

Id. Cendoj: 28079230062013100105
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 26/02/2013
Nº de Recurso: 299/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 299/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **AMEGROVE SOCIEDAD COOPERATIVA** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de abril de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 118.500 euros. Comparece como codemandadas ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES MEJILLONEROS DE GALICIA (OPMEGA) representada por la Procuradora Sra. Ortiz-Cañavate y ASOCIACION GALLEGA DE MEJILLONEROS (AGAME) SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA DE MEXILLONEIROS DE GALICIA (SOCOMGAL) MEJILLONERAS CONS DE UDRA S.L. y ASOCIACION DE PRODUCTORES MEJILLONEROS DE CABO DE CRUZ (AMC) representadas por el Procurador Sr. Vázquez Guillén. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 24 de junio de 2011. 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 13 de febrero 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 declarando nulo de pleno derecho el acto administrativo impugnado. Subsidiariamente se declare improcedente la imposición de sanción por no concurrir el elemento de culpabilidad necesario y por concurrir los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Con segundo grado de subsidiariedad, que la sanción impuesta sea simbólica.

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.

Las codemandadas no contestaron a la demanda.

CUARTO -. La actora y el Abogado del Estado, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 19 de febrero de 2013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

Habiendo anunciado la Ponente la formulación de voto particular a la resolución adoptada por la mayoría, se turnó la Ponencia a la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 26 de abril de 2011 en el expediente sancionador S/0107/08, Plataforma del Mejillón, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por 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 . Se declara responsable, entre otros, a la hoy actora AMEGROVE SOCIEDAD COOPERATIVA, y se le impone una sanción de multa por importe de 118.500 euros.

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

"4.4. AMEGROVE Sociedad Cooperativa Limitada (AMEGROVE)

AMEGROVE fue creada en el año 1977 como Asociación de Productores de Mejillón, y pasó, en el año 1987, a convertirse en Sociedad Cooperativa Limitada al adquirir como propiedad un Centro de Depuración (folio 2010).

Según los datos aportados a requerimiento de la Dirección de Investigación, está formada por 298 productores de mejillón concesionarios de un total de 333 bateas y, además, es titular de una depuradora de moluscos así como de participaciones en un cecedero de mejillón. En la actualidad, pertenece a AGADE y fue miembro de OPMEGA hasta el año 2005 (folios 2460 y 2701 a 2702).

La finalidad principal de AMEGROVE es facilitar a sus miembros las operaciones

relacionadas con el cultivo del mejillón y mejorar las condiciones de venta de sus producciones regulando la comercialización del mejillón (folio 2038). Según recoge el artículo 10, punto 9, de sus Estatutos, sus socios tienen la obligación de despachar la totalidad de su producción a través de la cooperativa o, en su caso, cumplir con las reglas comunes adoptadas por la cooperativa para la venta y comercialización (folio 2041)."

Respecto de OPMEGA se indica:

"4.1. OPMEGA

OPMEGA se constituyó como Organización de Productores (en adelante, OP) en el año 1986 bajo el nombre de OPMAR y pasó a recibir la denominación de OPMEGA en el año 1996 (folio 1787).

El Reglamento CE 104/2000, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura establece la figura de las Organizaciones de Productores (OP). Las OP son agrupaciones de productores de productos de la pesca y acuicultura con capacidad para organizar la comercialización de sus socios (art. 5). Las OP son reconocidas por el Estado Miembro en el que tengan su sede, a cuyo efecto deben cumplir una serie de requisitos (que se constituyan por propia iniciativa, que garanticen el ejercicio racional de la pesca y la mejora de las condiciones de venta de la producción, que reúnan a un número de productores o un volumen de producción comercializable mínimo, etc). Las OP vienen también reguladas por el Reglamento (CE) 2318/2001, de 29 de noviembre, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 104/2000 del Consejo en lo referente al reconocimiento de las organizaciones de productores y de las asociaciones de organizaciones de productores en el sector de la pesca y de la acuicultura y por el Real Decreto 724/2003, de 13 de junio, por el que se regulan las organizaciones de productores de la pesca y de la acuicultura y sus asociaciones y demás normativa de aplicación.

OPMEGA tiene entre sus objetivos garantizar el ejercicio racional de la pesca y la mejora de las condiciones de venta de la producción de sus miembros mediante la adopción de medidas que puedan contribuir a:

- favorecer la programación de la producción y su adaptación a la demanda, en cantidad y calidad, mediante la aplicación de planes de cultivo y producción,*
- promover la concentración de la oferta,*
- estabilizar los precios y*
- fomentar los medios de producción que favorezcan la extracción sostenible .*

Estas medidas vienen expresamente permitidas en el artículo 5 del Reglamento CE 104/2000, de 17 de diciembre de 1999.

OPMEGA como organización de productores realiza funciones de planificación de la producción y comercialización. Según el artículo 11 de sus Estatutos, los miembros de OPMEGA están obligados, entre otras cuestiones a comercializar toda la producción de las bateas a través de la Organización, a aplicar las normas sobre comercialización y mejora de la calidad aprobadas por OPMEGA y a someterse a las inspecciones que

OPMEGA estime oportunas para el cumplimiento de las obligaciones. OPMEGA cuenta con un gran número de miembros, lo que hace necesario la organización de sus asociados en Delegaciones (folios 1307 y 2691 a 2692).

OPMEGA ha sido una de las principales productoras de mejillón cultivado en los últimos 10 años. En 2008 contaba con 1.465 bateas, el 44 % del total (folio 2687.)"

