

**RESUMEN RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNC DE 26 DE ABRIL DE 2011
(EXPTE. S/0107/08 PLATAFORMA DEL MEJILLÓN)**

El 13/10/2008 tuvo entrada en la CNC denuncia de la Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescado y Mariscos (ANFACO) contra la Organización de Productores de Mejillón de Galicia (OPMEGA), la Sociedad Cooperativa Limitada Gallega Mejilloneros de Galicia (SOCOMGAL), AMEGROVE Sociedad Cooperativa Limitada (AMEGROVE), la Asociación de Mejilloneros Illa de Arousa (ILLA DE AROUSA) y la Asociación de Productores Mejilloneros Cabo de Cruz (AMC), por posibles prácticas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la LDC, consistentes en el control de la oferta del mejillón cultivado y el reparto del mercado mediante la creación de una central de ventas. En el marco de la correspondiente información reservada la DI realizó inspecciones en las sedes del Consejo Regulador del Mejillón de Galicia (en adelante, Consejo Regulador) y de OPMEGA, acordando el 24/07/2009 la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 LDC y 101 TFUE contra OPMEGA, SOCOMGAL, AMEGROVE, ILLA DE AROUSA, AMC, la Federación de Asociaciones de Mejilloneros de Arousa y Norte (FARN), la Asociación Gallega de Mejillones (AGAME), la Agrupación de Mejilloneros A Boirense (A BOIRENSE), la Asociación de Mejilloneros Amevila (AMEVILA), la Asociación de Productores Mejilloneros San Amaro (SAN AMARO), las Mejilloneras Cons de Udra S.L. (CONS DE UDRA), la Asociación de Mejilloneros Xidoiros (XIDOIROS), la Asociación de Mejilloneros Seixo de Vilanova (SEIXO), la Asociación de Productores de Mejillón de Ares-Betanzos (APROMAR) y EGROME S.C.L, y declarando parte interesada a ANFACO. Asimismo, dado que las conductas analizadas afectan al sector de la producción y comercialización del mejillón cultivado en la Comunidad Autónoma de Galicia, donde están presentes las entidades imputadas, y de acuerdo con lo previsto en el art. 33.2 del RDC, el PCH fue notificado al Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC).

La Propuesta de Resolución, formulada por la DI el 6/07/2010 y remitida a la Comisión Europea por Acuerdo del Consejo de la CNC de 4/10/2010 en los términos señalados en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, propone al Consejo que se declare la existencia de una conducta colusoria del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, así como del artículo 101 del TFUE, por una estrategia de coordinación única y continuada en el período 1997-2008 para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales tales como precios, cantidades y tamaños, de la que serían responsables las quince asociaciones antes citadas, a las que imputa la siguiente participación individual:

OPMEGA ha participado desde el año 1997 hasta el 2008, siendo miembro de las tres centrales de ventas activas durante dicho período, organizando además las gestiones del funcionamiento de la Central de Ventas de 2006 y de la Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia (PLADIMEGA), y participando en las negociaciones y los acuerdos de precios, calidades y reparto de producción que el sector productor ha desarrollado durante el período en el que no ha estado operativa ninguna central de

