

Roj: **SAN 680/2013 - ECLI:ES:AN:2013:680**Id Cendoj: **28079230062013100073**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **11/02/2013**Nº de Recurso: **48/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 680/2013,**
STS 936/2016

SENTENCIA

Madrid, a once de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 48/2012 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **VERIPACK EMBALAJES S.L.** representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. 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 2 de diciembre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 2.850.700 euros. Han comparecido como codemandados ILPA representada por la Procuradora Sra. Cano Lantero, LINPAC & INFIA representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado y SUCA representada por el Procurador Sr. Orquin Cedenilla. Siendo Ponente la Magistrado **Dª 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 3 de febrero de 2012. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 14 de mayo de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado. Subsidiariamente, *"se dicte sentencia por la que se acuerde reducir la sanción impuesta a VERIPACK EMBALAJES"*.

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 representación procesal de I.L.P.A. presentó escrito el día 7 de septiembre de 2012 de contestación a la demanda en el cual, expuesto los fundamentos de hecho y de derecho que consideró relevantes, y suplicó la desestimación del recurso *"en los términos expuestos en el presente escrito, es decir, en lo concerniente a las alegaciones dirigidas a asignar un papel principal a I.L.P.A. tanto en el mercado como en la colusión estructurada desarrollada hasta finales de 2005 y a atribuir responsabilidad a mi representada por la conducta desarrollada a lo largo de 2006"*.

QUINTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental 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.

SEXTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 5 de febrero de 2.013 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 2 de diciembre de 2011 en el expediente sancionador S/0251/10, Envases Hortofrutícolas, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

A la recurrente en este litigio VERIPACK EMBALAJES S.L. se le impone una sanción de multa por importe de 2.850.700 euros. Y de este importe se declara responsable solidaria su matriz GRUPO GUILLIN S.A. por un importe de 2.250.215 euros.

SEGUNDO -. La resolución impugnada, en relación con la recurrente, establece lo siguiente en los hechos probados:

"4. VERIPACK EMBALAJES, S.L.

VERIPACK EMBALAJES, S.A. (en adelante, VERIPACK), es una sociedad española con sede en Calle Mogoda 26-64, Polígono Industrial Can Salavatella, 08210-Barbera del Vallés (Barcelona), presente en la fabricación de artículos de plástico, principalmente envases y embalajes, cuyo capital social lo detenta al 100% el GROUPE GUILLIN, compañía que cotiza en la Bolsa de París.

Según información aportada por VERIPACK durante la inspección de su sede (folios 483 a 485) hasta 1990, con la misma actividad y en la misma sede, se encontraba domiciliada la empresa de capital español NUEVOS DESARROLLOS, S.A. (NUDESA), que desde 1990 pasó a formar parte del grupo kuwaití AUTOBAR, pasándose a denominar AUTOBAR PACKAGING SPAIN, S.A. (folios 1.619 y 1.620). El grupo GUILLIN adquirió el 8 de junio de 2006 a AUTOBAR los activos relacionados, que pasan a VERIPACK EMBALAJES, S.L., de ahí que en la documentación probatoria se identifique a dicha empresa como AUTOBAR.

Según información aportada posteriormente por VERIPACK, ésta se constituyó el 3 de mayo de 2006, contando desde entonces con un único socio, la mercantil francesa GROUPE GUILLIN, S.A. El 24 de mayo de 2006 el Grupo GULLIN, celebró con AUTOBAR un contrato de cesión de activos afectos a la producción de ciertos embalajes plásticos para uso alimentario (frutas y verduras), de su planta de Barbera del Vallés (Barcelona), los elementos del activo y las obligaciones unidas a dichos activos necesarias para la actividad cedida, así como el contrato de arrendamiento relativo a la planta de fabricación y otros, una serie de derechos de propiedad intelectual, entre ellos, determinados modelos industriales y el uso por un tiempo limitado de las marcas "Packaging Autobar Spain" y "Autobar", así como determinadas licencias, permisos y/o autorizaciones relacionados con la actividad cedida, así como los trabajadores vinculados con dicha actividad según lo previsto por el Estatuto de los Trabajadores español, para casos de sucesión de empresas.