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

Durante los años 1997 a 2008 el sector productor del mejillón en Galicia desarrolló múltiples iniciativas para coordinar sus actuaciones comerciales, tanto por medio de comunicaciones informales (fax y correo electrónico) como formales (reuniones, de cuyos acuerdos se levantaron actas) constituyendo centrales de venta y adoptando acuerdos sobre precios, categorías, tamaños y producciones.

Estas actuaciones tenían la finalidad y la lograron, de alinear las estrategias comerciales entre competidores, con la consecuencia de limitar la libertad comercial de dichos operadores económicos, y la libertad de elección de sus clientes. Así, aspectos fundamentales de la actividad comercial de los mejilloneros se organizaron de forma coordinada con la consecuencia de repartirse el mercado.

La Administración considera que estas prácticas suponen una sucesión de negociaciones y acuerdos anticompetitivos que reúnen los requisitos que permiten calificarlos como una infracción única y continuada.

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

- . No se ha cometido infracción alguna del derecho de la competencia: los acuerdos de cooperación entre la actora y los demás productores de mejillón son acuerdos de comercialización conjunta en virtud de los cuales los mejilloneros centralizan la venta de los mejillones y acuerdan detalles relativos a su comercialización, no para repartirse el mercado y fijar las condiciones comerciales del mejillón de Galicia sino para producir un mejillón de calidad.

- . Los acuerdos carecen de objeto anticompetitivo y carecen de efectos anticompetitivos.

- . De entenderse probada la cooperación, esta está amparada en el art. 101.3 TFUE y en el art. 3.1 LDC .

- . El procedimiento ha caducado debido a la extensión de forma abusiva y no proporcionada del plazo de información reservada.

- . Se ha infringido el art. 24 CE por haberse denegado a la actora pruebas necesarias para acreditar las eficiencias generadas por la cooperación.

Subsidiariamente alega que es improcedente la imposición de sanciones a AMEGROVE por contravenir los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Igualmente por no concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad y caracterizarse las conductas por su escasa sofisticación.

En segundo grado de subsidiariedad la sanción que se imponga a la actora debe ser simbólica, porque los acuerdos no han sido efectivamente aplicados y no han desplegado efectos en el mercado. Igualmente porque la Administración habría inducido la realización de las supuestas prácticas.

CUARTO- . Examinando en primer lugar las alegaciones relativas a cuestiones procedimentales, la parte considera que la información reservada se extendió durante un periodo de tiempo excesivamente largo, lo que trajo consigo la caducidad del expediente administrativo.

Del examen del expediente administrativo resulta que la denuncia de ANFACO se presentó el día 13 de octubre de 2008 y ya iniciada la información reservada se presentaron nuevos documentos por ANFACO los días 6 y 30 de marzo de 2009 realizándose inspecciones el día 12 de mayo de 2009 y acordándose la incoación del expediente sancionador el día 24 de julio de 2009.

La información reservada, en nuestro ordenamiento jurídico no está sujeta a plazo de caducidad, ni el periodo de tiempo durante el cual se lleva a cabo puede computarse a efectos de medir la duración del expediente administrativo sancionador, como estableció el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de diciembre de 2007 , examinando la cuestión en relación con un expediente de la autoridad española de Defensa de la Competencia: *"el artículo 56 LDC con claridad señala que el plazo del procedimiento ante el SDC se cuenta desde la incoación del expediente sancionador, lo que obviamente excluye del cómputo el tiempo de la información reservada"*.

En este expediente, por otra parte, no se aprecia por la Sala que la autoridad de Defensa de la Competencia haya utilizado la información reservada para una finalidad distinta a la que está prevista en la ley 30/1992 cuyo artículo 69.2 establece que *"con anterioridad al acuerdo de iniciación podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento"* . Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2007 anteriormente citada *"En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad"*.

En este caso no se aprecia por la Sala, que se haya producido esa desnaturalización de la información reservada, ni que se haya utilizado abusivamente la misma, dadas las características de la denuncia inicialmente formulada, la ampliación presentada más tarde, y llevándose a cabo averiguaciones tendentes a verificar no solo la realidad de los hechos denunciados, sino la trascendencia de los mismos para el mercado, sin que en el curso de la información reservada se practicaran actuaciones reservadas al procedimiento sancionador, por lo que debe concluirse que, como decía la STS de 26 de diciembre de 2007 citada, en este caso *"...la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior..."*.

En cuanto a la sentencia dictada por la sección 1ª de esta Sala citada por el recurrente de 17 de octubre de 2007 referida a un procedimiento sancionador de la Agencia Española de Protección de Datos, esa misma sección ha cambiado de criterio teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y así en las más recientes (sentencia de 10 de marzo de 2011, recurso 712/2009) indica: *"Por lo que respecta a*

la invocada utilización abusiva y fraudulenta de diligencias previas, si bien esta misma Sala y Sección, en la SAN de 17-10-2007 (Re 180/2006) que se menciona en la demanda consideró, a tenor del importante lapso temporal de paralización de las repetidas actuaciones previas que allí se produjo, que había habido una utilización fraudulenta de las mismas, lo que implicaba un supuesto de fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil), por pretender burlar la aplicación del art. 42.2 de la Ley 30/1992 , usando tal solicitud de información para, con ella, evitar la caducidad del expediente sancionador. Sin embargo con posterioridad, y a partir de la SAN de 19-11-2008 (Re 90.2008) y una vez acreditado por el Abogado del Estado el importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, a través de la documentación adjuntada con la contestación a la demanda, esta Sala consideró que quebraba uno de los elementos básicos para entender incardinable el supuesto en el artículo 6.4 del Código Civil ".

