



Roj: **SAN 4233/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4233**

Id Cendoj: **28079230062016100411**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/11/2016**

Nº de Recurso: **24/2013**

Nº de Resolución: **431/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000024 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00249/2016

Demandante: ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS Y MARISCOS (ANFACO)

Procurador: D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBEITO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: OPMEGA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dos de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n^o **24/13**, seguido a instancia de **ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS Y MARISCOS (ANFACO)** representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Barreiro-Meiro Barbeito, con asistencia letrada, como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado, habiendo actuado como codemandada OPMEGA representada por la Procuradora D^a Paloma Ortiz Cañavate. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de fecha 22 de noviembre de 2012, la cuantía se fijó en 2.115.840 €, e intervino como **ponente la Magistrada D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia, por la que se anule la resolución impugnada, o con carácter subsidiario, la reducción de la sanción impuesta.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente, no habiendo contestado a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Practicada la prueba propuesta y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 28 de septiembre de 2016, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución dictada en fecha 22 de noviembre de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/0349/11, ANFACO, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

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

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

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

SEGUNDO : Son datos fácticos para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- A la vista de la denuncia de ANFACO presentada en la CNC con fecha 13 de octubre de 2008 contra una serie de organizadores de productores de mejillón por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el control de la oferta del mejillón cultivado y el reparto del mercado mediante la creación de una central de ventas, la DI inició, de acuerdo con el artículo 49.2, una información reservada con número de actuaciones S/0107/08, en el marco de la cual se realizaron inspecciones el 12 de mayo de 2009.

2.- Con fecha 24 de julio de 2009 la DI incoó expediente sancionador contra varias organizaciones de productores de mejillón, declarándose parte interesada a ANFACO.

3.- Con fecha 26 de abril de 2011 el Consejo de la CNC dictó Resolución donde declaraba la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en la fijación de las condiciones comerciales y el reparto de mercado para la venta de mejillón gallego de la que eran responsables OPMEGA, FARN, AGAME, AMEGROVE, ILLA DE AROUSA, AMC, SOCOMGAL, CONS DE UDRA, AMEVILA, XIDOIROS, SEIXO, APROMAR, EGROME, A BOIRENSE y SAN AMARO (folios 8 al 79).

4.- Mediante Acuerdo de 26 de abril del 2011 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia interesó de la Dirección de Investigación la incoación de un expediente sancionador relativo a la conducta de las empresas fabricantes de conservas de mejillón asociadas en ANFACO en relación con una posible coordinación de sus estrategias empresariales que pudiera ser constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC . Concretamente, el Consejo consideraba que, en la información obrante en el expediente S/0107/08, " existen indicios de que las empresas fabricantes de conservas de mejillón asociadas a ANFACO podrían haber coordinado sus estrategias empresariales como demandantes en el mercado del mejillón de manera contraria al artículo 1 de la LDC " (folios 2 al 7).

5.- A la vista de lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC , con fecha 25 de mayo de 2011 la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra ANFACO por conductas prohibidas en el artículo 1 LDC . Asimismo, dado que las conductas analizadas afectan al sector de la producción y comercialización del mejillón cultivado en la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo



con lo previsto en el art. 33.2 del RDC, el PCH fue notificado al Consejo Gallego de la Competencia y tras la pertinente tramitación finalizó por medio de la resolución impugnada.

En cuanto a las partes

Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescados y Mariscos (ANFACO).

ANFACO es una asociación empresarial, sin ánimo de lucro, creada para defender los intereses de las empresas transformadoras de productos de la pesca y la acuicultura. Integra a unas 220 empresas vinculadas al sector industrial transformador y comercializador de productos de la pesca y la acuicultura, entre las que figuran empresas de conservas de pescados y mariscos, congelados, refrigerados y elaborados de productos del mar, aceites y harinas de pescado, bacalao, ahumados, materias primas, envases y embalajes, comercializadores de productos del mar y servicios auxiliares.