El grupo GUILLIN, compuesto de 14 empresas todas ellas en la Unión Europea, se estructura en dos áreas o sectores de actividad (folios 540 a 587):

- Fabricación y distribución de embalajes de plástico termoformados estándares para profesionales del sector alimentario (pastelería, platos preparados).

- Fabricación y distribución de envases plásticos (cestas, alvéolos y bandejas) destinados a productores y envasadores de frutas, verduras y hortalizas, a través de las siguientes empresas: NESPAK EMBALLAGGI (con sede en Italia), DYNAPLAST (con sede en Francia) y la citada VERIPACK, con una planta de elaboración en envases en España. Tanto NESPAK EMBALLAGGI como VERIPACK venden el mismo tipo de envases, si bien VERIPACK no vende alvéolos, salvo los que compra a NESPAK EMBALLAGGI para la exportación a Marruecos (folios 508 a 539). "

El resumen de los hechos por los que la CNC considera cometida la infracción es el siguiente:

desde 1999 hasta noviembre de 2005, las empresas productoras y comercializadoras de envases de productos hortofrutícolas INFIA, ILIP, NESPAK (del grupo GUILLIN), ISAP, PC, VERIPACK (antes AUTOBAR, y propiedad desde el 8 de junio de 2006 del grupo GUILLIN), mantuvieron reuniones anuales, a finales de cada año, normalmente en Italia, en las que acordaron los precios de una serie de modelos y tamaños de dichos envases y concertaron las ofertas en los procedimientos de licitación que hacen algunos grandes clientes, normalmente



cooperativas agrícolas o asociaciones de cooperativas. Para la campaña 2006/2007 INFIA, ILIP y VERIPACK convocaron una cita el 30 de noviembre de 2006 en Barcelona, en la que se acuerdan los precios mínimos de los envases para la campaña 2006/2007 y se establece una estrategia para acudir a la licitación prevista por la Sociedad Cooperativa SUCA prevista para el 13 de diciembre de 2006.

En relación con la empresa actora, se planteó la cuestión de cuando entender que había iniciado su participación en el cártel, pues fue creada en mayo de 2006 pero se hizo cargo del negocio de AUTOBAR a partir de junio de 2006 y participó en la reunión de Barcelona de noviembre de 2006.

La CNC aplica el principio de continuidad económica y los principios de efectividad y eficacia de los artículos 101 y 102 del Tratado fundacional de la Unión Europea, y considera que debe responder de la infracción durante la totalidad del periodo en que se desarrolló el cártel.

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

- . Indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007.
- . Violación del derecho de audiencia
- . Vulneración del principio de responsabilidad por imputación de una conducta de la que es responsable otro.
- . Errónea tipificación de la conducta sancionada, de los efectos sobre el mercado, de la duración de la conducta y de la afectación del comercio intracomunitario.
- . Errónea cuantificación de la sanción.

CUARTO- . En primer lugar es necesario examinar la alegación relativa a la errónea apreciación de la LDC 15/2007 como norma más favorable, que según el Consejo resulta por la incorporación de un sistema de graduación de sanciones antes inexistente, el establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el art. 10 de la Ley 16/1989 , la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas y la posibilidad de solicitar la exención o reducción de la sanción.

La Sala comparte la alegación de la recurrente: la apreciación de cual de las dos normas es más favorable debe llevarse a cabo contemplando el supuesto de hecho al que debe aplicarse una u otra, y no partiendo de consideraciones de carácter general sobre las características de una y otra normativa. Como pone de relieve la actora, no procede efectuar una apreciación global sobre la configuración de una normativa, sin comprobar en el caso de cada sancionado cual le será más favorable.

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).

