

Id. Cendoj: 28079130032013100023
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 29/01/2013
Nº de Recurso: 2496/2012
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Unificación de Doctrina. Sanción CNC. Federación Española de Asociaciones del Dulce.-

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil trece.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 2496/12, interpuesto por la FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE (FEAD), representada por la Procuradora Dª. Rosa Sorribes Calle, contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 769/09 , sobre sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia. Se han personado como recurridos la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (FIAB), representada por el Procurador D. Antonio García Martínez, y el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACION DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo seguido con el número 769/2009, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, fue interpuesto por la Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD), contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2009, por la que se impone a la mencionada Federación FEAD la sanción de multa de 300.000 euros por resultado acreditada una infracción del art.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

En el mencionado procedimiento contencioso-administrativo, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de

fecha 25 de enero de 2012 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<<Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. Dª Rosa Sorribes Calle, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de octubre de 2009, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.>>

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, la representación procesal de la entidad Federación Española de Asociaciones del Dulce (FEAD), preparó recurso de casación para la unificación de doctrina mediante escrito de 15 de marzo de 2012, basado en la siguiente fundamentación:

-Infracción del artículo 131.3 LRJPAC y del artículo 10.2 LDC relativo al principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas. Por existir una grave contradicción entre las sanciones administrativas y del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley. Analiza como sentencias de contraste, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo: SAN, Secc.6ª, de 25 de enero de 2012, recurso 769/09 (FEAD), objeto del presente recurso; SAN, Secc.6ª, de 10 de noviembre de 2010, recurso 637/09 (PROPOLLO); y SAN, Secc.6ª, de 13 de octubre de 2011, recurso 795/09 (INPROVO); todo ello por:

- a) igualdad sustancial en los hechos
- b) igualdad sustancial en los fundamentos
- c) igualdad sustancial en las pretensiones
- d) Contradicción existente entre la sentencia recurrida y las invocadas

Terminando por suplicar a la Sala, eleve los autos a la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y solicita se dicte Sentencia por la que se declare haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina, case y anule la sentencia recurrida declarando haber lugar a las circunstancias atenuantes reconocidas en las sentencias de contraste y en consecuencia se proceda a reducir, como mínimo en un 50%, la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia a la recurrente.

TERCERO.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso de casación para la unificación de doctrina, en fecha 4 de junio de 2012, en el que suplica se inadmita o subsidiariamente desestimándolo.

CUARTO.- Emplazadas las partes, las representaciones procesales del recurrente y recurridos comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y recibidas las actuaciones procedentes de la Audiencia Nacional, quedaron pendientes de señalamiento.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2013 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excma. Sra. D^a. María Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2012 , que desestima el recurso contencioso formulado por la Federación Española de Asociaciones del Dulce contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de octubre de 2009. Dicha resolución declara la realización por la referida Federación de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y le impone una sanción de multa de 300.000 Euros.

La Sentencia objeto del presente recurso de casación rechaza los argumentos esgrimidos por la federación recurrente y considera que, en efecto, la conducta analizada, consistente en la remisión de una nota de prensa en la que se denuncia el alza de los precios de los productos básicos supone una recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios y en fin, una acción coordinada que elimina la incertidumbre en el comportamiento del competidor contraria al artículo 1 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Fundamento Jurídico Sexto).

SEGUNDO.- Conviene recordar con carácter previo la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la modalidad casacional de que ahora se trata, recogida, entre otras, en la Sentencia de 4 de mayo de 2.006 , con arreglo a la cual, el recurso de casación para unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, pues cuando, con arreglo a lo establecido en el art. 96.3, en relación con el 86.2.b) LJCA no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por insuficiencia de cuantía, se abre la posibilidad de que dichas sentencias puedan ser recurridas, pero sólo con la finalidad primordial de unificar criterios y declarar la doctrina procedente en Derecho ante la existencia de fallos contradictorios. Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación, siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido en contradicción las resoluciones judiciales.

La procedencia del recurso se condiciona, como dijimos en la Sentencia de esta Sala de 19 de enero de 2004 "en primer lugar, a que respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (art. 96.1 LJCA), por lo que debe producirse la contradicción entre sentencias determinadas en las que concurra la llamada triple identidad (...) En segundo lugar, es necesario que exista la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida y que tal infracción constituya el objeto de la contradicción entre sentencias. En virtud de ello, es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el

recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a dar lugar al recurso (STS 24 de octubre de 1996). Sólo cuando se concluya que el criterio acertado es el de la sentencia antecedente se dará lugar al recurso, no en cambio si la tesis correcta es la contenida en la sentencia que se impugna".

TERCERO.- En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se afirma por la Federación recurrente que la Sentencia impugnada contradice las Sentencias dictadas por la misma Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la aplicación del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 .

Las Sentencias que se invocan de contraste para demostrar que existe la invocada contradicción son, como indicábamos, las de la Sección Sexta de 10 de Noviembre de 2010, dictada en el recurso contencioso administrativo número 637/2009, que se denomina caso "Propollo " y la de 13 de Octubre de 2011, pronunciada en el recurso contencioso administrativo número 795/2009, en el llamado caso "Inprovo ". De la comparación de dichos pronunciamientos deduce la recurrente la disparidad en la apreciación del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas y de igualdad en la aplicación de la Ley.