Aunque la mayoría de sus empresas asociadas están ubicadas en Galicia, la Asociación cuenta con empresas de distintos países europeos, además de países de América, Asia y África. En España, ANFACO representa en torno al 80% de la producción de mejillón envasado. Los órganos directivos de ANFACO, de acuerdo con sus Estatutos, son la Asamblea General y la Junta Directiva. Además, existen en el seno de ANFACO diversas comisiones para el tratamiento y análisis de materias concretas, como es la Comisión del Mejillón, que viene operando en ANFACO al menos entre 1997 y 2009, y está formada por empresas de conserva del mejillón que son asociadas a ANFACO.

TERCERO: La resolución impugnada, analiza la conducta analizada en este expediente, que dentro del mercado de conservas de pescados y mariscos, se enmarca en el sector de la producción y comercialización de conservas de mejillón de Galicia.

La CNMC siguiendo la valoración conjunta que de todo el periodo analizado, 1997-2009 realiza la D.I., considera que se ha acreditado la existencia de determinadas actuaciones de coordinación comercial en el seno de ANFACO en momentos temporales concretos contrarias al artículo 1 LDC y que dichos momentos temporales no son consecutivos en el tiempo, sino que vienen intercalados por algunos periodos (2001-2003, 2005-2007 y 2009) en los que o bien no consta en el expediente evidencia alguna de una posible coordinación comercial en el seno de ANFACO o bien obra información relativa a otro tipo de prácticas distintas (como los intercambios de información sobre precios de compra del mejillón en el periodo 2001-2003), sin perjuicio de que éstas pudieran ser también contrarias a la LDC, para terminar concluyendo "1) la ausencia de la existencia de una infracción única y continuada por parte de ANFACO y 2) la prescripción de todas las conductas anteriores a 2008. Por el contrario, en relación con la conducta de ANFACO en 2008, y en línea con lo señalado por el Consejo en su Resolución de 26 de abril de 2011, la ulterior instrucción de este expediente confirma que en 2008 se habría producido una coordinación de la estrategia comercial en el seno de esta Asociación contraria al artículo 1 LDC".

El Consejo considera que estas actuaciones realizadas en el seno de ANFACO, restringen la competencia, al evitar la negociación individual de cada una de sus empresas asociadas, por lo que constituyen una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC .

En concreto señala que en el año 2008, ha quedado acreditado que en el seno de ANFACO se adoptaron decisiones entre empresas competidoras encaminadas a paralizar temporalmente las compras de mejillón de Galicia y forzar a los productores a llegar a un acuerdo sobre las condiciones de compra. El 9 de octubre ANFACO acordó no reanudar las compras de mejillón tras la Junta Extraordinaria celebrada ese mismo día mientras no se garantizase lo que ANFACO denomina "la libertad de mercado", y que se traduce en que los productores se acercaran a los precios que las empresas conserveras asociadas en ANFACO estaban dispuestas a pagar. Finalmente, el 15 de octubre ANFACO convocó una rueda de prensa conjunta con AGACOME y FARN para anunciar que habían llegado a un acuerdo entre ellos para reanudar las compras de mejillón para la industria en las condiciones comerciales anteriores a la constitución de PLADIMEGA. Lo cual sólo puede interpretarse en el sentido de que el acuerdo coordinado en el seno de ANFACO para interrumpir las compras de mejillón en un momento clave de la campaña había surtido su efecto.

Respecto a la existencia de elementos probatorios de una relación espacio temporal suficiente para poder determinar la existencia de una infracción continuada, el Consejo, en la valoración que ha realizado de la conducta infractora de ANFACO en todo el periodo 1997-2009, considera que si bien coinciden tanto el objeto como los sujetos de la conducta, no se ha acreditado que la conducta se haya realizado con la continuidad temporal necesaria para concluir la existencia de una infracción única durante todo el periodo analizado. Esta ausencia de continuidad hace que las actuaciones llevadas a cabo por ANFACO hasta 2004 inclusive hayan prescrito pues han transcurrido para todas ellas los cuatro años de prescripción de las infracciones graves, previsto en el artículo 68 de la LDC , calculados desde que se cometió la infracción.



