

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 006
MADRID

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0007354
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000795 /2009 MD**
Recurrente: ORGANIZACION INTERPROFESIONAL DEL HUEVO Y SUS PRODUCTOS

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, sin devolución del expediente administrativo, al ser común con el Procedimiento Ordinario 775/09 que se remitió en oficio de fecha 5 de diciembre de 2011, rogando asimismo acuse de recibo. Se adjunta copia de oficio de fecha 5 de diciembre de 2011.

En MADRID, a veintiocho de marzo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL



FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

795/10

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN SEXTA**

Núm. de Recurso: 0000795/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06820/2009
Demandante: ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DEL HUEVO Y
SUS PRODUCTOS
Procurador: SR. GARCÍA MARTÍNEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a trece de octubre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 795/09 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DEL HUEVO Y SUS PRODUCTOS** representada por el Procurador Sr. García Martínez 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 28 de septiembre de 2009,

relativa a **conductas prohibidas** con una cuantía de 100.000 euros, siendo Ponente la Magistrado D^a. **Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2009. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 1 de diciembre de 2010 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada por ser contraria a derecho. Subsidiariamente, se acuerde reducir el importe de la sanción impuesta.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la testifical, a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 11 de octubre de 2.011 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 28 de septiembre de 2009 en el Expediente S/0055/08 ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DEL HUEVO Y SUS PRODUCTOS, INPROVO con la siguiente parte dispositiva:

“Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de la que es autora la ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DEL HUEVO Y SUS PRODUCTOS (INPROVO).

Segundo. Intimar a la autora para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas.

Tercero. Imponer una multa de CIEN MIL EUROS (100.000 €) a INPROVO como autora de la práctica restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente Expediente.

Cuarto. Ordenar a INPROVO, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y la de su parte dispositiva en la sección de economía dos diarios de ámbito nacional de mayor circulación. En caso de incumplimiento se impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Quinto. INPROVO justificará ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

Sexto. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los declarados como tal por la resolución impugnada, debiendo destacarse los siguientes hechos:

1. INPROVO es una organización interprofesional agroalimentaria que agrupa a asociaciones de ámbito nacional representativas de las empresas del sector productivo, industrial y comercial del huevo. En las fechas relevantes formaban parte de INPROVO la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), la Asociación Española de Productores de Huevos (ASEPRHU), la Confederación de Cooperativas Agrarias de España (CCAЕ), la Asociación de Criadores Españoles de Aves Selectas (CEAS), la Unión de Pequeños Agricultores (UPA) y la Asociación Española de Industrias de Ovoproductos (INOVO).

2. INPROVO representa en la rama de producción del huevo un 86,4% del total nacional y en la rama de comercio-industria un 89%. De acuerdo con sus estatutos, INPROVO goza de personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros asociados, está dotada de plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y carece de ánimo de lucro. Pueden ser miembros de pleno derecho de INPROVO, las Organizaciones representativas de la producción, la transformación y la comercialización del huevo y demás productos derivados. Los órganos de Gobierno y administración de INPROVO son la Asamblea General y la Junta Directiva. La Junta Directiva es el órgano de representación y gestión permanente de la Asociación, integrada por todas las Organizaciones miembros de INPROVO.

3. El mercado del huevo se caracteriza por los siguientes eslabones de la cadena de producción y comercialización:

- GRANJAS (Productores en origen).

- INDUSTRIA O CENTRO DE EMBALAJES O FÁBRICA DE OVOPRODUCTOS (Líquidos, pasteurizados, concentrados, congelados, etc, o productos que llevan más de 50% de huevo de componente).

- DISTRIBUCIÓN.
- CONSUMIDORES.

Resulta por tanto, que los huevos incubados en granjas tienen tres posibles destinos:

- 1) a la industria y de ahí a la distribución y al consumidor final,
- 2) a los centros de embalaje que a su vez destinan su producto a la industria (+distribución + consumidor) o a la distribución (+ consumidor) o a la fabricación de ovoproductos (+distribución + consumidor), y
- 3) a la fabricación de ovoproductos que a su vez se destinan o bien a la industria (+ distribución + consumidor) o bien a la distribución (+ consumidor).

4. La base productiva del sector español de huevos se encuentra relativamente atomizada. España es el tercer productor de huevos de la Unión Europea, por detrás de Francia y Alemania y es, en general, excedentario de huevos frescos y no hay importación (folio 113).

