S.U.C.A., SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla, en representación de la mercantil S.U.C.A., SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA, presentó escrito el día 8 de abril de 2014, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con sus copias y por formulado, en tiempo y forma, ESCRITO DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por ILPA contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013 , declare, previos los trámites legales oportunos, no haber lugar al recurso de casación interpuesto, desestimando los motivos de casación alegados, dada su manifiesta falta de fundamento, confirmando íntegramente la resolución recurrida, con imposición de costas ala parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA . » .

2º.- El Abogado del Estado, presentó escrito el día 26 de abril de 2014, en el que expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA. » .

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2014, se tiene por caducado el trámite de oposición concedido al Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en representación de las mercantiles LINPAC GROUP, LTD e INFIA, S.R.L., al no haber presentado escrito alguno en el plazo otorgado.



SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 11 de noviembre de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 16 de febrero de 2016, fecha en que tuvo lugar al acto, prosiguiendo la deliberación el día 23 de febrero de 2016.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la mercantil S.R.L. ILPA DIVISIONES ILIP contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de diciembre de 2011, recaída en el expediente S/0251/10, que acordó imponerle una sanción de multa de 1.003.583 €, como responsable de haber cometido una infracción contraria al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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.

El recurso de casación se articula en la formulación de cuatro motivos de casación.

En el primer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se imputa a la sentencia recurrida que incurre en arbitrariedad, al no ofrecer una adecuada y razonable motivación que justifique su fallo. Se aduce también que la sentencia incurre en incongruencia omisiva, al dejar imprejuzgados algunos elementos esenciales del debate procesal, en relación con la incorrecta calificación de la conducta analizada y con la errónea determinación de la multa impuesta a ILPA por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

El segundo motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto la Sala de instancia debió apreciar que no concurrían los elementos jurisprudencialmente exigidos para sostener, en este supuesto, que las conductas englobadas en el marco de la colusión constituyen una infracción única y continuada, en la medida que debió tener en cuenta la distinta naturaleza de las conductas que habían tenido lugar durante el periodo analizado, y que no puede invocarse la existencia de unidad de objeto, ni de sujeto, ni la idoneidad de métodos, por lo que al tratarse de dos conductas diferenciadas (la conducta realizada entre finales de 1999 y finales de 2005, y la conducta imputada respecto del 2006) debió estimarse prescrita la primera infracción por el transcurso del plazo establecido en el artículo 68 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El tercer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se fundamenta en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como del principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución española, y el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por cuanto viene a invertir la carga de la prueba al presumir la comisión del ilícito administrativo imputado a ILPA, obviando de manera sistemática los elementos de juicio aportados por la defensa de la mercantil sancionada, a los efectos de acreditar la legalidad de su actuación.

El cuarto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora, en infracción de lo dispuesto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues la Sala de instancia debió tener en cuenta la cuota de mercado de las diferentes empresas sancionadas, habiendo incurrido en error de Derecho al validar el cálculo realizado por la Comisión Nacional de la Competencia, en relación con la determinación del volumen de ventas de sus productos, al adecuar indebidamente los datos correspondientes al distribuidor Agroenvas.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción de las normas reguladora de la sentencia.



El primer motivo de casación, que se fundamenta en la infracción de los artículos 9.3 , 24 y 120.3 de la Constitución española , del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no puede prosperar. Rechazamos, en primer término, que la Sala de instancia haya incurrido en la formulación de la sentencia en incongruencia omisiva y en falta de motivación por dejar imprejuzgados - según se aduce- algunos de los elementos esenciales del debate procesal, relativos a la calificación de la conducta imputada, porque la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, que hemos transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución judicial, permite constatar que el Tribunal sentenciador da una respuesta explícita y suficiente -en términos de argumentación- al motivo de impugnación deducido en el escrito de demanda formalizado en la instancia, basado en la alegación de la incorrección de la calificación jurídica de las conductas analizadas en cuanto que no deben entenderse integradas en una infracción única y continuada, al sostener que las conductas imputadas son susceptibles de integrarse en la definición de cártel, porque los acuerdos alcanzados por las empresas, que abarca íntegramente el periodo que va desde 1999 hasta la campaña 2006-2007, tenían por objeto la fijación de precios de los envases de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas, y obedecen a la ejecución de un plan único cuya finalidad es limitar o falsear la competencia en el mercado relevante afectado.