No se aprecia en consecuencia la alegada caducidad.

En segundo lugar la actora sostiene la violación de su derecho de defensa por la negativa de la CNC a oficiar a *"los organismos correspondientes información sobre la calidad del mejillón gallego comercializado durante años anteriores y durante la vigencia de la presunta cooperación"* La CNC denegó la prueba con fundamento: así lo reconoce la propia recurrente en el escrito de demanda que cita que *"la CNC ha denegado dicha prueba porque la considera innecesaria y porque mi representada ha cometido una supuesta falta de argumentación razonable de la influencia de la prueba en el resultado de la resolución sancionadora"*.

El examen del expediente administrativo pone de manifiesto, a juicio de esta Sala, que dicha prueba resultaba, tal y como lo entendió la CNC innecesaria, por carecer de relevancia alguna al objeto de conducir al esclarecimiento y determinación de los hechos investigados y de posibles responsabilidades en que se hubiera podido incurrir por motivo de aquellos. La prueba no podría acreditar que las supuestas eficiencias eran la consecuencia de los acuerdos antijurídicos, existiendo otro conjunto de actuaciones probatorias relativas a la calidad del mejillón antes y después de estas actuaciones.

QUINTO -. La conducta por la que se sanciona a la parte actora, la coordinación para el reparto de mercado entre los productores de mejillón de Galicia, y la fijación de condiciones comerciales como precios, cantidades y tamaños entre los años 1997 y 2008, es resumida por la CNC en estos términos:

- . Entre 1997 y 2008, el sector productor del mejillón ha desarrollado múltiples iniciativas para coordinar sus actuaciones comerciales, con distinto grado de éxito.

- . Estas iniciativas suponían la coordinación de las actuaciones comerciales de los sancionados, con la finalidad de coartar la libertad comercial de los operadores.

- . Se llevó a cabo un alineamiento de estrategias comerciales que limitaron la capacidad de los clientes para optar entre una diversidad de ofertas.

- . En resumen: tuvo lugar *" la coordinación de determinados aspectos de la actividad comercial que deberían haberse determinado de forma autónoma por parte de cada una de las empresas, en vez de sustituirse por una pauta común de comportamiento homogeneizadora de las condiciones de la oferta en el mercado cuya máxima expresión se alcanzó a través de la constitución de las distintas centrales de venta que han quedado acreditadas en el expediente"*

Se concluye que se ha cometido una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE porque ha tenido lugar una sucesión de negociaciones y acuerdos con el mismo objeto y finalidad, ambos contrarios a la libre competencia: *"la coordinación de aspectos fundamentales de la actividad comercial de las asociaciones productoras de mejillón, y tienen, por tanto, aptitud para generar los mismos efectos en el mercado afectado (...) Dichas acciones son, simplemente, instrumentos de un mismo acuerdo global entre las empresas imputadas, con un objetivo único, común y continuado en el tiempo, que no puede ser sino analizado en su conjunto"*.

La Sala comparte plenamente la apreciación que hace la Administración: la conducta no tiene que producirse con idéntica intensidad todos los días durante el tiempo en que tiene lugar para ser antijurídica. O como señala la CNC *" no puede entenderse de manera estricta: la coordinación y cooperación tienen altibajos, pueden decaer en determinados momentos, verse interrumpidas por episodios periódicos de guerras de precios, pero conservar su esencia a lo largo del tiempo."*

La tipificación como infracción continuada es conforme a derecho: se ha producido una pluralidad de acciones u omisiones, todas ellas constituyen una infracción del art. 1 LDC y 101 TFUE , aprovechando idéntica ocasión, y lo han hecho los mismos sujetos. A esta calificación no es óbice la diferencia en la participación, el que unos responsables de la infracción lo sean por actuaciones que se prolongaron más en el tiempo que las de otros, concurriendo los restantes elementos previstos en el art 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS), que señala:

"Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

La jurisprudencia comunitaria, dictada en relación con el art. 81 CE y actual 101 TFUE , ha señalado que *" Cuando las distintas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto"*.

En cuanto al poder de mercado conjunto de los operadores asociados y participantes en la actuación anticompetitiva, ha quedado acreditada: el objetivo fundamental era presentar un frente unido frente a la *"competencia"* de los productores de mejillón extranjeros, siendo el sacrificio de la competencia en el mercado del mejillón gallego el medio que se consideró necesario o idóneo para hacer frente a los mejores precios y condiciones generales de la oferta presentados por los productores extranjeros.

Finalmente, dada la configuración legal del tipo infractor tanto en el derecho nacional como en el comunitario, no es relevante para que el mismo se complete que los acuerdos hayan sido o no implementados y hayan sido o no seguidos por la totalidad o por una parte de las empresas asociadas. Como ha señalado el Tribunal Supremo lo relevante para la concurrencia del elemento objetivo de estas infracciones es la capacidad o aptitud de la conducta para producir efectos anticompetitivos, efectos que por otra parte, como establece el acuerdo impugnado, han tenido lugar, si bien con diferente intensidad y en diferentes periodos de tiempo.

SEXTO- . Se alega por la recurrente que los acuerdos firmados son acuerdos de comercialización conjunta en virtud de los cuales los mejilloneros centralizan la venta de los mejillones y acuerdan detalles relativos a su comercialización con objeto de producir un mejillón de calidad, mediante la fijación de categorías, implantando un sistema de control que favorece a los clientes y aumenta la competencia. Se trataría de conductas que serían legítimas a la luz de las Directrices de Cooperación Horizontal. Se trata de una cooperación procompetitiva necesaria para preservar la calidad del mejillón gallego.