El 85% del consumo interior se destina a la ingesta de huevos frescos de los que el 73% es en los hogares y el 27% en la restauración e instituciones. El resto de la producción (15%) va destinada a la industria alimentaria (ovoproductos) y no alimentaria.

5. El principal componente de los costes en la producción de huevos es el coste de la alimentación de los animales. Éste, a su vez, está directamente relacionado con el coste de aprovisionamiento de las materias primas necesarias para la elaboración del pienso alimenticio.

6. Para calcular la evolución de los precios de los piensos en España, se debe partir de los precios de las materias primas para pienso, que se comercializan según la cotización del mercado internacional.

7. El mercado español funciona en paralelo al europeo, aunque con precios sensiblemente inferiores. Los huevos de gallinas alojadas en jaulas (huevos estándar) suponen el 80% de la oferta de la UE y sirven de referencia a efectos de precios y estadísticas (folios 113).

8. En el mes de junio los responsables de la Junta Directiva de INPROVO manifestaron su preocupación por la evolución en los meses anteriores de los costes de las materias primas para pienso, entendiéndolo que era una situación anormal. Por ello, consideraron necesario hacer una aclaración pública con el objetivo de informar sobre esa preocupación existente en el sector del huevo por la escalada alcista de los precios de las distintas materias primas para alimentación animal, que ya comenzaba a reflejarse en los precios de venta del huevo en origen. A tal fin se redactó en INPROVO, el 13 de junio de 2007, una primera nota de prensa, que se manda a los medios ese mismo día, que la publican a partir del 14 de junio.

El texto de la nota de prensa, remitida a más de cien medios de comunicación de difusión nacional y medios especializados, era el siguiente:

“El coste de producción de huevo en España ha subido un 20% en el primer semestre del 2007

- ***Los cereales son demandados para la elaboración de biocombustible***
- ***Este crecimiento de costes se verá reflejado en el precio al consumidor***

Madrid, junio de 2007.- Los costes de producción de huevo en España han subido más de un 20% desde principios de año, debido principalmente al constante crecimiento de los precios de los cereales que se utilizan para la alimentación de las gallinas, además del incremento del coste de la energía y los embalajes.

Los precios de las materias primas para alimentación animal han subido progresivamente como consecuencia de su demanda para la transformación en biocombustibles. Esta desestabilización del mercado de cereales español podría seguir acentuándose en los próximos años.

Ante esta situación los productores se están viendo obligados a trasladar este aumento de costes de producción a sus clientes, lo que repercutirá en el precio al consumidor.”

Posteriormente, en la Asamblea ordinaria de INPROVO de fecha 24 de julio de 2007, se repasaron las Actuaciones realizadas y previstas para el año 2007 (Punto 4 del Acta de la citada Asamblea) y, entre otras, las conclusiones alcanzadas en las jornadas de “FUTUROV 07” celebradas los días 10 y 11 de julio de 2007 por el MARM. El punto 4 del Acta literalmente establece:

“En FURTUROV se plantearon como necesidades del sector y conclusiones de futuro, entre otras, las siguientes:

- *Ante las dificultades de trasladar los costes de producción a lo largo de la cadena de valor del huevo, mantener contactos con la distribución, para mejorar las relaciones proveedor-cliente.*

- *Educar al consumidor sobre las condiciones de producción y las garantías del modelo agroalimentario comunitario, para que entienda que esos condicionantes implican un mayor coste final y precio de mercado.(...).”*

“La Asamblea aprueba estas líneas de actuación, que prevé desarrollar entre el sector y las administraciones relacionadas, y la Junta Directiva definirá la forma de acometerlas en los próximos meses.”

9. El responsable de comunicación de INPROVO elaboró una nueva nota de prensa, remitiendo un borrador de la misma por correo electrónico con fecha 28 de agosto de 2007 a los miembros de la Junta Directiva de INPROVO y solicitando el visto bueno a su propuesta de nota. No hubo ningún comentario por parte de la Junta Directiva y ésta se remitió a los medios de comunicación a partir del día 29 de agosto de 2007. El texto de la nota de prensa, también remitida a más de cien medios de comunicación: prensa, televisión y medios especializados era el siguiente:

“Los altos costes de producción del huevo provocan una subida de su precio.