Se suscitaron algunas dudas en relación con la aplicación retroactiva de algunas normas cuando se planteó si la retroactividad de la norma más favorable tiene lugar y hace aplicable cualquier modificación normativa más favorable que se produzca durante la sustanciación de los recursos, en vía administrativa o jurisdiccional, pero no la que tiene lugar después de adquirir la condición de sancionado por resolución administrativa firme, esto es, cuando se deja de ser "*presunto infractor*" . Pero no es esta la interpretación que ha prevalecido en la jurisprudencia mayoritaria que extiende la retroacción, en aplicación del principio tradicional de la retroactividad "*in bonam partem*" o "*in mitius*", incluso a conductas ya definitivamente sancionadas, mientras no esté ejecutada la sanción, cuando aquéllas han perdido con posterioridad su significado de típicamente antijurídicas como consecuencia de una modificación legislativa sobrevenida (Cfr. STS de 9 de mayo de 2002); y éste parece ser, también, el criterio temporal que subyace en el art. 73 de la LJCA que, cuando se refiere a la



retroacción de los efectos de las sentencias que anulan una disposición general, cuando supone la exclusión o la reducción de sanciones, pone como límite la completa ejecución de éstas.

En este supuesto el problema de la retroactividad no se suscita en relación con el tipo infractor, y únicamente en parte respecto del importe de la sanción. Se plantea en relación con un aspecto de la resolución de la CNC sobre el que la retroactividad de la norma más favorable no tiene la relevancia que le da la actora: en efecto, según esta (Pág. 16 del escrito de demanda) "*Desconocedora de la declaración de INFIA, VERPACK EMBALAJES no podía valerse de las posibilidades de aprovechar a su vez de la posibilidad de pedir una reducción del importe de la multa a cambio de aportar detalles que esta Parte conocía, como pueda ser la participación de VALPACK absuelta debido a la pretendida prescripción e su participación en el cártel anterior iniciado en l.999. Si el principio de clemencia es legítimo, indudablemente no es de recibo que la CNC prive de sus derechos de defensa empresa participantes en una infracción a la cual la LDC 15/2007 en su conjunto no es, precisamente, aplicable*". Es decir, que no debió admitirse la solicitud de clemencia y la documentación aportada con la misma, por hacer referencia a conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2007.

El principio de retroactividad de la norma más favorable no opera en el ámbito del procedimiento, sino en relación con la tipificación de las infracciones y el importe de las sanciones. En consecuencia, esta alegación de la recurrente debe ser desestimada, pues en la fecha en que se presentó la solicitud de clemencia, el 11 de mayo de 2009, la ley que la regulaba estaba en vigor, y la actora pudo acogerse a este programa igual que lo hizo LINPAC GROUP LTD.

Esta cuestión es independiente por completo de las consecuencias que en relación con la sanción que le ha sido impuesta pueda tener la aplicación de la ley 16/1989 o de la Ley 15/2007.

QUINTO- . Se alega a continuación la violación del derecho de audiencia porque la CNC se lo habría negado en relación a la pretendida desaparición de AUTOBAR PACKAGING SPAIN y negándole el acceso a parte del expediente administrativo.

En cuanto al primer motivo no puede estimarse que se ha negado su derecho de audiencia: si bien formulado de forma menos extensa y detallada que en la resolución impugnada la PR como expresamente reconoce la actora en su escrito de conclusiones, "*afirmaba, ciertamente, una "sucesión y continuidad" entre AUTOBAR y VERIPACK EMBALAJES, pero había justificado tal apreciación por una supuesta "concentración económica" (apartados 135 y ss de la PR págs 3419/3420 del expediente administrativo). Que en la Resolución recurrida se hable sorpresivamente de una desaparición de AUTOBAR "desde 2007" (pág. 67) es, pues, un cambio material fundamental, en relación al cual VERIPACK EMBALAJES debió ser oída.*" La Sala no aprecia que este matiz relativo a las causas exactas de la "desaparición" de AUTOBAR tenga las consecuencias que la actora postula: de sus propias alegaciones resulta que su impugnación se centra en que la DI "*no evoco ni mucho menos comprobó durante el procedimiento administrativo la supuesta desaparición de AUTOBAR*" es decir, que lo relevante es no como desapareció sino si tal desaparición ha tenido o no lugar, cuestión que se examinará más adelante en esta sentencia.