La cuestión encuentra, siempre según la actora, su amparo en el apartado 18 de las Directrices sobre Cooperación Horizontal.

La Directrices de Cooperación Horizontal sientan los principios básicos aplicables a la evaluación de la conformidad al art. 101 TFUE de los acuerdos relativos a cooperación horizontal, es decir, entre competidores reales o potenciales, si bien se extienden expresamente a los acuerdos de cooperación horizontal entre no competidores.

La Comunicación señala que *"Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación."*

En la Introducción la Comunicación identifica claramente los acuerdos de cooperación horizontal que pueden plantear problemas de competencia: cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos.

Se trata, según la Comisión europea, de establecer un marco jurídico que permita *"una evaluación equilibrada que tenga en cuenta tanto los efectos restrictivos de la competencia como los beneficios para la misma ."*

En este caso, no solo no resulta que los expedientados compartieran riesgos y ahorraran costes, sino que de sus propias alegaciones y del expediente no resulta en modo alguno un aumento de las inversiones, pero si es ha probado que tuvieron lugar acuerdos sobre precios, producción y reparto de mercado. La finalidad alegada es producir un mejillón de más calidad pero del conjunto de las actuaciones obrantes en el expediente no resulta que esa fuera la finalidad buscada: se trata de que todos fijen el mismo precio por la misma calidad, y así en la mayoría de los documentos relativos a las reuniones habidas, no se habla de calidad sin hablar de precio: folio 1012: oposición a las subidas unilaterales de precios, oposición a la creación de una central de ventas. Folio 5441: autorización para pactar las condiciones y precios, y así sucesivamente, pues el problema principal es el precio.

Las centrales de ventas se caracterizan por la agregación de la oferta con el objetivo de conseguir en el mercado una mayor capacidad de negociación frente a intermediarios o mayoristas comerciales.

En las sucesivas actuaciones enjuiciadas, en algunos momentos la conducta se limitó a ser una central de ventas, pero mayoritariamente se excedió de esta configuración,

incluyendo el reparto de mercado de los productores incluyendo un cupo de ventas para cada integrante de manera que se comprará a cada socio una cantidad que guarda relación con las ventas previstas. Y las "ventas previstas" las fija la "central" con fundamento en las ventas históricas, en concreto, las ventas de los dos ejercicios anteriores.

No se ha sancionado a la recurrente por pertenecer a una central de ventas o a una central de compras, pues vista la evolución de la plataforma organizada puede considerarse tanto una como otra, sino por repartirse el mercado y organizar la producción de manera que se fijasen los precios sin sujeción al juego de la libre competencia.

La actuación llevada a cabo por las empresas expedientadas no tiene las características de una entidad instrumental creada con el fin exclusivo de facilitar el desarrollo de las actividades de sus socios. En primer lugar, la unión al sistema organizado y enjuiciado no fue voluntaria, lo que ya ab initio pone en entredicho que se trata de constituir una central de ventas necesaria. En segundo lugar, la central no resuelve ninguno de los problemas propios del sector, ya que al repartir el mercado en proporción a las ventas históricas no hace sino consagrar una estructura de producción que se reconoce poco competitiva y obsoleta, impidiendo cualquier reestructuración por la vía de la consagración de los cupos de ventas. En tercer lugar este reparto no está justificado por una supuesta limitación de la demanda: la alegada búsqueda de mejor calidad desaparece cuando se organiza el reparto de cuotas y un único precio del producto en cualquier circunstancia. Las propias características de un mercado en el que coexiste el mejillón fresco y el mejillón para conserva pone de manifiesto las posibilidades de competir en calidad y precio frente al mejillón importado.

En cuarto lugar, el hecho de que los precios bajasen es irrelevante, si dicha bajada fue inferior a la que hubiese tenido lugar en condiciones de libre competencia, por lo que no puede entenderse probado el alegado beneficio para los consumidores.

En cuanto a las consecuencias la resolución impugnada analiza las características de este concreto mercado, y las dificultades para que los efectos se produzcan en el mismo precisamente por sus características estructurales. Expresamente señala que *"aunque el Consejo acepta que en el presente caso no está acreditado que la conducta haya infringido un perjuicio significativo a los consumidores y usuarios no cabe considerar que tal hecho constituya una atenuante que minore el importe de la sanción"*.

SEPTIMO-. La actora considera que en todo caso los acuerdos enjuiciados están exentos por aplicación del art. 101.3 TFUE y el art. 3.1.LDC

La resolución de la CNC señala claramente que *" estamos ante acuerdos restrictivos por objeto que difícilmente pueden satisfacer los criterios del artículo 1.3 LDC . De hecho las imputadas no han conseguido constatar cuales son las eficiencias que se derivan de los mismos ni por qué la fijación de precios sería indispensable para alcanzarlas ."* Y a continuación señala un conjunto de circunstancias, en las cuales la coordinación de la comercialización del producto por las asociaciones de productores de primer nivel puede generar eficiencias. Pero concluye, y así lo considera igualmente esta Sala, que no ha sido este el caso:

- . Porque agrupan a la práctica totalidad de los productores.

- . Porque se han introducido restricciones por objeto injustificadas.

- . Porque no se ha acreditado que la finalidad fuera lograr precisamente ese listado de posibles eficiencias.