- **Los precios de las materias primas para alimentación animal han subido progresivamente desde principios de año.**
- **En agosto el precio del huevo ha subido un 12%."**

Madrid, 29 de agosto de 2007.- Los costes de producción del huevo en España han sufrido un constante crecimiento desde principios de año, alcanzando ya más de un 30% de incremento. El precio de los cereales que se utilizan para la alimentación de las gallinas es el principal responsable, además del coste de la energía y los embalajes. Debido a las pérdidas sufridas por los operadores del sector productor de huevos en los últimos meses se constata una bajada de la producción que en el mes de agosto ha alcanzado el 6,5%, según datos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Como consecuencia, se está produciendo un incremento del precio del huevo que durante el último mes ha subido una media del 12%, lo que supone más de 15 céntimos de euro en la docena. Con respecto al mismo periodo del año 2006, el huevo se ha encarecido un 28%. La mayor parte de los analistas apuntan a una nueva situación estructural del mercado que va está empujando al alza los precios de alimentos básicos como la leche, el pan y los huevos."

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- La falta de aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea por la CNC conlleva la nulidad de la resolución, porque el art. 3.1 del Reglamento 1/2003 obliga a las autoridades nacionales.
- Inexistencia de la práctica anticompetitiva.
- Vicios graves e invalidantes del procedimiento administrativo.
- Falta de proporcionalidad de la sanción.

Por su parte el Abogado del Estado, con fundamento en sentencias dictadas en la materia por esta Sala de la Audiencia Nacional y la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo expone las razones por las que los anteriores motivos de recurso deben ser desestimados y la resolución de la CNC confirmada.

CUARTO.- El primer motivo de impugnación, la nulidad del acto administrativo impugnado por no aplicar el art. 101 del Tratado de la Unión Europea se fundamenta en que se presume el efecto sobre el comercio intracomunitario de los acuerdos o recomendaciones que afectan al conjunto de un Estado miembro. Señala la actora que tanto el TDC como la CNC han definido siempre el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario como nacional, a lo que se suma la configuración que se ha dado al mercado de la distribución.

Según las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, de la redacción de estos y de la jurisprudencia comunitaria resulta que al aplicar el criterio de "efecto sobre el comercio" deben tenerse en cuenta especialmente tres elementos: el concepto de comercio entre Estados Miembros, la noción de que "pueda afectar" y el concepto de "apreciabilidad".

El primer requisito implica que debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta por lo menos en dos Estados miembros: si bien no es necesario que el acuerdo o práctica afecten al comercio entre un Estado miembro y el conjunto de otro Estado miembro, si debe haber una repercusión al menos en dos Estados. En este caso, dada la naturaleza de la práctica, no se aprecia tal repercusión en principio, y si la parte estima que la hubo, lejos de consideraciones teóricas debió poner de manifiesto por qué el solo hecho de que todo el mercado nacional fuera afectado, o la importancia del tráfico de huevos con algún concreto Estado Miembro supone tal repercusión. La propia resolución impugnada pone de manifiesto las diferencias entre las empresas del sector, y la complejidad del mismo, siendo especialmente relevante, dada la alegación que se examina, recordar que *"Las empresas dedicadas a la producción, manipulación y envasado de huevos son unas 850, aunque existe una cierta concentración de las empresas más grandes, dado que la principal empresa del sector tiene unas ventas que superan los 65,5 millones de euros anuales, mientras que la segunda llega a los 49,3 millones de euros y la tercera alcanza sólo 32 millones de euros, estando el resto muy atomizado. Las marcas de distribución han adquirido una gran importancia y representan más del 70% de todos los huevos vendidos en libre servicio."*

Como continúan señalando las referidas Directrices de la Comisión, para que una práctica prohibida "pueda afectar" al comercio entre Estados Miembros, debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un conjunto de factores objetivos fácticos y jurídicos, que la práctica prohibida puede tener una influencia directa o indirecta real o potencial en los intercambios comerciales entre Estados Miembros.

El Tribunal de Justicia ha señalado que debe existir un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de hecho o de derecho, una influencia en las corrientes comerciales entre Estados Miembros y una influencia directa o indirecta, real o potencial en las corrientes comerciales.