Sostiene en su alegato que se da una igualdad sustancial en el objeto de litigio entre la Sentencia impugnada y las de contraste, pues en todas ellas se impugnan resoluciones dictadas en expedientes sancionadores por la Comisión Nacional de la Competencia en las que se imponen sanciones por recomendaciones contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Concurre, en su opinión, una igualdad sustancial manifiesta en la naturaleza jurídica y alcance en los supuestos considerados, al tratarse en todos los casos de conductas realizadas por asociaciones profesionales en el sector de la alimentación, y todas ellas representan en el análisis del mercado correspondiente una cuota muy importante. También comparten dichas asociaciones la finalidad principal de su existencia, que es la defensa de los intereses profesionales colectivos de sus asociados . A lo que añade que en todos los supuestos incurren en una misma conducta que la Comisión Nacional de la Competencia y la Audiencia Nacional identifican como contraria a la competencia, consistente en la redacción de unas notas de prensa y su difusión generalizada a la opinión pública. Por lo que respecta a los supuestos enjuiciados en las sentencias refiere que existe una identidad sustancial en las notas de prensa, tanto en lo referido al ámbito temporal de su publicación como en su contenido, pues en ellas las tres asociaciones muestran su gran preocupación por una situación grave y atípica en el mercado ajena a sus decisiones que ha implicado un incremento de los costes de las materias primas comunes a los productos que fabrican, siendo en todos los casos la intención común la de concienciar a la opinión pública de la subida de precios y a la Administración para que adopte medidas para solventar la situación del mercado.

En lo que se refiere a las Sentencias comparadas se dice que a pesar de que en las tres se analizaban casos que presentan una clara igualdad sustancial, no obstante, el fallo es distinto pues en la recurrida se desestima íntegramente el recurso, mientras que las invocadas como término de contraste se estima parcialmente y se minora la cuantía de la sanción impuesta. Tanto en el caso "Propollo" como en el caso "Inprovo", las Sentencias reducen el importe de la multa por considerar que la Comisión Nacional de la Competencia no apreció correctamente el principio de proporcionalidad. Así compara el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia dictada en el caso "Propollo" en la que se toma en consideración como circunstancia atenuante, que la infracción se

realizo de forma negligente, que la conducta no se extendió en el tiempo, al durar una semana y la coyuntura económica particularmente desfavorable por el importante incremento del precio de los cereales, en general, y del pienso en particular, que los operadores estaban soportando. De igual modo, en el caso "Inoprovo", se pondera la situación del mercado en el momento en el que tuvo lugar la publicación de la nota de prensa y se rebaja de forma similar la cuantía de la multa.

Es decir, en ambos supuestos de comparación, la Audiencia Nacional aprecia como circunstancias atenuantes la coyuntura del mercado y que las asociaciones sancionadas se dirigieran a las Administraciones Públicas para que tomara medidas en esa situación atípica, ponderación que no se realiza en el caso de autos, a pesar de que las circunstancias concurrentes son similares.

CUARTO.- Pues bien, el examen circunstanciado del caso que ahora nos ocupa nos conduce a concluir que el presente recurso de casación para unificación de doctrina ha de ser desestimado, toda vez que a pesar de la similitud existente entre los supuestos analizados en la Sentencia impugnada y las dos que se invocan de contraste no concurren las identidades a las que nos hemos referido que son imprescindibles para la viabilidad del recurso.

En efecto, como hemos indicado, la Sentencia combatida en casación y las que se alegan como contradictorias resuelven sendos recursos promovidos contra sanciones impuestas por la Comisión de Defensa de la Competencia por la comisión de sendas infracciones contempladas en el artículo 1.1 a) de la Ley 16/809 , de 16 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en la realización de recomendaciones colectivas.

En resolución sancionadora que da origen al presente recurso de casación, en lo que se refiere a graduación de la sanción indica:

<< Entiende este Consejo que, tanto por el contenido de las notas como por lo activo de la labor coordinadora efectuada desde sus secretarías, que recaen en una misma persona para varias asociaciones, concurre un grado comparativamente mayor de gravedad en el caso de la FEAD, CHOCAO, PPM , AEFH; AEFSyCP y AEFPA (esta última incluye además en su nota cuantificación del incremento), que debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la sanción. >>

La Federación recurrente planteó en el debate desarrollado en la instancia la infracción del principio de proporcionalidad por la concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad, alegación que es rechazada por la Sala de instancia con las siguientes consideraciones jurídicas que se recogen en el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia recurrida en los siguientes términos:

<< [...] Por último, y en relación a la proporcionalidad, (...) Hemos de señalar que tales circunstancias han sido correctamente ponderadas por la CNC. (...)

La sanción se ha impuesto en su grado medio, por lo que hemos de apreciar que se ha respetado la proporcionalidad y sin que podamos aceptar que existen atenuantes. Así, ni la existencia de una situación atípica ni la relación con las Administraciones Públicas justifican ni atenúan el comportamiento, pues ninguno de estos factores implican la formulación de recomendaciones colectivas ni guardan relación con ellas.