En relación con la conducta de ANFACO en 2008, el Consejo considera que el boicot en tanto que implica una coacción colectiva y un ataque a la libertad empresarial, es un acuerdo colusorio que no puede tener justificación ni siquiera en el caso hipotético de que lo que se pretenda conseguir sea neutralizar otro tipo de conductas anticompetitivas (véase al respecto la Resolución de 28 de julio de 1997, Expte. 384/96, Material Eléctrico Murcia). Por esa razón no puede aceptar el argumento de que se hizo para garantizar la libertad de mercado, como si ese fuera su objetivo. Si realmente ANFACO perseguía ese objetivo, el instrumento adecuado habría sido denunciar las actuaciones de los productores desde el primer momento, en vez de esperar a que el boicot surtiera efectos para hacerlo.

El Consejo quiere señalar que la infracción que la DI imputa a ANFACO, la adopción de una política comercial coordinada entre competidores es un boicot. No es un simple acuerdo de compra conjunta, a los que hace referencia el punto 5 de las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, sino un acuerdo que elimina la libertad individual de cada asociado, alterando las condiciones de competencia del mercado. Por todo ello, el Consejo considera que la conducta de ANFACO en 2008 consistente en la adopción de una política comercial coordinada en la compra del mejillón de Galicia, constituye una infracción del artículo 1 de la LDC considerada muy grave de acuerdo con el artículo 62.4 a) de la LDC .

CUARTO: Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria

- 1.- Incompetencia de la CNMC, por corresponder al órgano de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- 2.- Si se considera que la conducta no limita sus efectos al ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, sino que afecta a Estados Miembros de la UE, la Comisión Europea no ha sido informada y en consecuencia no ha podido emitir informe y pronunciarse sobre la cuestión lo que supone la nulidad de la resolución al haberse dictado sin solicitar los correspondientes informes preceptivos.
- 3.- La resolución impugnada se ha dictado en contra del informe preceptivo emitido por el Consejo Gallego de Competencia y en contra del criterio mantenido por la propia DI en el expediente S/107/08, sin que en ningún caso se justifique y motive las razones por las que se aparta de los anteriores informes y resoluciones.
- 4.- Delimitación incorrecta de los hechos ya que la actora no acordó nunca paralizar la compra de mejillón en Galicia.
- 5.- La conducta de ANFACO no constituye una infracción del artículo 1 de la LDC y en todo caso habría habido una ausencia de culpabilidad.
- 6.- Desproporción en la cuantía de la sanción. Considera que la sanción está mal calculada al partir de una estimación errónea del volumen de ventas y no estimar la concurrencia de ninguna atenuante.

QUINTO: Con carácter previo, es preciso examinar la alegación de la actora relativa a la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada al haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente, al no afectar la conducta analizada a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia determina en su artículo 1.3 lo siguiente:

"Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1 , 6 y 7 de la mencionada Ley , cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma."

Debe destacarse que la conducta analizada en este expediente, dentro del mercado de conservas de pescados y mariscos, se enmarca en el sector de la producción y comercialización de conservas de mejillón de Galicia.

Que las importaciones españolas de conservas y preparados de pescados y mariscos durante 2009 superaron ligeramente las 169.010 toneladas, un 8% más que en 2008. Las exportaciones españolas, por su parte, llegaron en 2009 hasta las 127.900 toneladas, reduciéndose un 8% respecto al año anterior. Nuestro país adquiere alrededor del 50% de todas estas conservas en el continente americano, mientras que la mayor parte de las exportaciones se dirige hacia otros países de la UE (87,9%), principalmente a Italia, Francia y Portugal.

La producción gallega representa el 86% del volumen y el 84,5% del valor de la producción nacional de conservas de pescados y mariscos.



Galicia concentra al 45% de todas las empresas de conservas de España, contribuyendo al PIB de la comunidad con un 2.8% y creando el 6.5% del empleo industrial gallego.

Y que a nivel del sector comercial exterior y reproduciendo el patrón de la producción nacional, las exportaciones se dirigieron en 2010 en más de un 90% a la Unión Europea, y las importaciones proceden en más de un 60% del continente americano.