En el supuesto enjuiciado, no aparece en las actuaciones rastro probatorio alguno que pudiera llevar a esta Sala al convencimiento de que tal afectación existió, no siendo posible obtener la consecuencia postulada por la actora, ni declarar nulo de pleno derecho el acuerdo de la CNC impugnado por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente. No se aprecia error manifiesto en la elección y aplicación de la base legal sobre la que se ha enjuiciado y sancionado la conducta de INPROVO por no haber afectado de forma apreciable el comercio entre Estados Miembros.

El primer motivo de recurso debe por tanto ser desestimado.

QUINTO-. Se alega en segundo lugar la inexistencia de recomendación colectiva por INPROVO.

La recurrente fundamenta en la forma de las notas de prensa su inocuidad en relación con la Libre Competencia. En relación con la de Junio considera que no se hizo sino dar cuenta de un hecho acaecido y pasado, y en la de Agosto se puso en

situación a los consumidores para que fueran conscientes de las condiciones del sector.

Una nota de prensa emitida por una Organización interprofesional agroalimentaria que agrupa a las asociaciones de ámbito nacional representativas de las empresas del sector productivo, industrial y comercial del huevo que a su vez representan en la rama de producción del huevo de un 86,4% del total nacional y en la rama de comercio-industria un 89%, no es una noticia de prensa que refiere un suceso. Y no refiere un suceso pasado sino que describe el presente y anuncia el futuro:

-. En la nota de junio se indica que a) los productores están trasladando el aumento de costes al consumidor (presente) y b) esto repercutirá en el precio al consumidor (futuro).

-. En la nota de agosto se anuncia que la situación estructural del mercado aboca a una subida de los precios de los alimentos básicos, entre ellos el huevo.

Resulta así que, como correctamente ha apreciado la Administración estas notas de prensa por su autoría, por su contenido y texto y por la difusión que se les dio tienen objetivamente la finalidad de propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados: la repercusión del alza de los costes de producción del huevo en España al precio del huevo. No es el hecho de que el alza de costes repercuta en el alza de los precios del producto final, sino la recomendación a todos aquellos que intervienen en la producción y comercialización del huevo en España para que con independencia de cual sea para cada uno de ellos la referida repercusión, lleven a cabo una subida del precio del huevo. Como indica el Acuerdo de la CNC mediante las notas de prensa se está estableciendo una pauta común de comportamiento, la subida del precio del huevo en España, como respuesta uniforme al alza de los costes de producción.

A esta valoración no puede imponerse la opinión de un experto en semántica: la prueba pericial versa sobre el estudio pragmatolingüístico de las expresiones verbales de los textos, como el propio perito pone de manifiesto. Analizadas las notas de prensa como expresiones verbales exclusivamente, el estudio aislado de las palabras fuera del contexto económico, con independencia de las consideraciones relativas a quién lo escribe (salvo para describirlo como sujetos pacientes), cuando lo escribe, para quién lo escribe y donde lo publica llevan a concluir en el sentido expuesto por el perito. En este caso no se están enjuiciando las expresiones utilizadas sino precisamente la elaboración y difusión de las notas "por su contenido, por quién la efectúa y por su difusión".

SEXTO- La actora alega a continuación que no existe la infracción por la que se sanciona por la ausencia de propósito restrictivo a la luz del art. 1 LDC y 101 TUE.

La actora sostiene que la jurisprudencia comunitaria exige que para que una conducta pueda ser incluida en el concepto de recomendación colectiva de precios esta debe ser concreta y precisa de forma que sus destinatarios puedan seguir los "términos" de la recomendación.

En este caso no se está indicando un precio concreto, sino que se está recomendando y así resulta con claridad de la Resolución de la CNC, la repercusión del alza de los costes de producción en el precio futuro del huevo. En contra de lo afirmado por la recurrente la jurisprudencia nacional y comunitaria no exige que en la recomendación de precios se establezca un precio concreto o cuantificado, pero en este caso si se establece una señal clara al incluir en la nota de junio la referencia a una subida del 20% y una referencia similar en la de agosto esta vez con cita del 30%.

La conducta es apta para afectar la libre competencia: tal aptitud está claramente descrita en la resolución impugnada, dando la Sala por reproducidos los argumentos recogidos en la misma y los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico anterior. El mensaje, a juicio de esta Sala es claro: la subida de los productos de alimentación animal traerá consigo un subida considerable del precio del huevo, resultando tal subida un corolario inevitable de los acontecimientos habidos en relación con la utilización de los cereales para la producción de biocombustible.