ventas (2000- 2005); **FARN** ha participado formando parte de dos de las centrales de ventas (la Confederación Central de Organizaciones de Productores de Mejillón de Galicia (CEMEGA) y la Central de Ventas 2006), adoptando acuerdos de reparto de la producción, de compensaciones y precios con PLADIMEGA – si bien no formó parte de esta última - bajo la mediación de la Xunta de Galicia. Además, como en el caso de OPMEGA, y estando presente en las negociaciones y los acuerdos de precios, calidades y reparto de producción del sector productor en 2000-2005 antes citados: **AGAME** no ha tenido una participación continuada en la infracción única, no siendo miembro de ninguna de las centrales de ventas, pero se ha reunido con las principales asociaciones del sector, OPMEGA y FARN, para llegar a acuerdos de precios y reparto de producción durante relevantes períodos de tiempo (período de CEMEGA y 2004-2006); **AMC y SOCOMGAL** han tenido una participación activa en la infracción única y continuada como miembros fundadores y representantes de la Junta Directiva de PLADIMEGA, alcanzando acuerdos de precios con la Central de Ventas de 2006, colaborando en la negociación de los acuerdos llevados a cabo por AGAME a través de su pertenencia a esta asociación y, en el caso de AMC, acordando precios y calidades en el seno del Consejo Regulador; **AMEGROVE** ha formado parte de las tres centrales de ventas: CEMEGA, a través de su pertenencia a OPMEGA – lo que le ha permitido además conocer los acuerdos y prácticas desarrolladas por la organización hasta abril de 2005 -, la Central de Ventas de 2006 y PLADIMEGA, como miembro fundador y representante de su Junta Directiva; **ILLA DE AROUSA**, miembro fundador de PLADIMEGA, ha participado en acuerdos de precios con la Central de Ventas de 2006 y en las negociaciones y acuerdos adoptados por OPMEGA, organización a la que ha pertenecido hasta abril de 2006; **CONS DE UDRÁ**, miembro de PLADIMEGA, ha adoptado un acuerdo de precios con la Central de Ventas del 2006 y ha participado en los acuerdos adoptados por AGAME – de la que es miembro desde 2002 - durante el período 2004-2006.; **SAN AMARO** ha participado en las actuaciones realizadas por OPMEGA como miembro de la misma hasta enero de 2006 y ha sido miembro fundador de PLADIMEGA; **A BOIRENSE, EGROME Y APROMAR**, como miembros de FARN desde 1996 (las dos primeras) y 2000 (APROMAR), han participado en los acuerdos y prácticas desarrolladas por dicha asociación y han sido miembros, por extensión, de las centrales a las que ha pertenecido FARN, es decir, A BOIRENSE y EGROME han pertenecido a CEMEGA y a la Central de Ventas de 2006 y APROMAR a la Central de Ventas de 2006, integrándose además en PLADIMEGA tras sus bajas de FARN; **AMEVILA y SEIXO** han sido miembros de PLADIMEGA en 2008 y **XIDOIROS** ha participado en 2008 en la formación de PLADIMEGA.

El Consejo coincide con esta valoración de la DI. En contra de lo alegado por algunas partes, la sujeción de las asociaciones a la aplicación de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es pacífica con la doctrina de la Audiencia Nacional, que señala: “...*la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico – término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos.*” (SAN de 5 enero de 2005). Asimismo, considera acreditado que estas actuaciones tienen un carácter anticompetitivo por su objeto. Al menos desde 1997 la negociación por parte de las organizaciones mayoritarias de productores de tablas de precios, de precios

mínimos o de precios de referencia llevada a cabo en reuniones del Consejo Regulador y reuniones bilaterales o multilaterales ha sido una práctica habitual, habiéndose pretendido asimismo organizar el reparto de pedidos y, en determinadas épocas, centralizar las ventas a través de CEMEGA, la Central de ventas 2006-2007 y PLADIMEGA como mecanismo complementario al sostenimiento de los precios fijados. El funcionamiento de estos acuerdos ha sido respaldado con frecuencia por intercambios de información confidencial de diversas formas, desde el intercambio de faxes hasta la constitución de una web para orquestar la centralización de pedidos en 2006-2007, y por mecanismos de control que en ocasiones han incluido boicots y represalias a productores que en determinados momentos no querían seguir los acuerdos, incluida la propia FARN.

En contra de la argumentación de algunas de las partes de que los acuerdos no tienen aptitud para afectar a la competencia porque los productores implicados representarían una parte reducida del mercado geográfico relevante, que es de carácter global, el Consejo señala que España es el segundo productor mundial de mejillón, la producción española proviene casi en su totalidad de Galicia, y los acuerdos han implicado a buena parte de esta producción gallega que, en un porcentaje elevado, se exporta al resto de la UE, en la que el peso de España como productor de mejillón es muy elevado.

Varias de las partes han alegado la inexistencia de tales acuerdos restrictivos en base a la inestabilidad de la coordinación de comportamientos inherente al funcionamiento del sector. El Consejo considera que, pese a la existencia de factores en el mercado que tienen a desestabilizar la colusión, en particular el carácter perecedero del producto y la estacionalidad y variabilidad de la oferta (mareas rojas), la elevada atomización de los productores frente a una demanda más concentrada y con un mayor poder negociador constituye un poderoso incentivo para las asociaciones mayoritarias a coordinar sus estrategias competitivas. Los episodios no infrecuentes de desestabilización de los acuerdos y de represalias, especialmente en momentos de exceso de oferta, lejos de evidenciar la inexistencia de colusión, son prueba de la misma, aunque se consideren relevantes a efectos de valorar la efectividad de la colusión.