Son las Directrices de la Comisión (DOUE C101 de 27 de abril de 2004) relativas al concepto de efecto sobre el comercio las que señalan que al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos: a) concepto de "comercio entre los Estados miembros", b) la noción de "puede afectar" y c) el concepto de "apreciabilidad".

Desde el momento en que las conductas imputadas trascienden del mero ámbito autonómico, la competencia de la CNMC para conocer de las mismas es clara.

SEXTO: En segundo lugar y de forma subsidiaria considera la actora que en los casos de aplicación del artículo 101 TFUE existe la obligación de informar a la Comisión Europea, lo que en el presente supuesto se ha incumplido.

A este respecto debe señalarse que el hecho de que la conducta sancionada no se limite al ámbito de una Comunidad Autónoma no significa necesariamente que quede subsumida en el art. 101 TFUE, pues este sólo resulta de aplicación cuando se cumplan los requisitos previstos en dicho precepto.

En el presente supuesto la resolución impugnada, siguiendo el criterio de la propuesta de resolución, considera que la práctica analizada es contraria al art. 1 de la LDC pero no al artículo 101 del TFUE, por lo que los argumentos de la actora no pueden prosperar.

Efectivamente la DI no ha considerado que los potenciales efectos de la misma, sea susceptible de afectar apreciablemente el comercio entre Estados Miembros, por lo que no aplica el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apreciación que comparte el Consejo al señalar: "Por ello, este Consejo considera acreditado que determinadas actuaciones llevadas a cabo por ANFACO en el periodo estudiado, 1997-2009, son contrarias al artículo 1 de la LDC."

SÉPTIMO: En tercer y cuarto lugar considera la actora que la conducta que se le atribuye en el año 2008 ya habría sido analizada y valorada por la DI en el marco del expediente S/107/08 sobre la misma base fáctica y documental, y que se ha resuelto en contra del contenido del informe preceptivo del Consejo Gallego de Competencia y en contra del criterio sostenido por la CNC en otros supuestos similares. Asimismo defiende la inexistencia de una conducta proactiva de coordinación comercial para la compra de mejillón de Galicia en el año 2008, pues se alega que el fin perseguido por su actuación se enmarca en una conducta de respuesta a las actuaciones anticompetitivas del sector productor y apoya su argumentación en los factores que deben tenerse en cuenta sobre los efectos de la conducta que figuran en la Propuesta de Resolución. Considera que no hubo aptitud homogeneizadora y que no existe prueba de que hubiera coartado la libertad de las empresas asociadas, pues tres de ellas, importantes, se abastecieron con normalidad.

Debe señalarse que en el expediente S/0107/08 la Dirección de Investigación entró a valorar en su PCH la conducta de ANFACO, reconociendo que:

" Los Hechos Probados muestran cómo las empresas integradas en ANFACO han adoptado en diversas ocasiones pautas de acción común con respecto al abastecimiento de mejillón gallego". En particular, se refiere a tres acciones de boicot que a lo largo del periodo considerado en este expediente ANFACO habría llevado a cabo (durante el periodo de funcionamiento de CEMEGA, en 2004 y en 2008). No obstante, considera que se trata de acciones aisladas en respuesta a la conducta de los mejilloneros, que no pueden considerarse que constituyan una conducta continuada, "esta Dirección de Investigación considera que las conductas más antiguas (las realizadas durante el periodo de funcionamiento de CEMEGA y en el año 2004), habrían prescrito en todo caso. Por ello, no procede pronunciarse sobre si se valoran como infracciones de la LDC."

