

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0349/11, ANFACO)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 25 de mayo de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0349/11, ANFACO, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 (recurso 24/2013), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la ASOCIACION NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS, PESCADOS Y MARISCOS DE ESPAÑA (en adelante ANFACO) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de noviembre de 2012 (Expediente S/0349/11, ANFACO).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 22 de noviembre de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), acordó:

“PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescados y Mariscos (ANFACO) tal como se describe en el Fundamento de Derecho SEGUNDO de esta Resolución.

SEGUNDO.- Imponer una multa sancionadora a la Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescados y Mariscos (ANFACO) por importe de dos millones ciento quince mil ochocientos cuarenta euros (2.115.404 €).

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

2. Con fecha 23 de noviembre de 2012 le fue notificada a ANFACO la citada Resolución (folio 38), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (recurso nº 24/2013) solicitando, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 6 de marzo de 2013 la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la ejecución de la multa condicionada a la constitución de garantía por importe de 2.115.404 €, garantía que fue declarada suficiente por Providencia de 24 de julio de 2013.
4. Mediante Sentencia de 2 de noviembre de 2016, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso interpuesto por ANFACO contra la Resolución de 22 de noviembre de 2012, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) que realice un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con los parámetros establecidos en el fundamento jurídico noveno de la sentencia.

Esta Comisión recibió el 8 de febrero de 2017 testimonio de la sentencia, con expresión de su firmeza.

5. Con fecha 22 de diciembre de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito del representante de ANFACO (folio 67) en el que, además de solicitar la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016, realiza una serie de alegaciones en relación con la cuantificación de la sanción, que la CNMC tendría que tener en cuenta a la hora de calcular el importe de la nueva multa.

Junto a dicho escrito aporta el informe de 27 de marzo de 2013 de la Consellería do Medio Rural e do Mar (folio 112), en el que se recogen los datos relativos a las cantidades de mejillón destinadas a la industria¹, diferenciando dentro de esta, según destino, entre conserva, cocedero y otros², y del que se deduce que el volumen de producción de mejillón destinado a la industria conservera en 2011 ascendió a 10.553.924 € (Kg por precio medio).

6. Es interesado: ASOCIACION NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS, PESCADOS Y MARISCOS DE ESPAÑA (ANFACO).

¹ Datos obtenidos a través de la “Plataforma Tecnológica de Pesca”, implantada en cumplimiento de la Orden de 9 de abril de 2008, por la que se establece el sistema de transmisión de datos mensuales de producción de acuicultura, con diversas correcciones, tal y como se explica en el informe

² Datos obtenidos en aplicación de la Orden do 2 de febrero de 2010, por la que se modifica la Orden de 8 de febrero de 2008, por la que se regula el control de descarga y transporte de los productos pesqueros frescos hasta la fase de primera venta y transporte de moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados y gasterópodos marinos vivos, adoptada en cumplimiento del Reglamento comunitario 853/2004, de 29 de abril, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal.

7. La Sala de Competencia deliberó y aprobó esta Resolución en su sesión del día 25 de mayo de 2017.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 22 de noviembre de 2012, dictada en expediente S/0349/11, impuso una multa a ANFACO de 2.115.404 €. Contra aquella resolución, ANFACO interpuso recurso contencioso-administrativo.

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de noviembre de 2016, que anuló la multa y ordenó a la CNMC a que cuantificara la sanción *“de acuerdo con los parámetros establecidos en el FJ 9 de esta sentencia”*.

El referido fundamento jurídico noveno establece lo siguiente:

“No obstante y en cuanto a la sanción impuesta alega la actora que existe una estimación errónea del volumen de ventas afectado por la infracción, que es desproporcionada y que no estima la concurrencia de ninguna atenuante.

Señala la actora que para la determinación del volumen de ventas, la CNC ha considerado que el dato del Anuario de Pesca de 2008 sobre “el valor total del mejillón gallego adquirido por la industria” se correspondía con el mejillón

adquirido por la industria conservera, cuando en realidad otras industrias no conserveras como la cocedera y la congeladora también suponen una parte significativa de los 27.126.159€ de mejillón gallego adquirido por la industria en 2008.