Asimismo, también descartamos que la sentencia incurra en los vicios de incongruencia omisiva o en falta de motivación, en relación con el motivo de impugnación sustentado en la demanda formalizada en la instancia, acerca de la incorrección de la sanción impuesta a I.L.P.A., por su carácter desproporcionado, al analizarse expresamente en el fundamento jurídico 8 de la sentencia recurrida dicha alegación, confirmando el Acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia en lo que concierne al importe de la sanción pecuniaria impuesta, que se ha basado, atendiendo a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la valoración de la naturaleza de la infracción, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas responsables, en la duración de la infracción y en los efectos a los intereses legítimos de los competidores y a los derechos de los consumidores y usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia , partiendo, como premisa, del hecho -que se expone en el fundamento jurídico 3 de la sentencia- de que la actividad desarrollada en España por ILPA DIVISIONES ILIP, que opera en este mercado a través de una filial y de terceras empresas distribuidoras y subdistribuidoras, que comercializan sus productos en todo el territorio nacional.

Por ello, consideramos que la Sala de instancia ha respetado la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo , que se reitera, sustancialmente, en la sentencia 24/2010, de 27 de abril , que sostiene que para que se pueda declarar que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

« Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo , "forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE . Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de 'la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo', sino sobre el 'desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes' (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3 ; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3 ; 114/2003, de 16 de junio , FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero , se trata de 'un quebrantamiento de forma que ... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia' (FJ 4).

a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el art. 24.1 CE el de que dicha cuestión fuera 'efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno' (STC 5/2001, de 15 de enero , FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4 ; 206/1998, de 26 de octubre , FJ 2).

b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo , y 40/2001, de 12 de febrero , 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Cifándonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos



que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas). ... [La constrictión de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma ...

c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4 ; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4 ; 114/2003, de 16 de junio , FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal -y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional- es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita' (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4 ; 141/2002, de 17 de junio , FJ 3). En tal sentido 'no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución , cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo' (STC 4/1994, de 17 de enero , FJ 2)" (FJ 2). » .

Y, en este sentido, cabe referir que, desde la perspectiva de poder considerar infringido el principio de congruencia, debe tenerse en cuenta el distinto grado de vinculación del órgano judicial, en orden a dar respuesta a las pretensiones deducidas por las partes a los motivos de impugnación o a las argumentaciones jurídicas, según se observa en la sentencia constitucional 278/2006, de 27 de septiembre, en los siguientes términos:

« ... debemos considerar que en todo proceso contencioso-administrativo la demanda incorpora necesariamente una pretensión en relación con la actuación administrativa impugnada (sea de declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico, de anulación del acto o resolución, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de medidas para su pleno restablecimiento, de condena o de cese de una actuación material, ex arts. 31 y 32 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa: LJCA). Cualesquiera que sean, las pretensiones han de fundamentarse en concretos motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa; pudiendo contraponer las partes demandadas, a su vez, motivos de oposición a las pretensiones. Finalmente, los motivos de impugnación o de oposición han de hacerse patentes al órgano judicial mediante las necesarias argumentaciones jurídicas.

Las anteriores consideraciones cobran particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen no sólo «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes» sino dentro también «de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» (art. 33.1 LJCA). Como afirmamos en la STC 100/2004, de 2 de junio (FJ 6), en el proceso contencioso- administrativo adquieren especial relevancia los motivos aducidos para basar la ilegalidad de la actuación administrativa (en el mismo sentido, las SSTC 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3 ; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b ; y 40/2006, de 13 de febrero , FJ 2).

Ahora bien, frente a la estricta vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes, por el contrario su vinculación es sólo relativa en relación con los motivos de impugnación u oposición, pues el órgano judicial dispone de la facultad de introducir en el debate procesal motivos no apreciados por las partes, ya sea en el trámite de la vista o conclusiones (art. 65.2 LJCA) o en el momento de dictar sentencia (art. 33.2 LJCA), a salvo la prohibición de que el órgano judicial lleve a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos bajo preceptos legales seleccionados por él ex novo con el objeto de mantener una sanción administrativa (STC 218/2005, de 12 de septiembre , FJ 4.c).