Por las razones expuestas debe desestimarse este tercer motivo de recurso.

SEPTIMO.- Se alega a continuación que aún cuando se entendiera que las notas de prensa de INPROVO contenían una recomendación colectiva de precios no se puede concluir que su objeto era anticompetitivo por la naturaleza, composición y contexto legal de INPROVO. Señala la recurrente que en el seno de una organización interprofesional como esta existen intereses contrapuestos que hacen que una práctica como la imputada sea de imposible cumplimiento. Sostiene igualmente que la propia existencia y regulación legal de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias examinada su actuación como lo hace la CNC exigiría su disolución porque por su propia naturaleza legal, composición y funciones, son aptas para generar efectos anticompetitivos.

La parte actora parece entender que solo pueden defenderse los intereses profesionales llevando a cabo prácticas contrarias a la ley de Defensa de la Competencia, lo que en ningún caso es admisible. La representatividad de la concreta organización interprofesional es relevante en este caso por dos motivos: por representar precisamente a todos los operadores del sector del huevo, y por la efectividad que al mensaje otorga la representatividad del sector. Es precisamente la circunstancia de que en su seno convivan representantes de tantos escalones distintos del proceso de producción y comercialización uno de los elementos más relevantes para valorar la dimensión anticompetitiva de la recomendación. Pero tal circunstancia ni impide que la misma tenga efectos ni supone que cualquier actuación de INPROVO sea per se ilegal.

En relación con los datos tenidos en cuenta por la Administración en cuanto a la posición de INPROVO y sus asociados y su poder de compra, la actora alega su inexactitud sin aportar elemento probatorio o de razonamiento que pueda llevar a la Sala a concluir que no pueden ser aceptados.

Se alega a continuación la violación del principio constitucional de prohibición de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, y ello porque considera de aplicación la ley 15/1989 y que esta es más favorable.

La CNC señala que *"La conducta que la DI imputa como infracción de la LDC se produce en las fechas de 13 de junio y 28 de agosto de 2007, por lo que la Ley aplicable en cuanto a la calificación jurídica o tipificación de la conducta debe ser la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, vigente hasta el 31 de agosto de 2007. Sin embargo, la incoación del expediente correspondiente se ha producido el 1 de abril de 2008, estando ya en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, motivo por el cual el expediente se ha tramitado conforme a lo dispuesto por esta última Ley."*

La actora no explica por qué es más beneficiosa la aplicación al procedimiento de la ley 16/1989. El punto de partida fundamental reside en cualquier caso en que entre las garantías que con arreglo a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo deben considerarse aplicables a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas figura la garantía de la retroactividad de las leyes sancionadoras más favorables. Este principio constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE, el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las *"no favorables"* y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora (art. 25 de la Constitución), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable al infractor.

Por ello (sin perjuicio de las concretas previsiones sectoriales) la LRJ y PAC que, al decir de la Exposición de Motivos (punto 17), recoge los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la consolidada jurisprudencia sobre la materia, reconoce el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el art. 128.2 que *"las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"* (STS 12 de marzo de 2003).

En este caso lo que ha tenido lugar es la aplicación al procedimiento de la norma vigente durante la tramitación del mismo, y que es aplicable por mor de lo dispuesto en la propia Ley 15/2007 en su Disposición transitoria primera que establece que *"1. 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"*

Resulta así que la norma de procedimiento aplicable era la ley 15/2007 y que el procedimiento no es *"norma sancionadora"*.

En cuanto al fondo, se ha aplicado la norma que se consideró más favorable.

Deben por lo tanto desestimarse estos motivos de impugnación del acto administrativo litigioso.

OCTAVO- Como "otros motivos de nulidad" la actora alega que se ha vulnerado su derecho a la prueba, y el derecho consagrado en el art. 24 de la Constitución, lo que determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la CNC impugnado.

Esta alegación debe ser desestimada de plano: la actora propuso (y se acordó su práctica por la Sala) cuantas pruebas consideró relevantes para su defensa, por lo que la inadmisión de una prueba testifical en vía administrativa, sobre la que únicamente se señala que "son personas que guardan una estrecha relación con el asunto" sin establecer por qué de haberse practicado dicha declaración testifical ante la CNC se hubiera llegado a otro resultado, no implica la nulidad del acuerdo impugnado.