Así, de las acciones consideradas por la Dirección de Investigación, no habría prescrito el boicot de 2008 a PLADIMEGA. Pero no considera que dicha actuación de la Asociación constituya una infracción del artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE a la vista de las circunstancias en que se produjo:

Se refiere a las condiciones de compra, y no a las condiciones de venta de las empresas conserveras del mejillón. Según la Dirección de Investigación, la normativa de competencia es más permisiva con el primer tipo de acuerdos que con el segundo, en la medida en la que los acuerdos de compra tienen la potencialidad de trasladar al consumidor final las mejores condiciones comerciales obtenidas en la compra

Tuvo una vigencia muy limitada: entre el 23 de septiembre y el 15 de octubre de 2008, por lo que es poco probable que distorsionara sensiblemente las condiciones de competencia del mercado del mejillón en origen. En todo caso, sirvió para retornar a las condiciones previas.

Es muy improbable que el acuerdo adoptado en el seno de ANFACO pudiera facilitar un alineamiento de las empresas integradas en ANFACO en los mercados posteriores de venta del mejillón en conserva, no solamente por la corta extensión temporal del acuerdo, sino también por las características estructurales de estos mercados (asimetría entre empresas, cuentan con stocks, el coste del input representa una parte pequeña sobre el total, existencia de importaciones no afectadas por el acuerdo...) y dado que sus clientes tienen poder negociador.

En vista de todo ello, la "(...) Dirección de Investigación considera que el acuerdo adoptado en el seno de ANFACO por el que se acordó interrumpir puntualmente la compra de mejillón gallego entre el 23 de septiembre y el 15 de octubre de 2008 no es apto para restringir la competencia de forma apreciable, por lo que no se estima procedente ampliar las actuaciones al mismo"

No obstante lo expuesto el Consejo, en resolución de 26 de abril de 2011, recaída en el expediente S/107/08 manifestó lo siguiente:

"Aunque ANFACO sea parte interesada en este expediente en su condición de denunciante, en ningún momento se dirigió contra ella la incoación ni se le ha formulado imputación por su conducta relacionada con los hechos analizados en este expediente. Por tanto, resulta de todo punto improcedente que este Consejo se pronuncie sobre dicha conducta ni la califique en el marco de esta Resolución, ya sea para considerar que hay indicios de infracción o no. Lo cual no quiere decir que este Consejo comparta las valoraciones que al respecto realiza la Dirección de investigación, ni que la conducta de ANFACO no deba ser objeto de análisis en el expediente que corresponda".

Con esta manifestación, el Consejo dejó claro que el expediente S/0107/08 no era el marco para valorar y resolver sobre las conductas de ANFACO, puesto que, como con meridiana nitidez señala el artículo 134 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, "el ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido". Señala que desde esta perspectiva, el único procedimiento incoado contra ANFACO en el que, con todas las garantías, se le ha formulado una imputación y se le ha permitido combatirla con todos los medios que el Derecho pone a su disposición, es el presente, no teniendo las apreciaciones que la DI haya podido realizar en otro procedimiento valor alguno a efectos de analizar, desde la perspectiva sancionadora, la conducta en cuestión.

Debemos añadir que no se ha producido ningún cambio en la determinación de la conducta imputada, que ya esta se constató en el procedimiento S/107/08. Efectivamente con fecha 26 de abril de 2011 el Consejo de la CNC dictó Resolución donde declaraba la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la fijación de las condiciones comerciales y el reparto de mercado para la venta de mejillón gallego de la que eran responsables diversas empresas. Asimismo mediante Acuerdo de 26 de abril del 2011 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia interesó de la Dirección de Investigación la incoación de un expediente sancionador relativo a la conducta de las empresas fabricantes de conservas de mejillón asociadas en ANFACO en relación con una posible coordinación de sus estrategias empresariales que pudiera ser constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC. Concretamente, el Consejo consideraba que, en la información obrante en el expediente S/0107/08, "existen indicios de que las empresas fabricantes de conservas de mejillón asociadas a ANFACO podrían haber coordinado sus estrategias empresariales como demandantes en el mercado del mejillón de manera contraria al artículo 1 de la LDC "

Debe señalarse que el boicot es una forma de coordinación de estrategias competitivas empresariales que se hace a los proveedores de la materia prima y tanto en el PCH como en la PR, la DI considera dicha conducta, como ya lo hiciera en el anterior expediente S/107/08. La diferencia radica en que este expediente (S/107/08) siendo ANFACO parte interesada, como denunciante, no era el marco para valorar y resolver sobre su conducta, de ahí que en la misma fecha en la que el Consejo sanciona a diversas empresas ordena la incoación del procedimiento frente a ANFACO, sin que a ello obste ni las apreciaciones que la DI manifestase en otro expediente, cuyas consideraciones pueden variar como efectivamente ha acontecido, ni tampoco el informe emitido por el Consejo Gallego de la Competencia pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 1/2011 de 28 de febrero, el Consejo Gallego de la Competencia emitirá a requerimiento de la CNMC informe preceptivo no vinculante.