No se ha acreditado en ningún momento del expediente o de este recurso, que por la recurrente tuviera lugar la organización de sistemas para hacer frente a las paralizaciones provocadas por las mareas rojas, ni para casar la oferta y la demanda. Se ha acreditado que, por el contrario, se organizó un reparto proporcional de la extracción y se estableció una única tabla de precios, junto con un sistema de control del respeto de dichos acuerdos.

La organización de la plataforma del mejillón enjuiciada no tuvo la finalidad de mejorar la calidad del producto, sino de sostener las ventas y el precio del producto. Y si bien en principio la participación en la plataforma sería voluntaria, no pueden ignorarse las actividades que precedieron y acompañaron a la constitución de la misma, ampliamente documentadas en el expediente mediante noticias de prensa (tomo I, folios 86, 87, 88, 90, 91, 153,169 entre otros). En cuanto a la defensa de la calidad del mejillón gallego, del expediente resulta igualmente que es el Consejo Regulador el que se encarga de garantizar la calidad de este producto a través de la protección que otorga la denominación de origen. La ley dota a este Consejo de las potestades necesarias para asegurarla, y estas potestades no son reconocidas a la plataforma del mejillón y las restantes asociaciones que llevaron a cabo la conducta antijurídica enjuiciada.

A este respecto es claro el artículo 2 del Reglamento:

"1. Podrán determinarse normas comunes de comercialización, así como su ámbito de aplicación para los productos a que se refiere el artículo 1, o para grupos de estos productos; dichas normas podrán referirse, especialmente, a la clasificación en categorías de calidad, talla o peso, al embalaje y a la presentación, así como el etiquetado .

2. Cuando hayan sido adoptadas normas de comercialización, los productos a los que se apliquen no podrán ser expuestos para la venta, puestos en venta, vendidos o comercializados de cualquier forma que no se ajuste a lo dispuesto en dichas normas, sin perjuicio de disposiciones especiales que puedan establecerse para los intercambios con terceros países.

3. Las normas de comercialización y las disposiciones de su aplicación, incluidas las prescripciones especiales previstas en el apartado 2 se decidirán de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 38." (el subrayado es nuestro).

En cuanto a la planificación de la producción, el Reglamento claramente establece que tal planificación tiene sentido para favorecer un aprovechamiento óptimo de las capturas, y a tal fin se ha previsto *"la regulación preventiva de la oferta de sus miembros"* (apartado 14).

Y concretamente en el citado por la actora artículo 5 se determina:

"1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por "organización de productores" toda persona jurídica:

a) que se constituya por propia iniciativa de un grupo de productores de uno o varios de los productos contemplados en las letras a), b) o c) del artículo 1 siempre que, si se trata de productos congelados, tratados o transformados, las operaciones en cuestión se hayan efectuado a bordo de los buques pesqueros;

b) uno de cuyos objetivos sea garantizar el ejercicio racional de la pesca y la mejora de las condiciones de venta de la producción de sus miembros mediante la adopción de medidas que puedan contribuir a:

1) favorecer la programación de la producción y su adaptación a la demanda, en cantidad y en calidad, especialmente mediante la aplicación de planes de captura,

2) promover la concentración de la oferta,

3) estabilizar los precios,

4) fomentar los métodos de pesca que favorezcan la pesca sostenible;

c) cuyos estatutos obliguen en particular a los productores asociados a:

1) aplicar en materia de explotación de las pesquerías, producción y comercialización las normas adoptadas por la organización de productores,

2) aplicar, cuando el Estado miembro de que se trate haya decidido que sean organizaciones de productores las encargadas de gestionar todas o algunas de sus cuotas de captura y/o de la aplicación de las medidas de esfuerzo pesquero, las medidas adoptadas por la organización con tal fin,

3) garantizar que todo buque sea miembro, por producto o grupo de productos, de una única organización de productores,

4) dar salida, a través de la organización de productores, a toda la producción de los productos para los cuales se hayan asociado; la organización podrá decidir que la mencionada obligación no se aplique siempre que se dé salida a los productos de conformidad con normas comunes previamente establecidas por ella,

5) facilitar la información que solicite la organización de productores para determinar las medidas contempladas en la letra b) del apartado 1 a fin de cumplir obligaciones reglamentarias o con fines estadísticos,

6) abonar las contribuciones financieras previstas por los estatutos para la constitución y aprovisionamiento del fondo de intervención previsto en el apartado 3 del artículo 17 ,

7) seguir siendo miembros de la organización durante al menos tres años después de su reconocimiento y a comunicar a dicha organización su intención de renunciar a su calidad de miembros como mínimo un año antes de su renuncia;

d) cuyos estatutos contengan disposiciones relativas a:

1) las modalidades de determinación, adopción y modificación de las normas contempladas en el punto 1 de la letra c),

2) la exclusión entre sus miembros de cualquier discriminación, en particular, por razón de su nacionalidad o lugar de establecimiento,

3) la imposición a los miembros de contribuciones financieras necesarias para la financiación de la organización de productores,

4) las normas que garanticen, de forma democrática, a los productores asociados el control de su organización y de las decisiones de ésta,

5) las sanciones por incumplimiento de las obligaciones estatutarias, particularmente el impago de las contribuciones financieras, y de las normas establecidas por la organización de productores,

6) las normas relativas a la admisión de nuevos miembros,

7) las normas contables y presupuestarias necesarias para el funcionamiento de la organización y que prevean la teneduría de una contabilidad separada para las actividades objeto del reconocimiento;

e) que haya sido reconocida por el Estado miembro correspondiente en las condiciones que se establecen en el apartado 2.