El Consejo ha desestimado asimismo la alegación de prescripción de algunos de los acuerdos imputados por no existir una infracción continuada, señalando la concurrencia en las prácticas descritas de los criterios enunciados por la Audiencia Nacional para la declaración de infracción única y continuada, puesto que: existe identidad de los sujetos implicados, pues las organizaciones mayoritarias del sector son las que han impulsado los acuerdos de precios y de reparto de mercado, sin que la entrada y salida de tales acuerdos a lo largo del tiempo de otras asociaciones pueda considerarse un hecho relevante a estos efectos; existe un objetivo común en todos los acuerdos identificados a lo largo del periodo, que es el sostenimiento de los precios del mejillón gallego, y las prácticas desarrolladas a estos efectos constituyen una infracción de la misma naturaleza; y las prácticas investigadas guardan una relación espacio temporal de sucesión y están vinculadas entre sí, puesto que la coordinación se retoma todas las temporadas entre los mismos representantes mayoritarios de los productores, con un grado de intensidad que suele depender de las condiciones de oferta en el mercado o

del momento de la campaña, dada la estacionalidad en las ventas. Como afirma el TJUE, el transcurso de “algunos meses” entre las manifestaciones de un acuerdo global que dura varios años tiene poca importancia siempre que las diferentes acciones que formen parte de la infracción persigan una única finalidad (Sentencias de 7/01/2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Aalborg Portland A/S (apdo. 258 a 261) y de 21/09/2006, asunto C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied).

El Consejo considera no aplicable la exención de la prohibición de las conductas contempladas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE en virtud del apartado 3 de estos artículos. Las eficiencias a que se refieren las Directrices Horizontales de la Comisión Europea para justificar las centrales de venta difícilmente pueden aplicarse a estos acuerdos entre productores que conjuntamente, controlan una parte importante de la oferta y son restrictivos por objeto. En todo caso, los imputados no han constatado las eficiencias que en su opinión se derivan de los mismos ni por qué la fijación de precios sería indispensable para alcanzarlas.

El Consejo no admite la alegación de OPMEGA y AMEGROVE de que su actuación está amparada por el art. 5.b) del Reglamento (CE) nº 104/2000, del Consejo de 17/12/1999 de la OCM de Pesca, destacando en particular que el artículo 14 de ese mismo Reglamento, al acotar las actuaciones que deben llevar a cabo las Organizaciones de Productores (OP) en beneficio de los consumidores, especifica expresamente que la prohibición del actual 101 TFUE podrá aplicarse a las actuaciones que impliquen la obligación de practicar un precio determinado, entrañen una compartimentación de los mercados dentro de la Comunidad, eliminen la competencia para una parte importante de los productos en cuestión o generen restricciones a la competencia que no sean indispensables. De hecho, el artículo 13.3 de dicho reglamento establece el incumplimiento de estas prohibiciones como posible causa de la retirada por parte del Estado miembro del reconocimiento como OP a una entidad.

La invocación por las partes del principio de confianza legítima derivada en particular de la actuación de la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia es unánime. Las actas que obran en el expediente muestran que la Administración gallega ha jugado un papel de mediadora en los conflictos del sector y ha promovido reuniones y acuerdos especialmente en relación con la creación de PLADIMEGA, desde cuya Mesa de Producción asesoraba y vigilaba el cumplimiento de los acuerdos. No obstante, el Consejo considera que no puede alegarse confianza legítima en congruencia con el artículo 4.2 LDC, que establece expresamente la aplicación de las prohibiciones del Capítulo I LDC a las restricciones de competencia que sean causadas por la actuación de los poderes públicos sin amparo legal. La doctrina jurisprudencial indica asimismo el requerimiento de la concurrencia de dos presupuestos básicos para la aplicabilidad del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito de la potestad sancionadora de la CNC, a saber: la existencia de signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, y que dichos signos induzcan razonablemente a la confianza de la empresa en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo, debiendo examinarse la concurrencia de ambos presupuestos en las circunstancias concretas de cada caso.

(STS de 14/02/2006 (RJ\2006\885), FD 3º). El Consejo considera que en el presente caso no concurren tales presupuestos. La constitución de PLADIMEGA precede con mucho a la intervención de la Consellería, que se produce por el conflicto causado a menudo por los boicots de unas y otras partes, y cuyas llamadas a las partes a negociar y participar en los acuerdos no pueden considerarse parte de su capacidad regulatoria. En todo caso ni el silencio ni la opinión de una Administración no competente en materia de aplicación de la normativa de competencia pueden entenderse como generadores de confianza legítima, (STS de 3/02/2009 ratificando lo expresado anteriormente por la Audiencia Nacional):