Cabe incluso la posibilidad de que cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la



Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas. (Art. 51.4 de la LDC).

Por tanto, si cabe la posibilidad de que la CNMC modifique la calificación de la cuestión sometida a su conocimiento respecto de la realizada por la DI en la PR, dando tramite de alegaciones a los interesados, cuanto más no podrá, en el caso de que la nueva calificación de la conducta se realice tras la incoación de un nuevo procedimiento, dado que en el anterior la conducta de ANFACO no podía valorarse.

Es por ello, por lo que la alegación que la actora realiza en este sentido deba desestimarse así como también la relativa a la inexistencia de la conducta pues dejando al margen las conductas declaradas prescritas consta que en la revista de ANFACO "Industria Conservera" nº 74, octubre 2008, se señala en su página 50 dentro de su artículo titulado "*La industria conservera reafirma su apuesta por el Mejillón de Galicia*" que "*Asimismo, el 9 de Octubre de 2008, ANFACO acordó no reanudar las compras de Mejillón de Galicia mientras no se respetase el libre mercado, y que se traduce en que los productores se acercaran a los precios que las empresas conserveras asociadas en ANFACO estaban dispuestas a pagar tras la Junta Extraordinaria celebrada ese mismo día, en la cual se decidió no retomar la actividad mientras no se garantizase la libertad de mercado, (...) por lo que está acreditado que en el seno de ANFACO se adoptaron decisiones entre empresas competidoras encaminadas a paralizar temporalmente las compras de mejillón de Galicia y forzar a los productores a llegar a un acuerdo sobre las condiciones de compra. Finalmente, el 15 de octubre ANFACO convocó una rueda de prensa conjunta con AGACOME y FARN para anunciar que habían llegado a un acuerdo entre ellos para reanudar las compras de mejillón para la industria en las condiciones comerciales anteriores a la constitución de PLADIMEGA. Lo cual sólo puede interpretarse en el sentido de que el acuerdo coordinado en el seno de ANFACO para interrumpir las compras de mejillón en un momento clave de la campaña había surtido su efecto. El Consejo considera que estas actuaciones realizadas en el seno de ANFACO, restringen la competencia, al evitar la negociación individual de cada una de sus empresas asociadas, por lo que constituyen una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC .*

OCTAVO: Y en cuanto al resto de los motivos alegados por la actora, destacar que en relación a la conducta de ANFACO en 2008, coincidimos con el Consejo de la CNMC cuando considera que el boicot en tanto que implica una coacción colectiva y un ataque a la libertad empresarial, es un acuerdo colusorio que no puede tener justificación ni siquiera en el caso hipotético de que lo que se pretenda conseguir sea neutralizar otro tipo de conductas anticompetitivas.

La decisión de interrumpir temporalmente las compras de mejillón y de reanudar su compra en determinadas condiciones influyó directamente sobre la competencia en el mercado, al acordar una posición común por el lado de la demanda de mejillón. La decisión se toma por la asociación que representa al 78% de la industria conservera de España, dato indicativo de que las empresas asociadas suman un volumen elevado de dicha demanda. La decisión se hizo pública, lo que fortaleció el acuerdo entre sus asociados y facilitó su conocimiento por los no asociados. Se trata por tanto de una conducta que en sí misma restringiría la competencia, más allá de los efectos que ocasionase.