En cuanto al segundo motivo, relativo a la limitación del acceso a partes del expediente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha analizado el conflicto que se plantea cuando se enfrentan por un lado el derecho de una parte (en el expediente y luego en el recurso contencioso-administrativo) a que documentos que contienen información relevante sobre su actividad industrial o comercial o profesional queden resguardados por la confidencialidad, y por otro lado el derecho de otras partes a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas. Para resolver este conflicto el Tribunal Supremo ha indicado que procede una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos. Con este fundamento en el auto de seis de octubre de dos mil cinco, recaído en el Recurso Ordinario 533/1994 el Alto Tribunal señaló que esta materia debe abordarse "*desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial*", sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada.

Esta doctrina no se opone, sino que más bien resulta complementaria de la que se expone en la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, "*el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 , antes citada, apartado 25) "*.



En síntesis, como igualmente recuerda la sentencia de 8 de junio de 2008 del Alto Tribunal, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", *necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados*.

En este supuesto, la recurrente concreta la infracción de su derecho de defensa en la negativa al Sr Roland Guiraud director general de VERIPACK EMBALAJES, al acceso a los documentos aportados por INFIA como parte de su solicitud de clemencia el día 20 de mayo de 2010. No solo está amparada la negativa en las previsiones de la LDC y el RDC, sino que la Sala, previo examen de esa documentación declarada confidencial no aprecia la relevancia del conocimiento de la misma para defender su tesis de que no es responsable de la infracción por la que es condenada por la CNC. Es decir: el desconocimiento de algunos documentos no le causa indefensión a la actora para la defensa del interés que postula en este recurso.

SEXTO -. Continuando con los motivos de impugnación alegados por la actora, se señala que se ha atribuido erróneamente a VERIPACK EMBALAJES la responsabilidad de AUTOBAR por haber participado en un acuerdo entre 1.998 y finales de 2005. Esto supone la vulneración del principio de responsabilidad por imputación de una conducta de la que es responsable otro.

La actora alega y ha acreditado que a principios del año 2006 la empresa GROUPE GUILLIN S.A. decidió establecerse en España y a tal fin adquiere los activos que puso a la venta la empresa AUTOBAR PACKAGING SPAIN. A tal fin se constituye el día 3 de mayo de 2006 la sociedad VERIPACK EMBALAJES S.L. la cual firmó un contrato de cesión de activos con AUTOBAR firmado el 24 de mayo de 2006 y elevado a público el día 8 de junio siguiente.

De la lectura de dicho contrato resulta que no se sucede a AUTOBAR en la actividad empresarial sino que se adquiere la maquinaria y se subroga en el contrato de arrendamiento de la nave donde la misma se encuentra en funcionamiento. Igualmente se contrata al Director General de Autobar Packaging S.A. y que una semana antes había sido contratado por Autobar Packagin Spain y se contrata a los trabajadores vinculados a la planta de Barberá del Vallés cuya rama de actividad se adquiere.

La actora sostiene que dispone de autonomía comercial total en relación con la subsistente AUTOBAR PACKAGIN SPAIN cuya razón social cambió a VERIPLAST PACKAGIN SPAIN S.A. el 4 de febrero de 2008, como resulta del expediente administrativo, folios 3002 y 3003.

Se plantea el problema de la sucesión jurídica a los efectos de su responsabilidad por la infracción, con la consiguiente repercusión en el montante de la sanción de multa impuesta, entre AUTOBAR PACKAGING SPAIN y VERIPACK EMBALAJES.

La CNC no considera que la actora sea sucesora de APS sino que es "*continuadora del negocio o la actividad*".

La DI consideró que al adquirir VERIPACK los activos reseñados más arriba había tenido lugar una concentración económica.

En la resolución impugnada se razona que cuando no existe ninguna persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, entonces el principio de efectividad y eficacia de los Arts. 101 y 102 TFUE conllevan la aplicación del principio de continuidad económica y se traslada la responsabilidad por la infracción.

Considera que existe identidad entre los activos involucrados en la infracción y los activos transferidos: personal, derechos de propiedad industrial, medios materiales, asunción de derechos y obligaciones etc., es decir, continuidad funcional y económica entre el infractor y el sucesor económico o vínculos estructurales entre estos.