En cuanto a la proporción entre la multa y el tamaño del sector, señala la actora que

ha sido discriminada por tal relación (...) Al margen de que el tamaño del mercado no es un criterio de modulación de la sanción, sino su cuantía en relación con el volumen de ventas - aunque este último criterio no es aplicable en este caso -, lo cierto es que el porcentaje entre FEAD, CEOPAN y AEFS y CP son muy semejantes por lo que no se puede apreciar discriminación.>>

Así pues, en lo que se refiere a las Sentencias invocadas el fallo es dispar pues en ellas se estima parcialmente el recurso y se reduce la cuantía de la sanción impuesta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes. Tanto en el caso "Propollo" como en el caso "Inoprovo", las Sentencias minoren el importe de la multa por considerar que la Comisión Nacional de la Competencia no aplicó adecuadamente el principio de proporcionalidad. En el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia dictada en el caso "Propollo" se toma en consideración, como circunstancia atenuante, que la infracción se realizó de forma negligente, que la conducta no se extendió en el tiempo, al durar una semana y la coyuntura económica particularmente desfavorable por el importante aumento de precio de los cereales, en general, y del pienso en particular, que los operadores estaban soportando, razón por la que se reduce la multa al importe de 100.000 Euros. De igual modo, en el caso "Inoprovo", la Sala sentenciadora toma en consideración la coyuntura del mercado en la que tuvo lugar la publicación de la nota de prensa.

De lo anteriormente expuesto se desprende que en las dos Sentencias reseñadas de la misma Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, valora la responsabilidad de las asociaciones entonces recurrentes, teniendo en cuenta las específicas circunstancias concurrentes en cada caso.

Pues bien, es evidente que en el caso analizado en la Sentencia ahora impugnada son diferentes las circunstancias fácticas tomadas en consideración. Pese al esfuerzo argumental de la recurrente, es indiscutible que los supuestos analizados en dichos pronunciamientos se refieren a sectores de la alimentación diferentes que presentan cada unos de ellos sus particulares características como son el sector de producción de carne de pollo, el sector productivo, industrial y comercial del huevo y el sector en el que actúa la asociación recurrente, del dulce. Además en diferente el contenido de las notas, el tiempo de la difusión y la participación de las entidades sancionadas.

En el caso analizado, además la Comisión Nacional de la Competencia pondera en particular como circunstancias de agravación el contenido de la nota difundida y lo activo de la labor coordinadora efectuada desde las Secretarías que recaen sobre una misma persona. De igual modo aparece la concurrencia de una circunstancia atenuante en una de las asociaciones, AFHSE, precisamente en atención al contenido más neutro de la nota difundida que no hace referencia a precios, que a *sensu contrario* no advierte en la conducta de la Federación recurrente. A su vez, la Sala de instancia confirma la graduación de la sanción realizada por la Comisión Nacional de la Competencia, rechazando que en el concreto caso enjuiciado puedan operar como atenuantes las circunstancias de la existencia de una situación atípica ni la relación con las Administraciones Públicas invocadas en la demanda, y concluye en tal sentido, tras valorar la singular conducta de la Federación y sus consecuencias.

Consideran expresamente dichas Sentencias la concurrencia o no de las circunstancias agravantes o atenuantes que en las mismas se reflejan, partiendo de la concreta descripción fáctica realizada en cada una de las resoluciones sancionadoras que implica cada caso a un distinto tratamiento y graduación del importe de las sanciones con arreglo a las concretas circunstancias contempladas en el artículo 10 de

la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia .

En fin, el común denominador de todas las Sentencias invocadas es que se refieren a sanciones de la Comisión Nacional de la Competencia y que se pronuncian por la misma Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Y, aunque puedan apreciarse similitudes en las conductas analizadas, se aprecian también importantes disparidades ya que no puede afirmarse que los expedientes administrativos partieran de los mismos hechos, -las notas de prensa publicadas tenían distinto contenido-, ni que se tratase de mismos sectores de la alimentación -cada uno presenta sus propias peculiaridades- ni en fin, la intervención de las partes y las repercusiones en la competencia fueran iguales en todos los expedientes administrativos.

Procede, pues, desestimar el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, dado que el distinto resultado del proceso en cada uno de los casos examinados es consecuencia de una diferente valoración de las circunstancias fácticas acreditadas en las resoluciones sancionadoras, de manera que la disparidad en torno a la graduación de la cuantía de la sanción y en particular, en orden a la concurrencia o no de circunstancias atenuantes no es fruto de contradictria interpretación del principio de proporcionalidad sino que obedece a la apreciación casuística de las conductas constitutivas de la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA , al declararse no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina, procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, 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 a las partes contrarias la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de tres mil euros a cada una de ellas.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de la FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE (FEAD), contra la Sentencia de 25 de enero de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso contencioso administrativo nº 769/09 .

SEGUNDO.- Efectuar expresa imposición de las costas del recurso de casación para la unificación de doctrina, 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.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída

y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.