[...]

c) Por último, cuanto antecede no comporta que el Juez esté constreñido por las alegaciones y razonamientos jurídicos de las partes. A salvo las particularidades de las normas sancionadoras, el principio procesal plasmado en los aforismos *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por las partes, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos



planteados por las mismas (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo , FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril , FJ 8). » .

En suma, en aplicación de esta reiterada doctrina jurisprudencial, debemos concluir el examen del primer motivo de casación desestimando que la Sala de instancia haya incurrido en el vicio procesal de incongruencia o en déficit de motivación, pues consideramos que no se ha producido un desajuste externo entre los términos en que quedó planteado el debate procesal y el fallo, que, por su carácter sustancial, sea lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución .

TERCERO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

El segundo motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , no puede ser acogido, porque rechazamos que la Sala de instancia haya vulnerado dichas disposiciones al apreciar la unidad de la conducta anticompetitiva sancionada, por tratarse de un conjunto de comportamientos continuados en el tiempo, que abarcan, sin interrupción, desde 1999 hasta la campaña 2006/2007, y que conforman un plan, cuyo objeto y finalidad es limitar o falsear la competencia en el mercado de los envases de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas mediante la concertación de los precios y el reparto del mercado.

En efecto, no compartimos la tesis argumental que postula la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que no puede considerarse la existencia de una infracción única y continuada, por no concurrir el presupuesto de unidad de objeto anticompetitivo ni tampoco la unidad subjetiva ni la identidad de métodos que exige la jurisprudencia, debiendo diferenciarse las conductas realizadas entre 1999 y 2005 y la conducta desarrollada respecto del 2006. Al respecto, estimamos que la Sala de instancia sustenta su pronunciamiento sobre la existencia de un cártel, con base en la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en la sentencia de 6 de diciembre de 2012 (C-441/11), que establece los presupuestos y requisitos que deben concurrir para considerar que una pluralidad de actos o acuerdos colusorios a la competencia puedan calificarse de constituir una infracción única y continuada, partiendo como premisa de hecho de un análisis pormenorizado de las conductas colusorias imputadas, que revelan que la concertación de precios de los envases, así como el reparto del mercado por las empresas investigadas obedece a un plan estratégico tendente a la consecución de objetivos comunes contrarios a la libre competencia, que son perseguidos por el conjunto de las empresas participantes a lo largo del periodo que transcurre entre la campaña de 1999-2000 y la campaña 2006-2007.

Por ello, sostenemos que el comportamiento de la mercantil recurrente es subsumible en la definición de infracción única y continuada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , al considerarse acreditada por la Sala de instancia tanto la unidad subjetiva y la aplicación de una metodología común en la realización de la conducta colusoria, con base en el hecho, que se declaró probado, de que «varias empresas participaron en reuniones periódicas a lo largo del amplio periodo de tiempo señalado, alcanzando distintos acuerdos de fijación de precios por campañas anuales de recogida y envasado en origen de productos hortofrutícolas y de reparto del mercado, en particular del reparto de las licitaciones efectuadas por las cooperativas agrícolas, a través de estrategias de ofertas y de descuentos, y que dicha armonización era, al menos, potencialmente anticompetitiva, y que, en este caso, ILPA no sólo no rechazó los acuerdos alcanzados sino que, después de ser informada de los precios fijados, pasó esos precios a otra de las codemandadas, aplicando así los acuerdos anticompetitivos».

CUARTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del principio de presunción de inocencia.