En la sentencia ANIC de 8 de julio de 1999 dictada en el asunto C-49/92 P, el Tribunal de Justicia recuerda lo que a su vez estableció el Tribunal de Primera Instancia:

-. El apartado 1 del art. 85 del Tratado se dirige a unas entidades económicas constituidas por un conjunto de elementos materiales y humanos. Cuando la existencia de una infracción ha quedado probada se *debe determinar la persona física o jurídica que era responsable de la explotación de la empresa en el momento en que se cometió la infracción*. (el subrayado es nuestro)

-. Cuando la persona responsable de la explotación de la empresa ha dejado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer momento, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron



en la comisión de la infracción, para, en un segundo momento identificar a la persona que ha pasado a ser responsable de la explotación de dicho conjunto con el fin de impedir que la empresa pueda evitar responder de la infracción a consecuencia de la desaparición de la persona responsable de la explotación en el momento en que se cometió la infracción.

- En el caso de ANIC el Tribunal de Primera Instancia hizo constar que la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa en el momento en que se cometió la infracción, siguió existiendo hasta la adopción de la decisión de la Comisión y que esta actuó acertadamente al imputarle la infracción.

En la casación el Tribunal de Justicia contestó que:

" Cuando ANIC imputa al Tribunal de Primera Instancia haber hecho recaer sobre ella la responsabilidad por la infracción a pesar de que había cedido su actividad relativa al polipropileno a MONTE ignora el principio de responsabilidad personal y pasa por alto la circunstancia decisiva, que dimana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (vease en este sentido la sentencia SUIKER UNIE y otros / Comisión antes citada apartados 80 y 84) de que el criterio de la "continuidad económica" solo es aplicable cuando la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción . (párrafo 145)

Esta sentencia soporta la pretensión de la actora, que aporta la referencia de las once sentencias citadas por la resolución impugnada y por el Abogado del Estado en su contestación, de las que resulta que ninguna de las situaciones enjuiciadas entonces responde a la situación de autos.

El principio básico es, como se ha reproducido más arriba y resulta de la sentencia ANIC, el de responsabilidad de quién tomaba las decisiones en la empresa en el momento de cometerse la infracción.

En la sentencia reproducida, se mantiene la responsabilidad de quién cometió la infracción, aunque haya enajenado la rama de actividad, siempre que no haya dejado de existir jurídicamente. En la sentencia dictada el día 17 de diciembre de 1991 en el asunto T-6/89 Enichem se había establecido literalmente lo mismo, tratándose igualmente del asunto del prolipropileno.

En la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato, Italia) dictada en el asunto C-280/06, el Tribunal llegó a la conclusión de que *" Los artículos 81 CE y siguientes deben interpretarse en el sentido de que, en el caso de entidades dependientes de la misma autoridad pública, cuando un comportamiento constitutivo de una misma infracción a las normas sobre competencia ha sido iniciado por una entidad y, después, continuado hasta su término por otra entidad que ha sucedido a la primera, la cual no ha dejado de existir, esta segunda entidad puede ser sancionada por la infracción en su conjunto si se demuestra que esas dos entidades se encontraban bajo la tutela de la antedicha autoridad."*

Antes de llegar a este fallo había recordado:

"De la jurisprudencia se desprende que el Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas (sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 59) y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C- 208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 112; de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C-222/04, Rec. p. I-289, apartado 107, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, Rec. p. I-6295, apartado 25).

39 Cuando una entidad de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 145, y de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C- 279/98 P, Rec. p. I-9693, apartado 78).

40 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo.

41 A continuación, procede señalar que, si no estuviese prevista la posibilidad de imponer una sanción a una entidad distinta de la que cometió la infracción, las empresas podrían eludir las sanciones simplemente por el hecho de que su identidad se hubiese visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u



otros cambios de carácter jurídico u organizativo. De este modo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 173; de 29 de junio de 2006, Showa Denko/Comisión, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, apartado 61, y de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión, C-76/06 P, Rec. p. I-0000, apartado 22).

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59).