Pues bien, no es el volumen de ventas del ejercicio 2008 el que debe tomarse en consideración sino el correspondiente al año 2011 (ejercicio económico anterior a aquel en que se imponga la multa, según el artículo 63.1), relativo a la industria conservera, no cocedera ni congeladora, que debe verse reducida al 78% tal y como la CNMC realizó en el fundamento de derecho cuarto de la resolución impugnada.

Pues bien, es sobre dicho volumen de ventas que debe determinarse en ejecución de sentencia, sobre la que la CNMC debe calcular la sanción, pero no con base a la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009), ya que la misma no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias, sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en esa sentencia, teniendo en cuenta que el 10% del importe de la sanción debe jugar no como tal, como parece entender la CNMC, sino como límite a la misma. Por tanto será la CNMC la que en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 63 y 64 de la LDC, determine de forma motivada el importe de la sanción, teniendo en cuenta entre otras circunstancias, la duración de la infracción y que en su caso debe respetar el límite del 10% de dicho volumen de ventas, sin que necesariamente tenga por qué coincidir con dicho límite, lo que en su caso, deberá razonar y motivar."

Por lo tanto, tal y como señala la Audiencia Nacional, así como la propia ANFACO en su escrito de 22 de diciembre de 2016, el volumen sobre el que debe calcularse la nueva sanción es 8.232.060 €, resultado de aplicar el 78% (cuota socios de ANFACO en el sector conservero) a los 10.553.924 € correspondientes a las ventas de mejillón gallego a la industria conservera en general en 2011³.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 22 de noviembre de 2012.

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a ANFACO, hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a

³ Datos del Informe de la Xunta antes mencionado.

dicha asociación en la Resolución de 22 de noviembre de 2012 y que han sido corroborados por la Audiencia Nacional.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y a la fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, ANFACO fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción de una política comercial coordinada en la compra del mejillón de Galicia, encaminada a paralizar temporalmente las compras de mejillón de Galicia y forzar a los productores a llegar a un acuerdo sobre las condiciones de compra.
- En particular, según lo señalado en el fundamento de derecho segundo:

“En el año 2008 está acreditado que en el seno de ANFACO se adoptaron decisiones entre empresas competidoras encaminadas a paralizar temporalmente las compras de mejillón de Galicia y forzar a los productores a llegar a un acuerdo sobre las condiciones de compra. El 9 de octubre ANFACO acordó no reanudar las compras de mejillón tras la Junta Extraordinaria celebrada ese mismo día mientras no se garantizase lo que ANFACO denomina "la libertad de mercado", y que se traduce en que los productores se acercaran a los precios que las empresas conserveras asociadas en ANFACO estaban dispuestas a pagar. Finalmente, el 15 de octubre ANFACO convocó una rueda de prensa conjunta con AGACOME y FARN para anunciar que habían llegado a un acuerdo entre ellos para reanudar las compras de mejillón para la industria en las condiciones comerciales anteriores a la constitución de PLADIMEGA. Lo cual sólo puede interpretarse en el sentido de que el acuerdo coordinado en el seno de ANFACO para interrumpir las compras de mejillón en un momento clave de la campaña había surtido su efecto.”
- El Consejo consideró que estas actuaciones realizadas en el seno de ANFACO, restringían la competencia al evitar la negociación individual de cada una de sus asociadas, lo que constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC.

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga, por tanto, a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción.

La Resolución del Consejo de la CNC de 22 de noviembre de 2012 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Naturaleza de la conducta

El Consejo considera que la infracción que se le imputa a ANFACO, adopción de una política comercial coordinada entre competidores, es un boicot y por tanto una infracción del artículo 1 de la LDC muy grave.

“En relación con la conducta de ANFACO en 2008, el Consejo considera que el boicot en tanto que implica una coacción colectiva y un ataque a la libertad empresarial, es un acuerdo colusorio que no puede tener justificación ni siquiera en el caso hipotético de que lo que se pretenda conseguir sea neutralizar otro tipo de conductas anticompetitivas”.

