



Roj: **SAN 3224/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3224**

Id Cendoj: **28079230062018100383**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/07/2018**

Nº de Recurso: **740/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000740 / 2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 06631/2017

**Demandante:** Fabripan Yori SL

**Procurador:** D<sup>a</sup> ANA LÁZARO GOGORZA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de julio de dos mil dieciocho.

**VISTO**, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n<sup>o</sup> **740/17**, seguido a instancia de la mercantil "**Fabripan Yori SL**", representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Lázaro Gogorza, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en 50.490 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante resolución de 10 de julio de 2013, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) impuso a la recurrente una multa de 85.791 euros como autora de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia .
2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución fue estimado en parte mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 en el único extremo de la cuantificación de la multa, que deberá realizarse de acuerdo con la doctrina establecida por la STS de 29 de enero de 2015 .
3. Mediante resolución de 5 de octubre de 2017, el Consejo de la CNMC, recaída en el expediente VS/0376/11 Panaderías Pamplona, y en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional, impuso a la recurrente una sanción de 50.490 euros, en sustitución de la inicialmente impuesta por la resolución del Consejo de la CNC de 10 de julio de 2013.

**SEGUNDO**: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Falta de motivación de la resolución recurrida:

-Se aplica un tipo sancionador del 3,5% sin motivación alguna.

-No se ha valorado que la recurrente actúa en régimen de franquicia y que tiene 5 puntos de venta fuera de la comarca de Pamplona

-Si el mercado afectado según la resolución es Pamplona y su comarca, resulta desproporcionado que se tenga en consideración las ventas realizadas en municipios que no pertenecen al mercado afectado.

-La CNMC no toma en consideración factores individualizados de la recurrente con excepción del período de duración de la infracción (febrero 2011 a enero 2012).

-No se han tomado en cuenta los parámetros del artículo 64 LDC , resultando que el beneficio bruto de la recurrente para 2012 fue de 24.738 euros por lo que carece de capacidad de pago para hacer frente a la multa.

-La producción de la recurrente es la de masas congeladas y no pan fresco que es el producto del mercado afectado y ese dato no se toma en consideración.

-El cálculo del beneficio ilícito realizado es desproporcionado ya que duplica el beneficio total de 2012.

-No se explica la razón por la que el tipo aplicado no guarda relación con el concreto volumen de negocio de mercado de la recurrente, siendo evidente la discriminación en relación con otras empresas sancionadas que teniendo más volumen de negocio han sido sancionadas con un tipo muy similar al de la recurrente.

-Subsidiariamente solicita que se reduzca la multa a 24.738 euros.

**TERCERO**: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

**CUARTO**: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

**QUINTO**: Señalado el día 6 de junio de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

**SEXTO**: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha de 5 de octubre de 2017 dictada por el Consejo de la CNMC y recaída en el expediente VS/0376/11 Panaderías Pamplona en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 , en cuya virtud se impuso a la recurrente una sanción de 50.490 euros, en sustitución de la inicialmente impuesta por la resolución del Consejo de la CNC de 10 de julio de 2013.



**SEGUNDO:** En cuanto a las exigencias de la motivación de la resolución, no nos cabe duda de que su omisión, además de suponer una infracción del artículo 35.1 h de la Ley 39/2015, puede causar indefensión material a los destinatarios de la resolución, pues la motivación cumple una doble función.

La primera permite a sus destinatarios conocer los motivos por los que su petición fue denegada y en consecuencia articular un recurso con todas las garantías.

La segunda se refiere a la actividad de control que debe realizar el órgano judicial, el cual no es posible si no se conocen los motivos en los que la Administración ha fundado su resolución.

En el presente caso la resolución impugnada, tras identificar a la entidad recurrente y sintetizar los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015, parte de la base de que los hechos y criterios establecidos en la resolución de 10 de julio de 2013 que fueron confirmados por la sentencia de la Audiencia Nacional, analiza los diferentes criterios de graduación de la sanción en los siguientes términos.

a) La recurrente es autora de una infracción del artículo 1 de la LDC que se califica como muy grave y que consistió en acordar con otras empresas la subida conjunta del precio de venta al público de la barra común de pan en un 5% y haberlo aplicado en sus propios establecimientos e impuesto en los establecimientos a los que proveen, al menos en la zona de Pamplona y su comarca.

b) En relación con la duración de la infracción la fija en 12 meses.

c) En cuanto al alcance y efectos de la conducta señala que la conducta ha sido realizada por las empresas que suponen más del 80% de la producción de pan fresco en el mercado afectado, incidiendo sus efectos en las economías de consumidores con escaso poder adquisitivo.

d) Individualiza para cada empresa el volumen de negocio en el mercado afectado y su cuota de participación en el mismo, fijando a continuación el tipo sancionador en un 3,5%.

c) Invoca el artículo 63.1 LDC que establece como base para la aplicación del tipo sancionador el volumen total de ventas de cada empresa y expone el razonamiento por el que establece un límite de proporcionalidad. Parte para ello del cálculo del beneficio ilícito potencial de la empresa infractora que se calcula de forma teórica y tomando en consideración parámetros como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de precios derivada de la conducta, y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante.

d) Concluye que en este caso la sanción a imponer es inferior a dicho límite de proporcionalidad, por lo que no procede realizar ajuste de proporcionalidad alguno y ello porque se trata de una empresa multiproducto.

e) Destaca la falta de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

**TERCERO:** De lo expuesto se infiere que la resolución está suficientemente motivada, pues toma en consideración distintos parámetros de los previstos en el artículo 64 LDC en los términos señalados por la STS de 29 de enero de 2015.

La resolución desarrolla dichos parámetros en atención a las circunstancias de la recurrente, que no puede valerse de este procedimiento para cuestionar los aspectos que ya fueron decididos por la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016, que es firme y que se integra en la motivación de la resolución recurrida.

Existen en la resolución datos suficientes que permiten identificar a la recurrente y su participación en el cártel, como la conducta anticompetitiva desarrollada (fijación de precios mínimos), su calificación como muy grave y la duración de la misma. Por otra parte, el volumen de negocio de la recurrente ha sido calculado de acuerdo con sus propias estimaciones.

Respecto del cálculo del límite de proporcionalidad, la resolución explica con detalle la fórmula empleada para su cálculo y la razón por la que se establece tal y como ha sido descrito en el fundamento jurídico anterior de esta resolución y en todo caso se trata de una operación destinada a ajustar la sanción al principio de proporcionalidad. La resolución establece claramente que en relación con las empresas multiproducto se aplica una ponderación de proporcionalidad distinta respecto de las que no lo son, razón por la que resulta justificado que a empresas con volumen de ventas sustancialmente distintos, se le aplique un tipo sancionador similar al de otras que son monoproducto.

Finalmente, respecto de la falta de motivación sobre el cálculo del tipo sancionador del 3,5%, solo cabe recordar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, asunto Treuhand C-194/14, apartado 68 señala que: "... a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de



apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa.

En atención a lo expuesto el presente recurso debe ser desestimado.

**CUARTO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

#### FA LLO

**Desestimamos** el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 27/07/2018 doy fe.