43 Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido.

Asimismo, carece de pertinencia la circunstancia de que la transferencia de actividades no haya sido decidida por particulares, sino por el legislador con vistas a una privatización. En efecto, las medidas de reestructuración o de reorganización de empresas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro no pueden legalmente tener como consecuencia poner en peligro el efecto útil del Derecho comunitario de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia, C-415/03, Rec. p. I-3875, apartados 33 y 34).

45 En los procedimientos principales, se deduce tanto de la resolución de remisión como de los documentos que obran en poder del Tribunal de Justicia que el Ente tabacchi italiani, que luego pasó a ser el ETI, continuó realizando las actividades económicas de la AAMS en el mercado afectado por la práctica colusoria. En tales circunstancias, aun cuando la AAMS ha seguido existiendo como operador económico en otros mercados, el ETI puede ser considerado, en el marco del procedimiento relativo a la concertación con respecto al precio de venta de los cigarrillos, como el sucesor económico de la AAMS."

La sentencia AALBORG (de 7 de enero de 2004 asuntos acumulados C 204-205 y otros) citada por el Abogado del Estado al contestar a la demanda, es anterior, pero en la misma ya señalaba el Tribunal que para aplicar el artículo 85 del Tratado el cambio de forma jurídica y de nombre de una empresa no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a la competencia de la antigua, cuando desde el punto de vista económico, exista una identidad entre ellas.

La actora ha acreditado que la empresa AUTOBAR continuó existiendo, y que existía en la fecha de formalización de la demanda, si bien denominada Paccor Packaging España SA, dedicada a la comercialización de embalajes de plástico. Por otra parte, la adquirente y ahora recurrente no es una empresa que aparezca ex novo, sino que la adquisición de una empresa en España guarda coherencia empresarial con su actividad anterior y posterior. Esta Sala, tal y como sostiene la actora, no aprecia la concurrencia de ninguna de las circunstancias en las cuales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera debe aplicarse en la forma en que lo ha hecho la CNC el principio de continuidad jurídica por continuidad económica. La empresa a la que adquirió la rama de actividad relevante para este litigio no ha desaparecido, ni existe vínculo estructural ni económico entre una y otra, salvo las obligaciones que el derecho laboral impone por la contratación de trabajadores, y el derecho tributario exige en los supuestos de sucesión de empresas para la responsabilidad por el pago de las deudas tributarias. La jurisprudencia comunitaria, parte de la cual se ha reproducido más arriba, considera que existen vínculos estructurales cuando las dos empresas tienen el mismo propietario, o pertenecen a un grupo de empresas, o cuando se pone de manifiesto la existencia de vinculaciones de tal intensidad que permitan concluir en que siendo dos entidades jurídicamente distintas constituyen una única entidad económica. No es este el caso, o al menos la Administración no ha acreditado tal unidad económica que justifique la conclusión alcanzada y desarrollada en el fundamento jurídico sexto del acuerdo de la CNC impugnado.

De la prueba practicada en el expediente administrativo no resulta que se produjera una venta/adquisición de la empresa con la única finalidad de eludir las consecuencias del posible descubrimiento y posterior sanción del cártel.

La necesidad de preservar el efecto útil de las normas comunitarias de competencia no justifica, en consecuencia, la sanción a VERIPACK por el periodo completo de funcionamiento del cartel litigioso, debiendo ser sancionada únicamente por el periodo posterior al 8 de junio de 2006, fecha en la que adquirió este negocio de AUTOBAR.



Más adelante se examinarán las restantes alegaciones de la actora, en relación a otras consecuencias de esta conclusión para el cálculo de la sanción, dado que sostiene que su responsabilidad por la infracción solo alcanza a dos meses, no es continuada, no tuvo efectos ni fue grave, ni estaría correctamente determinado el mercado de referencia.