- Determinación del mercado afectado.

El mercado en el que se produce la infracción es el de la compra del mejillón a los productores para su posterior transformación en mejillón en conserva y, más concretamente, el de la compra de mejillón de Galicia.

En dicho mercado las empresas asociadas a ANFACO representan el 78% del total del sector conservero en volumen de facturación y en torno al 80% de la producción de mejillón envasado.

La materia prima utilizada en las conservas del mejillón procede en un 90% del mejillón gallego.

En base a lo anterior el Consejo, a efectos de la aplicación de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de sanciones, consideró que el volumen de ventas afectado por la infracción debía ser el volumen de las compraventas de mejillón gallego producidas entre los productores y las conserveras, que en el año 2008 fue de 27.126.159 € para toda la industria conservera, según el Anuario de pesca, Galicia, 2008, publicado por la Consellería do Mar, de la Xunta de Galicia, importe que el Consejo de la CNC redujo al 78%, equivalente a la cuota de mercado que representa ANFACO en el total del sector conservero, resultando 21.158.404 €, cifra que el Consejo consideró como el volumen de ventas afectado a efectos del cálculo de la sanción.

- Duración.

El Consejo de la CNC considera que la infracción se extiende desde el 29 de septiembre al 15 de octubre de 2008, si bien, como manifiesta en el fundamento de derecho tercero de su resolución, sus consecuencias se extienden más allá de dicho período.

- Efectos de la infracción sobre el mercado, los consumidores o usuarios o sobre otros operadores económicos.

Tal y como manifiesta el Consejo de la CNC, “la decisión de interrumpir temporalmente las compras de mejillón y de reanudar su compra en determinadas condiciones influyó directamente sobre la competencia en el mercado, al acordar una posición común por el lado de la demanda de mejillón. La decisión se toma por la asociación que representa al 78% de la industria conservera de España dato indicativo de que las empresas asociadas suman un volumen elevado de dicha demanda.

La decisión se hizo pública, lo que fortaleció el acuerdo entre sus asociados y facilitó su conocimiento por los no asociados. Se trata por tanto de una conducta

que en sí misma restringiría la competencia, más allá de los efectos que ocasionase.

(...), este Consejo considera que está acreditado que el boicot protagonizado por ANFACO tuvo efectos. El primero de ellos fue forzar a los productores a que se avinieran a aceptar determinadas condiciones que la industria pretendía y venía sosteniendo y que aquellos intentaban mejorar. Ello llevó a que el 15 de octubre de 2008, se anunciara un acuerdo entre ANFACO, AGACOME y FARN al que se incorporaron posteriormente el resto de asociaciones de productores. Es decir que las condiciones en que se compró el mejillón de Galicia por parte de toda la industria conservera se vieron afectadas, pues lo lógico es que de las condiciones obtenidas por ANFACO con su boicot se beneficiasen también las empresas no asociadas y afectaron a toda la campaña. En este punto el Consejo quiere poner de manifiesto que en ese año se produce una caída del precio medio que por el kilo de mejillón reciben los productores, tanto del que va destinado a fresco, de 0,52€ en 2007 a 0,47€ en 2008 como del destinado a la industria, de 0,42€ en 2007 a 0,40€ en 2008, según el Anuario de Pesca I Galicia del año 2008 publicado por la Xunta de Galicia, caída que continuó en 2009 según el Anuario de dicho año, en el que el precio medio del kilo para fresco fue 0,40€ y para la industria 0,39€.

Por lo que respecta al seguimiento del boicot por parte de los asociados a ANFACO, las respuestas a la práctica de prueba solicitada por ANFACO en la fase de instrucción de este expediente reflejan que 5 de las 8 empresas que contestaron al requerimiento de información, no realizaron compras de mejillón durante las fechas en que se realizó la infracción. Teniendo en cuenta que ANFACO solicitó la práctica de la prueba en su descargo, de los datos anteriores cabría deducir que el boicot fue seguido por el 62,5 % de sus asociados”.