En cuanto a la circunstancia de que el expediente hubiera caducado de haberse practicado las pruebas, la Administración puede valorar la necesidad de practicar la prueba propuesta teniendo en cuenta distintas consideraciones, entre ellas el estado del expediente administrativo.

Finalmente no puede esgrimirse el derecho a la libertad de expresión cuando este entra en colisión con la comisión de un delito o una infracción administrativa como dispone la propia Constitución al establecer el límite de la Ley.

NOVENO- La actora considera que la sanción de 100.000 euros impuesta a la INPROVO es desproporcionada porque es la primera vez que se prohíbe este tipo de conducta, no se ha motivado de forma suficiente, la cuota de representatividad no puede equipararse a cuota de mercado, no se han tenido en cuenta los efectos y la duración de la conducta imputada ni las posibles atenuantes.

La resolución impugnada recoge en su fundamento octavo los "Criterios para fijar la sanción" con el siguiente tenor literal:

"La conducta de INPROVO es acreedora de una multa pecuniaria cuya limite máximo de 901.518,16 € ha sido interpretado en el pasado por el TDC como el limite de la capacidad sancionadora que fija el artículo 10.1 de la ley 16/1989 cuando los imputados son operadores sin cifra de negocios (Expte. 312/99 Vinos de Guipúzcoa). Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la discrecionalidad que el art. 10 de la Ley 16/1989 otorga a la CNC debe ser ejercitada ponderando las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida, y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

Partiendo de los criterios de modulación que establece el propio art. 10 de la Ley 16/1989 para ponderar la sanción, el Consejo ha teniendo en cuenta: que la conducta sancionada ha consistido en la elaboración de dos notas de prensa respecto de un bien básico en la cesta de consumo tipo, realizadas por una asociación interprofesional de ámbito nacional, que representa a un porcentaje muy alto (cerca al 90%) de un sector con una facturación importante, que se puede

estimar sobre los 1.500 millones de euros, pues sólo el valor de lo percibido por los ganaderos (es decir, sin incluir la recogida, clasificación, estuchado y distribución del huevo para consumo) es algo más de 1.000 millones de euros, atendiendo al Anuario de Estadística 2008 del MARM. La infracción es muy grave, además, porque las notas de prensa lanzan un mensaje de subida de precios no solo para la industria, sino también para la distribución y para los consumidores, y para alcanzar este fin se realizó una amplia difusión en medios de comunicación nacionales y especializados (más de 100). No obstante, el Consejo tiene en cuenta la breve duración de la conducta (dos notas de prensa difundidas en junio y agosto de 2007) y que no consta en el expediente evidencia cierta de los efectos reales que la recomendación colectiva de INPROVO haya producido sobre el precio de venta del huevo al consumidor.

Atendiendo a todas estas circunstancias, el Consejo fija una sanción de 100.000 euros para INPROVO”.

Si como establece la propia resolución impugnada el límite máximo son de 901.518,16 € la cuantía de la multa impuesta se encontraría dentro del grado mínimo, lo que resultaría coherente con la apreciación de atenuantes. Ahora bien, manteniéndose esta Sala dentro del propio conjunto de circunstancias tenidas en consideración por la CNC y a la vista de que, si bien la infracción es muy grave, su potencial anticompetitivo es evidente, y la representatividad de INPROVO, siendo distinta del concepto de cuota de mercado, muy elevada, las circunstancias del contexto jurídico-económico en la que la publicación de las notas de prensa enjuiciadas tuvo lugar es igualmente relevante. El efecto disuasorio se mantiene, a juicio de esta Sala, reduciendo el importe de la sanción a la cifra de 50.000 euros, que se considera más ajustada a las circunstancias del caso: la justificación de la alta representatividad de la actora por la regulación jurídica de las organizaciones interprofesionales de este sector, y las propias circunstancias en las que se elaboraron las notas de prensa.

DECIMO- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DEL HUEVO Y SUS PRODUCTOS (INPROVO)** contra el Acuerdo dictado el día 28 de septiembre de 2009 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos excepto en el extremo relativo a la cuantía de la multa, que

establecemos en la suma de 50.000 euros. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

[Firma manuscrita]

[Firma manuscrita]

[Firma manuscrita]