SEPTIMO -. La actora alega que no existió una infracción única y continuada su participación en la única reunión de 30 de noviembre de 2006 (jurisprudencia Sigma Technologie, pag 50 de la demanda), que no existen elementos en el expediente administrativo que demuestren la participación de VERIPACK EMBALAJES en actos ilícitos al margen de dicha reunión (págs 49 a 64 del la demanda), y que la declaración del solicitante de clemencia no basta para entender acreditada la infracción por la que es sancionada, con cita de la sentencia dictada en el asunto T-348/0S, Aragonesas Industrias y Energía.

Del expediente resulta, y así se declara probado por la CNC, que VERIPACK asistió a la reunión que tuvo lugar el día 30 de noviembre de 2006 en Barcelona, convocada por ella y INFIA e ILIP y en esta reunión se acuerdan los precios mínimos de los envases para la campaña 2006/2007 y se establece una estrategia para acudir a la licitación prevista por la Sociedad Cooperativa SUCA prevista para el 13 de diciembre de 2006. En el fundamento jurídico cuarto se establece que las conductas se prolongaron " *hasta finales del 2006* " pero que el ilícito " *finalizó en marzo/abril de 2007 ya que los acuerdos adoptados en dicha reunión tienen efectos sobre los precios de la campaña 2006/2007* ". Como consecuencia de los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico anterior, la actora es responsable de la conducta imputada por el periodo de tiempo transcurrido entre la adquisición de AUTOBAR el 8 de junio de 2006 y marzo/abril de 2007, pues desde el mismo momento de la adquisición de dicha empresa se subrogó en las obligaciones contraídas por esta en el seno del cártel, como resulta de la documentación obrante en el expediente y detallada en el acuerdo impugnado. Y no solo resulta su participación de la documentación aportada con la declaración de clemencia, sino que la propia actora reconoció en vía administrativa su participación en la reunión de 30 de noviembre de 2006 y los acuerdos sobre precios de la campaña 2006/2007 y sobre los términos relativos a la participación en la subasta de diciembre de 2006.

Las consecuencias de estos acuerdos se prolongarán durante los primeros meses del año 2007.

OCTAVO -. Resulta de lo expuesto anteriormente que la actora es responsable de la conducta por la que es sancionada durante un periodo de tiempo inferior a aquel sobre el que calcula el importe de la sanción la CNC.

No procede la aplicación de una circunstancia atenuante por ausencia de efectos: la conducta tuvo el efecto de encarecer el precio de los envases hortofrutícolas.

Respecto a las alegaciones sobre el erróneo análisis del mercado de referencia, de las actuaciones resulta que el mercado " *afectado* " es el del empaquetado y envasado de frutas y verduras frescas, y más concretamente los envases monousos elaborados a partir de polímeros de plástico. Se ha establecido que los precios se fijaban teniendo en cuenta la capacidad de negociación de los clientes y que fundamentalmente se acordaron las condiciones para acudir a las subastas de las grandes cooperativas hortofrutícolas. Los acuerdos fueron puestos en práctica y la CNC ha establecido que si bien los demandantes se encuentran básicamente en una zona concreta en el sur de España, donde se produce la práctica mayoría de los frutos rojos, los lugares de comercialización de estos frutos son muy distintos, más amplios, y mayoritariamente estos productos se destinan a la exportación.

La actora sostiene que es contrario a derecho " *ignorar el deplorable estado de cuentas de VERIPACK EMBALAJES a la que la sanción impuesta aboca a una situación financiera gravísima y de dudosa reversibilidad* ".

La LDC no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

En la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092 se analizó el problema que suscita la recurrente desde el punto de vista de la llamada " *incapacidad contributiva* " en los siguientes términos:

"(17) *Diez empresas alegaron su incapacidad contributiva al amparo del apartado 35 de las Directrices sobre Multas de 2006. La Comisión examinó dichas alegaciones y analizó cuidadosamente la situación financiera de dichas empresas y el contexto económico y social particular.*

"(18) *A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en cuenta las relaciones con los*



socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.

(19) La Comisión evaluó el contexto económico y social particular de cada empresa cuya situación financiera se constató que era suficientemente crítica. En este contexto, se tuvo en cuenta el impacto de la crisis económica y financiera mundial en el sector de los productos para el cuarto de baño. La Comisión también llegó a la conclusión, válida para las cinco empresas afectadas, de que la multa causaría una pérdida significativa de valor de sus activos.