2. Los Estados miembros reconocerán como organizaciones de productores en el sentido del presente Reglamento a las agrupaciones de productores que tengan su sede estatutaria en su territorio nacional, sean suficientemente activas económicamente en su territorio y que así lo soliciten, siempre que:

a) cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 y aporten, entre otros justificantes, la prueba de que reúnen a un número de productores o un volumen de producción comercializable mínimos;

b) ofrezcan suficientes garantías respecto de la ejecución, duración y eficacia de su acción;

c) tengan la capacidad jurídica necesaria en las condiciones previstas por la legislación nacional.

3. Las organizaciones de productores no deberán ocupar una posición dominante en un mercado determinado a menos que sea necesario para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 33 del Tratado.

4. Las disposiciones de aplicación del presente artículo se adoptarán con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 38."

De esta disposición únicamente dos extremos guardan relación con la cuestión estudiada: se entenderá por "organización de productores" toda persona jurídica uno de cuyos objetivos sea "2) promover la concentración de la oferta, y 3) estabilizar los precios."

Pues bien: aún si se entendiera que la plataforma del mejillón constituye una de estas organizaciones de productores, la normativa comunitaria no ampara las actuaciones enjuiciadas declaradas contrarias a la LDC y el TFUE por la CNC.

El artículo 42 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 36 TCE) establece:

"Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá autorizar la concesión de ayudas:

a) para la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales;

b) en el marco de programas de desarrollo económico."

A su vez el artículo 39 (antes 33 TCE) señala:

"1. Los objetivos de la política agrícola común serán:

a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra;

b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura;

c) estabilizar los mercados;

d) garantizar la seguridad de los abastecimientos;

e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

2. En la elaboración de la política agrícola común y de los métodos especiales que ésta pueda llevar consigo, se deberán tener en cuenta:

a) las características especiales de la actividad agrícola, que resultan de la estructura social de la agricultura y de las desigualdades estructurales y naturales entre las distintas regiones agrícolas;

b) la necesidad de efectuar gradualmente las oportunas adaptaciones;

c) el hecho de que, en los Estados miembros, la agricultura constituye un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía".

El propio Reglamento 104/2000 recuerda que las organizaciones de este sector deben tener en cuenta los objetivos del que entonces era art. 33 del Tratado.

El artículo 14 del Reglamento establece:

"No obstante lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento no 26, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no podrá aplicarse a acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de organizaciones interprofesionales reconocidas que tengan por objeto la

realización de las actividades contempladas en la letra d) del apartado 1 del artículo 13 del presente Reglamento y que, sin perjuicio de las medidas que adopten las organizaciones interprofesionales en el marco de la aplicación de disposiciones específicas de la normativa comunitaria:

a) no impliquen la obligación de practicar un precio determinado;

b) no entrañen en modo alguno una compartimentación de los mercados dentro de la Comunidad;

c) no apliquen a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) no eliminen la competencia para una parte importante de los productos en cuestión;

e) no creen otras restricciones de la competencia que no sean indispensables para lograr los objetivos de la política común de pesca perseguidos por la organización interprofesional."

Resulta que en este caso, la actividad consistió precisamente en algunas de estas actividades que el Reglamento prohíbe por ser contrarias al entonces art. 81 TCE ahora art. 101 TFUE :

a) en compartimentar los productos: según resulta del expediente y de la resolución impugnada, se organiza un mecanismo de reparto de ventas tanto para la entrega del mejillón como para las ventas al exterior. En las actas de reuniones celebradas, sirviendo a título de ejemplo a que obra en el expediente folios 378 y siguientes se reconoce expresamente que se está efectuando el seguimiento del reparto de la producción, distinguiéndose el mejillón fresco del denominado "*de fábrica*" y las cuotas de los participantes.

b) implican la obligación de practicar un precio determinado: en el expediente aparecen muchos documentos en los que se reflejan los pactos sobre precios, sirviendo a título ejemplificativo la noticia que aparece al folio 153 del expediente: "*los productores de mejillón gallegos acuerdan un precio fijo para Italia*".

c) crean restricciones de la competencia que no son indispensables para lograr los objetivos de la política común de pesca buscada por la organización. Como resulta del expediente para la mejora de la calidad del mejillón gallego el Consejo Regulador tiene las competencias normativas, y las ha ejercitado, organizando cuestiones como las mallas, las cajas, etc.

No puede entenderse, en consecuencia, que las conductas estén exentas por aplicación de lo dispuesto en el art. 101.3 TFUE , ni por el art. 3.1 LDC .

OCTAVO-. Se alega la concurrencia de los principios de amparo legal y confianza legítima por la intervención de la Administración "*de manera muy activa propiciando y auspiciando las conductas llevadas a cabo por las organizaciones de productores de mejillón*"

Esta Sala, examinado el expediente administrativo ha comprobado lo siguiente:

- En relación con la intervención de la XUNTA: no solo no conoció todos los acuerdos sino que intervino básicamente como árbitro, para poner fin a una situación de elevada tensión en el sector, que había dado lugar a incidentes graves como incendios, destrucción de mejillones etc. (ampliamente documentados en el tomo I del expediente mediante la reproducción de noticias aparecidas en los medios de comunicación).

La Administración tuvo un fundamental papel de mediador, y los aspectos no anticompetitivos de las actuaciones descritas por la CNC fueron legitimamente amparadas por la Consellería de Pesca. La realización de estudios tanto de producción como de lugares de descarga, la estructura de las organizaciones de productores, o la organización de una central de ventas no puede entenderse que amparen las conductas contrarias a la ley, y en este aspecto no existe constancia del amparo administrativo.