- Importe básico de la sanción

El Consejo de la CNC consideró adecuado fijar el importe básico de la sanción en el 10% del volumen de ventas afectado por la infracción.

- Atenuantes y agravantes:

No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con lo expuesto por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 2 de noviembre de 2016 en la que, tras determinar que el volumen de ventas sobre el que debe determinarse la sanción es el volumen de ventas de la industria conservera, no cocedera ni congeladora, del ejercicio 2011, remite a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, en cuanto a la no aplicabilidad de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones y a los criterios de interpretación de los artículos 63 y 64 de la LDC, lo cual exige tener en cuenta en el proceso de determinación de la multa los siguientes razonamientos jurídicos de la citada sentencia del Tribunal Supremo:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. El Tribunal Supremo, al respecto, señala que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC; esto es, entre otros:
 - a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
 - b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.*
 - c) El alcance de la infracción.*
 - d) La duración de la infracción.*
 - e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
 - f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.*
 - g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”*

Por último, insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción a ANFACO basados en los hechos acreditados en la resolución original (S/0349/11) y confirmados por la Audiencia Nacional.

La infracción que acredita la Resolución de 22 de noviembre de 2012 (y confirma la Audiencia Nacional) de la que es responsable ANFACO es una infracción muy grave (art. 62.4.a) de la LDC) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

Como antes se ha mencionado, de la Sentencia de la Audiencia Nacional que se ejecuta se deduce que, como también pone de manifiesto ANFACO en su escrito de 22 de diciembre de 2016, el volumen de ventas que ha de tomarse en consideración para calcular la sanción, extraído del informe de la Xunta aportado en sede judicial (y, también, como anexo al escrito de ANFACO), es el correspondiente al conjunto de la industria conservera, sin industria cocedera ni congeladora, resultando la cifra de

10.553.924 €. De esta cantidad, sólo corresponde a ANFACO el 78%, lo que determina que el volumen de ventas sobre el que ha de calcularse la sanción es de 8.232.060 €

Teniendo en consideración esta cifra, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 22 de noviembre de 2012 (S/0349/11), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el de la compra del mejillón a los productores para su posterior transformación en mejillón en conserva y, más concretamente, el de la compra de mejillón de Galicia.

La duración de la infracción abarca desde el 29 de septiembre al 15 de octubre de 2008, si bien sus efectos se extienden más allá de esta fecha..

La infracción consistió en orquestar una coordinación comercial para la compra de mejillón en Galicia basada en la adopción de una serie de decisiones entre empresas competidoras encaminadas a paralizar temporalmente las compras de mejillón de Galicia.

En relación con la cuota del mercado relevante afectada por la infracción, cabe destacar que ANFACO representa en torno al 80% de la producción de mejillón envasado.

El boicot fue seguido por el 62,5% de los asociados de ANFACO.

Con respecto al ámbito geográfico afectado, de acuerdo con lo establecido en la sentencia de la Audiencia Nacional mencionada reiteradamente, los efectos del cártel no son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros, pero sí el comercio de mejillón a nivel nacional.

En lo que se refiere a los efectos causados por la conducta descrita, el Consejo de la CNC ya determinó que el boicot forzó a los productores a que se avinieran a aceptar determinadas condiciones que la industria pretendía y venía sosteniendo y que aquellos intentaban mejorar, lo que produjo una caída del precio medio por kilo que recibieron. Además, esta caída se extendió en el tiempo.

No son de aplicación circunstancias atenuantes ni agravantes.

De acuerdo con todo lo señalado: gravedad, duración y efectos de la infracción, dimensión y características del mercado afectado, esta Sala considera que el tipo sancionador que debe determinar el importe de la multa ha de ser un 4,5% sobre la cifra de 8.232.060 euros, lo que supone una sanción de 370.400 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a la ASOCIACION NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS, PESCADOS Y MARISCOS DE ESPAÑA (ANFACO) en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 (Recurso 24/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de noviembre de 2012 (Expte. S/0349/11, ANFACO), la multa de 370.400 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.