El tercer motivo de casación, que descansa en la infracción del principio de presunción de inocencia, enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución española y en el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en la medida -según se aduce- que la sentencia ha invertido la carga de la prueba al presumir la comisión de la infracción administrativa imputada a ILPA, no puede prosperar, ya que, siguiendo los razonamientos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (RC 3854/2013), cabe señalar que no pudiendo cuestionar en el marco de este recurso de casación, por su carácter extraordinario, las apariencias de los hechos y la valoración de las pruebas efectuadas por la Sala de instancia, salvo que incurran en error patente, consideramos que el Tribunal sentenciador



ha justificado de forma razonable la existencia de una conducta colusoria consistente en la coordinación de los comportamientos anticompetitivos de las empresas fabricantes y comercializadoras de envases de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas que operan en el mercado español, partiendo de la valoración de un amplio acervo probatorio suministrado por la autoridad italiana garante de la Competencia y del Mercado, por la empresa que se acogió al procedimiento de clemencia (LINPAC), y de los elementos de prueba recabados por la Dirección de Investigación y requisados en las inspecciones de las sedes sociales de las empresas investigadas Agroenvas, S.L., Valpackaging Ibérica, S.L., Veripack Embalajes, S.L. e Ilpa, llevadas a cabo en España e Italia el 2 de marzo de 2010.

En lo que concierne concretamente a la vulneración del principio a la presunción de inocencia, en relación con el pronunciamiento de la sentencia respecto de la participación de ILPA en los contactos mantenidos durante el año 2006, consideramos que la defensa letrada de la mercantil recurrente trata de revisar la declaración de hechos probados efectuada por el juzgador de instancia, así como la valoración de la prueba aportada para justificar la existencia de explicaciones alternativas al intercambio de información, que determinaría -a su juicio- la imposibilidad de sanciones, cuestionando el análisis de la documentación obrante en el expediente administrativo, realizada por la Comisión Nacional de la Competencia, que evidencia la implicación de ILPA en la conducta colusoria durante la campaña 2006-2007, debido, entre otros elementos de prueba, a las anotaciones manuscritas recabadas en la inspección de la referida empresa, relativas a dicha campaña, en las que figuran unos precios bajo el título «Acuerdo» correspondientes a costes de 250, 500 y 1000 gramos y las tapas de otro documentos también incautado en la referida inspección, que reflejan la fecha de 30 de noviembre de 2006, coincidente con la reunión celebrada en Barcelona en esa fecha para acordar los precios de los envases.

Por ello, estimamos que la Sala de instancia ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 172/2005, que afirma que por lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho -se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos.

QUINTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de la infracción del principio de proporcionalidad.

El cuarto motivo de casación, basado en la infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora establecido en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación adecuada, en términos de razonabilidad, de los criterios de graduación de las sanciones enunciadas en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues estimamos que el pronunciamiento de la sentencia, relativo a la determinación del importe de la sanción impuesta, no deba corregirse por no tener en cuenta -según se aduce- la cuota de mercado que corresponde a ILPA, ya que se sustenta en la invocación de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que sostiene que este tipo de valoraciones sobre la cuantía de las sanciones debe fundamentarse en una adecuación de la sanción a la gravedad de la infracción, perdiéndose, en el caso concreto que enjuiciamos en este recurso de casación ni el Tribunal sentenciador, la naturaleza de la infracción, la dimensión y caracterización del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas participantes y la duración de la conducta infractora.

Por ello, consideramos que carece de fundamento la queja casacional que formula la defensa letrada de la mercantil recurrente, basada en la desproporción de la sanción impuesta, en que se cuestionan los datos de ventas de sus productos a través de la empresa distribuidora Agroenvas, en cuanto trata de alterar las bases económicas que tuvo en cuenta la Comisión Nacional de la Competencia, que se ha sustentado en datos objetivos, atendiendo fundamentalmente a la circunstancia de que el cártel de fijación de los precios de los envases destinados a los productos hortofrutícolas y a repartirse el mercado hubiera estado funcionando durante nueve años.



En último término, cabe consignar que, en los estrictos términos en que se ha formulado este motivo de casación, estimamos que no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013) y de 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013), en que hemos determinado el alcance de la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los cuatro motivos de casación articulados, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil S.R.L. ILPA DIVISIONES ILIP contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 27/2012 .

SEXTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer al Abogado del estado y a la mercantil S.U.C.A., SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros, más IVA, si procede, a cada una de las partes recurridas que se han opuesto al recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil S.R.L. ILPA DIVISIONES ILIP contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 27/2012 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Jose Maria del Riego Valledor.- Diego Cordoba Castroverde.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.