- En relación con la intervención del Consejo Regulador del expediente resulta la organización de cuestiones propias de su función, como los controles de calidad, la separación por tamaños o calidades, los envases etc. Así se desprende entre otros de los documentos obrantes en los folios 182, 187, 192, 196 y en materia de precios, para establecer una diferenciación en los precios según el tipo de mejillón. Y como resulta del folio 210 el Consello Regulador señaló que *"son os representantes do sector productivo e do comercial os que deben poñerlle precio o seu produto"*.

Finalmente, el Servicio de Defensa de la Competencia abrió diligencias en relación con actuaciones que tuvieron lugar con motivo de la constitución de la central de ventas, que no continuaron en un expediente sancionador. Este hecho no puede entenderse, como pretende la actora, que constituya una especie de aprobación tácita de actuaciones distintas de la constitución de la referida central ni por lo tanto, que deba entenderse como una eximente por aplicación del principio de confianza legítima. La aplicación del principio al caso de autos llevaría a excluir la culpabilidad en el comportamiento de la recurrente, quien se habría visto inducida por el proceder de la Administración a un error invencible respecto a la legalidad de su conducta. Como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 14 de febrero de 2006 entre otras) la posible aplicación del principio de confianza legítima se asienta sobre el necesario examen de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto (comportamiento de la Administración, conducta sancionada, intereses generales y particulares en juego) y que no basta su alegación en relación con cualquier acto de la Administración que haya podido generar error en el administrado para entenderlo aplicable. En el supuesto concreto examinado no se aprecia que de las descritas intervenciones de la Administración resultase un error invencible respecto de la conformidad a la ley de las conductas por las que se sanciona a la recurrente.

NOVENO -. La actora alega que es improcedente la imposición de sanciones a AMEGROVE por no concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad y caracterizarse las conductas por su escasa sofisticación. Y en segundo lugar que en todo caso debe imponerse una sanción simbólica, porque los acuerdos no han sido efectivamente aplicados y no han desplegado efectos en el mercado. Igualmente porque la Administración habría inducido la realización de las supuestas prácticas

El art. 10 de la Ley 16/1989 faculta al Consejo de la CNC para imponer a las empresas que deliberadamente o por negligencia infrinjan la prohibición del art. 1.1 de la Ley, multa de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior

a la resolución del Tribunal.

La CNC ha tenido en cuenta:

1º que los autores de la conducta son *"entes asociativos que adoptan diversas formas jurídicas: normalmente asociación sin ánimo de lucro, pero también sociedades cooperativas. Algunos, como EGROME y CONS DE UDRA, tienen sin embargo forma jurídica de sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, considera el Consejo que a efectos de la sanción debe dárseles a todos el mismo tratamiento. Lo contrario supondría sancionar siguiendo criterios de máximos diferentes en función de su naturaleza jurídica (asociación o sociedad) a entidades que realizan una actividad económica similar y han participado en la misma infracción."*

2º la representatividad de cada asociación o las características del mercado afectado no son atenuantes, sino factores a tener en cuenta para determinar el importe básico de la sanción, pues se reflejan en las cifras del volumen de negocios de cada entidad.

3º. No se consideran atenuantes ni agravantes. Específicamente no se considera, como se indicó más arriba, que sea un atenuante el hecho de que no esté acreditado *" que la conducta haya infringido un perjuicio significativo a los consumidores y usuarios"*

La Sala ha concluido que no ha existido la alegada confianza legítima, que no concurre por tanto tampoco como circunstancia atenuante, apreciándose la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción al menos a título de negligencia que no puede quedar excluida por el hecho de que abiertamente se discutiera la fijación de precios entre competidores .

Este Tribunal considera que las valoraciones recogidas por la CNC en su resolución son conformes a derecho, no apreciándose la concurrencia de circunstancias atenuantes que justifiquen la reducción de la sanción impuesta.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

DECIMO -. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes. El recurso se interpuso antes de la entrada en vigor de la reforma de la ley de esta jurisdicción operada por la ley 37/2011.

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **AMEGROVE SOCIEDAD COOPERATIVA** contra el Acuerdo dictado el día 26 de abril de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos en el extremo objeto de este recurso. 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 299/2011, CON FECHA 26 DE FEBRERO DE 2013.

Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, viene referida al carácter de la conducta enjuiciada, que, a mi juicio, no constituye una vulneración de las normas jurídicas que protegen la libre competencia. Esta afirmación la sostengo en los siguientes razonamientos:

PRIMERO : Entiendo que para una plena comprensión de los aspectos que presenta la cuestión jurídica que se nos somete, han de analizarse los siguientes aspectos: a) los hechos enjuiciados, b) la calificación jurídica de los mismos, c) normas generales de aplicación, y d) normas específicas de aplicación.

De los hechos declarados probados por la CNC, que resultan de manera incuestionable del expediente administrativo, hemos de destacar los siguientes:

1.- En cuanto a las cuestiones generales : " *Datos de producción y comercialización... España es el segundo productor mundial de mejillón, con producciones que oscilan entre las 200.000 y las 300.000 Tn/año, sólo superado por China, que cuenta con una producción aproximada de 500.000 Tn/año.*

La producción española supone la mitad de toda la producción de la UE. Después de España, Italia, Francia y Holanda son los mayores productores, con producciones individuales en torno a las 50.000 Tn/año..."