El Consejo concuerda en general con la asignación de responsabilidades propuesta por la DI, si bien considera que no procede pronunciarse sobre la eventual prescripción de las conductas del Consejo Regulador y de SAN SATURNINO al no haberse incoado una infracción concreta contra ellos en este expediente. Asimismo, en virtud del principio de atribución de responsabilidad personal de las infracciones, el Consejo sólo ha considerado la participación de AGAME en la conducta llevada a cabo durante los periodos no consecutivos en que le ha sido imputada por la DI, esto es, de 1997 a 2000 y de 2004 a 2006. En consecuencia, se considera prescrita la infracción correspondiente al primero de estos dos períodos, para la que ha transcurrido el plazo máximo de cuatro años previsto en la LDC para las infracciones muy graves. Por las mismas razones se considera prescrita la infracción cometida por AMC durante el periodo 2000 a 2004.

En respuesta a la alegación de algunas de las partes – SEIXO, XIDOIROS, EGROME, APROMAR, SAN AMARO y FARN - cuestionando su participación en PLADIMEGA, el Consejo ha reiterado, como en múltiples Resoluciones anteriores y, previamente, su predecesor el TDC, que el carácter objetivo de la prohibición consagrada en el artículo 1 LDC determina la ilicitud de la conducta en función del contenido del acuerdo y no de los motivos o finalidad de quien la realiza, ni del grado de su participación en el acuerdo o de ejecución del mismo, sin perjuicio de que la implicación específica de cada operador sea tenida en cuenta en el cálculo de la sanción.

En cuanto a la alegación de las partes, sostenida en parte por el TGDC, de trato desigual a ANFACO por la DI, al considerar prescritas las infracciones que le habían sido imputadas por no haberle imputado una infracción continuada, el Consejo considera improcedente pronunciarse sobre la calificación de dichas conductas en el marco de esta Resolución, sin perjuicio de la eventual valoración de las mismas en el expediente que corresponda, destacando la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a que no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad porque el artículo 14 de la CE no puede ser un instrumento para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico.

Por ser la más favorable para los imputados, la sanción se ha determinado en base a la Ley 16/1989 de defensa de la competencia, cuyo art. 10 establece una sanción máxima para los operadores económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan la prohibición del art. 1.1 de hasta 901.518,16 € cuando los imputados, asociaciones en particular, carecen de cifra de negocios (Expte. TDC 312/99 Vinos de Guipúzcoa), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del TDC.

Aunque los autores de la conducta, en su mayoría asociaciones sin ánimo de lucro, incluyen también sociedades de responsabilidad limitada, como EGROME y CONS DE UDRA, el Consejo ha considerado que los máximos de la sanción aplicable a entidades que realizan una actividad económica similar y han participado en la misma infracción deben ser los mismos, independientemente de las diferencias de su naturaleza jurídica.

Con objeto de respetar el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta el tamaño del sector, el peso de cada entidad -o de los productores a los que representa- en el mercado y la duración de la infracción, el importe de la sanción se ha determinado de la siguiente forma. Se ha impuesto a OPMEGA la máxima sanción de 901.518,16 €, dado que es la mayor OP del sector, se le imputa una duración de la conducta de 11 años y ha liderado la fijación de precios. De haber determinado la sanción de esta asociación en base al 10% de la facturación de sus miembros, la multa por esta infracción muy grave hubiera superado los dos millones y medio de euros. El porcentaje que supone el máximo impuesto respecto del límite que se le hubiera podido aplicar a OPMEGA en 2008, el último ejercicio de la infracción, se ha utilizado para calcular la sanción a satisfacer por el resto de empresas, aplicando dicho porcentaje al volumen de negocios de cada una de ellas en ese ejercicio y descontándolo de manera proporcional a la duración de la infracción en cada caso. En el caso de AGAME, que no ha facilitado el volumen de negocios de los productores a los que representa, se tiene en cuenta el volumen de negocios de los tres asociados que se conoce, que son los de mayor relevancia, y que el periodo para el que se la considera responsable de la infracción difiere del correspondiente a sus asociados. De acuerdo con esta forma de cálculo, el importe de las sanciones a imponer sería el siguiente: 901.518,16 euros a OPMEGA; 479.000 euros a la FARN; 118.500 euros a AGAME; 118.500 euros a AMEGROVE; 42.000 euros a ILLA DE AROUSA; 48.500 euros a SOCOMGAL; 39.500 euros a AMC; 30.000 euros a CONS DE UDRA; 6.000 euros a A BOIRENSE; 2.500 euros a SAN AMARO; 2.000 euros a AMEVILA; 1.600 euros a EGROME; 1.500 euros a APROMAR; 1.000 euros a SEIXO y 600 euros a XIDOIROS.