Y aun cuando la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que la conducta en cuestión tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia el Consejo ha considerado que está acreditado que el boicot protagonizado por ANFACO tuvo efectos. El primero de ellos fue forzar a los productores a que se avinieran a aceptar determinadas condiciones que la industria pretendía y venía sosteniendo y que aquellos intentaban mejorar. Ello llevó a que el 15 de octubre de 2008, se anunciara un acuerdo entre ANFACO, AGACOME y FARN al que se incorporaron posteriormente el resto de asociaciones de productores. Es decir que las condiciones en que se compró el mejillón de Galicia por parte de toda la industria conservera se vieron afectadas, pues lo lógico es que de las condiciones obtenidas por ANFACO con su boicot se beneficiasen también las empresas no asociadas y afectaron a toda la campaña. Consta que fue seguido por el 62,5 % de sus asociados.

Sobre el contexto en el que ANFACO adoptó la conducta, el Consejo es conocedor de las circunstancias de conflicto que se daban en aquel momento, no solo por la documentación obrante en este expediente sino por la que obra en el expediente S/0107/08, pero la práctica de coordinación comercial, manifestada en un boicot, para influir en los precios de adquisición de la materia prima, es decir, la infracción de la LDC, no puede ser ni es la solución a los problemas existentes entre productores y transformadores. No se puede aceptar que la actuación de los productores situara a las conserveras asociadas a ANFACO en una situación tal que la única solución fuese infringir el artículo 1 de la LDC ,

ANFACO no ha justificado haber puesto todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. De hecho, ANFACO presentó su denuncia contra una serie de organizaciones de productores el 13 de octubre de 2008, origen del expediente S/0107/08 que se resolvió

con la imposición de sanciones a determinadas asociaciones de productores, después de acordar el cese en la compra de mejillón, cuando podía haberlo hecho con mucho antes y ver sus efectos en la actitud de los productores.

Y por lo que respecta a la alegación de que se trata de una conducta de menor importancia de las previstas en el artículo 5 de la LDC, el Consejo considera que no cabe valorar las actuaciones de coordinación comercial realizadas por ANFACO como conducta a la que le sea de aplicación el citado artículo. El artículo 5 de la LDC establece que: *"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia"*. La Ley se refiere a la capacidad o aptitud de la conducta para afectar a la competencia. En este caso, como se ha dicho reiteradamente, la práctica anticompetitiva es apta para producir un alineamiento común de gran parte de los compradores de mejillón de Galicia, los socios de ANFACO, cuya representación está en el entorno de 80% de la producción de conserva de mejillón, y, por tanto es apta para afectar de forma significativa a la competencia.

A efectos de lo establecido en el citado artículo 5 de la LDC, el artículo 1.a) del RDC establece que se consideraran de menor importancia las conductas entre empresas competidoras cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10% del mercado relevante afectado. A su vez, el artículo 2.1 b) del RDC, establece que la limitación de la producción o las ventas es una conducta excluida del concepto de menor importancia. Teniendo en cuenta la cuota de mercado de las conserveras asociadas a ANFACO y su conducta, no cabe valorar la infracción imputada en este expediente como una conducta de menor importancia de las previstas en el artículo 5 de la LDC.

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

Señala la actora que para la determinación del volumen de ventas, la CNC ha considerado que el dato del Anuario de Pesca de 2008 sobre "el valor total del mejillón gallego adquirido por la industria" se correspondía con el mejillón adquirido por la industria conservera, cuando en realidad otras industrias o conserveras como la cocedera y la congeladora también suponen una parte significativa de los 27.126.159€ de mejillón gallego adquirido por la industria en 2008.

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

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

DÉCIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas, dado el carácter parcialmente estimatorio del recurso.

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

FALLO

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EN PARTE el recurso interpuesto por la representación procesal de **ANFACO**, contra la resolución de la CNMC de fecha 22 de noviembre de 2012 a la que la demanda se contrae,



que anulamos en parte ordenándose la remisión de las actuaciones a la CNMC para que de acuerdo con los parámetros establecidos en el FJ 9 de esta sentencia, realice un nuevo cálculo de la multa. Sin costas.

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

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

En Madrid a 21/11/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