(20) Como resultado del análisis de la Comisión, las multas de tres empresas se redujeron en un 50 % y las de otras dos, en un 25 %, dada su difícil situación financiera."

En consecuencia, la Sala no considera que proceda una reducción de la sanción a imponer con fundamento en la alegada circunstancia de la situación económica de VERIPACK EMBALAJES.

Igualmente considera la actora que se debe reducir el importe de la sanción a imponer por la cooperación prestada a la CNC. La Ley 15/2007 establece en su artículo 64 los criterios para la determinación del importe de las sanciones. Y entre estos se encuentra como atenuante "La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley."

Resulta en consecuencia que la ley no considera atenuante cualquier tipo de colaboración sino la "activa y efectiva", no habiendo prestado la actora en este expediente esa colaboración que como señala el Abogado del Estado debe ser "cualificada" y exceder el nivel normal de colaboración que permita a la CNC ir más allá de lo que razonablemente hubiera llegado sin dicha colaboración cualificada. VERIPACK EMBALAJES no aportó datos o colaboración cualificados o esencialmente relevantes para la instrucción del expediente.

En cuanto al volumen de ventas a tener en cuenta, la ley lo establece con claridad: "Las infracciones muy graves con 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."

La actora alega que VERIPACK EMBALAJES dispone de total autonomía comercial (en el sentido de la sentencia C-521/09 P, Eff Aquitaine, del Tribunal de Justicia de la UE) por lo que no procede la condena al pago solidario a su matriz GRUPO GUILLIN S.A.

El artículo 61 de la Ley 15/2007 dice en su apartado segundo:

"2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas".

Como recuerda la resolución impugnada, este precepto recoge la doctrina comunitaria, que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo.

El fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica. En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P Alliance One International) el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: "el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)."

El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción "iuris tantum" de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. (Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una constante línea jurisprudencial en este sentido, iniciada en la sentencia de 25 de octubre de 1983 (AEG Telefunken) en la cual se estableció que la matriz que



controla una filial al 100% debe acreditar que pese a ello esta es capaz de desarrollar una conducta autónoma, y continuamente ha establecido que el criterio decisivo a estos efectos no es la forma jurídica que adopte la relación empresarial, sino la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado. En la sentencia Air Liquide, el Tribunal General estableció que "*cualquier vínculo económico, legal u organizacional*" puede mostrar la existencia de este control efectivo de la matriz sobre la filial.

En este caso, no se ha practicado prueba alguna dirigida a acreditar que no existía ni tal unidad económica ni tal influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial, por lo que igualmente debe desestimarse este motivo de recurso. La resolución establece, y no ha sido negado por la actora, que se constituyó el 3 de marzo de 2006 contando con un único socio que detenta el 100% de su capital social, GRUPO GUILLIN S.A.

NOVENO - La consecuencia que resulta de la conclusión obtenida por esta Sala, por las razones más arriba expuestas, de que VERIPACK EMBALAJES es responsable de la infracción por la que es imputada por la CNC solo por el periodo de tiempo transcurrido entre el 8 de junio de 2006 y marzo/abril de 2007 es que corresponde un distinto e inferior importe de la multa a imponer.

La exacta cuantía de la misma deberá ser fijada por la CNC con fundamento en los mismos parámetros que tuvo en cuenta para concluir en la procedencia de una multa de 2.850.700 euros, con la salvedad de que la conducta únicamente se desarrolló durante un periodo más corto, el antes indicado. Del importe que se determine es responsable solidaria su matriz GRUPO GUILLIN S.A.

DECIMO - El recurso se interpuso después de la entrada en vigor de la reforma de la ley de esta jurisdicción operada por la Ley 37/2011. Ahora bien, dado que el recurso se estima en parte, la Sala considera que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 pfo. 1 no procede efectuar condena al pago de las costas a ninguna de las dos partes.

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 **VERIPACK EMBALAJES S.L.** contra el Acuerdo dictado el día 2 de diciembre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos excepto en los extremos establecidos en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia. 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la lltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.