2.- Respecto de la producción en España : "*Dentro de España, el cultivo de mejillón se localiza principalmente en Galicia, que representa el 97,77% de la producción nacional.*

Las exportaciones españolas de mejillón supusieron en 2008, en volumen, 40.000 Tn (21% de la producción), representando las gallegas el 78% del total. La mayor parte de las exportaciones se realiza en fresco (mejillón vivo), principalmente a Francia e Italia, que suponen conjuntamente el 96% de las exportaciones, seguidas en importancia por Alemania y Portugal. Las importaciones de mejillón en España han llegado a alcanzar las 5.000 Tn (3% de la producción).

El sector considera que su principal competidor es el mejillón chileno. La producción de mejillón en Chile ha aumentado de manera considerable en los últimos años, alcanzando las 150.000 Tn en el año 2007, de las que más del 60% se destina a países de la UE como España, Portugal, Francia e Italia. Se trata fundamentalmente de mejillón congelado, preparado y en conserva."

3.- Sobre la estructura de la producción : "*La producción del mejillón está muy*

atomizada, llevándose a cabo por un gran número de pequeños y medianos operadores familiares titulares de la concesión (1-2 bateas de media por explotación). Estos productores se ocupan de la actividad de cultivo, transporte del producto en barco hasta el muelle, primera clasificación y embalaje para la primera venta.

A su vez estos productores se agrupan en organizaciones de diferente naturaleza jurídica: asociaciones, cooperativas y, con menor frecuencia, sociedades limitadas. Estas entidades tienen un tamaño dispar y suelen aglutinar a productores de una misma zona. Obran en el expediente actas de los órganos de gobierno de distintas asociaciones que evidencian que estas entidades se encuentran muy implicadas en la comercialización del producto.... se deduce que es frecuente que negocien los precios de venta del mejillón y los descuentos a aplicar a los productores cuando no se cumplen las normas de calidad o estándares acordados."

4.- En lo relativo a las partes : "OPMEGA se constituyó como Organización de Productores (en adelante, OP) en el año 1986 bajo el nombre de OPMAR y pasó a recibir la denominación de OPMEGA en el año 1996 (folio 1787)...."

AGAME fue constituida en 1998 por SOCOMGAL y AMC... no interviene en la venta de la producción de mejillón de sus asociados ni centraliza la misma....

Federación de Asociaciones de Mejilloneros de Arousa y Norte (FARN)... Se constituyó en el año 1996 para facilitar la defensa y planificación de las asociaciones de mejilloneros ubicadas en la Ría de Arousa y Norte (folios 1791 y 2778).... La Federación podrá realizar en común además, cualquier otro servicio de comercialización y de transformación de los productos." (folio 1794)....

AMEGROVE fue creada en el año 1977 como Asociación de Productores de Mejillón, y pasó, en el año 1987, a convertirse en Sociedad Cooperativa Limitada al adquirir como propiedad un Centro de Depuración (folio 2010)... La finalidad principal de AMEGROVE es facilitar a sus miembros las operaciones relacionadas con el cultivo del mejillón y mejorar las condiciones de venta de sus producciones regulando la comercialización del mejillón (folio 2038). Según recoge el artículo 10, punto 9, de sus Estatutos, sus socios tienen la obligación de despachar la totalidad de su producción a través de la cooperativa o, en su caso, cumplir con las reglas comunes adoptadas por la cooperativa para la venta y comercialización (folio 2041)....

Illa de Arousa es una asociación que se constituyó en el año 1977, con el objetivo principal de realizar la comercialización en común de la producción mejillonera aportada por los asociados para su venta en estado natural o transformación y la prestación de servicios a las explotaciones de sus socios (folio 1982)... San Amaro es una asociación que se constituyó, en el año 1999... .

AMC fue creada en 1977... En el Régimen Interno de la Asociación se establecen dos tipos de venta: venta libre, por la cual los compradores hacen los pedidos directamente a los productores, y venta controlada, régimen bajo el que los compradores hacen los pedidos a la Asociación, quien regula precios detallando los tamaños y tipos acordados en la Asamblea General (folio 2648)....

SOCOMGAL es una sociedad cooperativa limitada que fue constituida en 1983 y desde el año 1998 forma parte de AGAME. SOCOMGAL cuenta con 182 bateas y su objetivo principal es promover la comercialización de la producción de mejillón, la conservación, transformación y venta en común del mejillón (folios 2652 a 2653).

Egrome es una cooperativa constituida en 1990, cuyo objeto social es facilitar a sus socios las operaciones relacionadas con el cultivo del mejillón para asegurar su ejercicio racional y comercialización....

Agrupación de Mejilloneros A Boirense. La Agrupación fue constituida en 1994, y tiene como objetivos la defensa de los asociados, la relación con las Administraciones Públicas y la colaboración en el estudio y solución de los problemas de la producción, transformación y comercio del mejillón....

Cons de Udra es una sociedad limitada creada en el 2001 con el objetivo de elaborar, tratar, embalar, empaquetar, comercializar y distribuir moluscos, mariscos, pescado fresco y otros productos del mar y de la acuicultura, así como de sus derivados y el aprovechamiento de sus subproductos. Su actividad principal es la compra y venta de mejillón, sea de sus asociados o no, cuenta con 90 bateas y desde el año 2002 pertenece a AGAME (folios 2655 y 2656).

APROMAR es una asociación que fue constituida en 1996....

Amevila se constituyó como asociación en 1978....

Seixo es una asociación que fue creada en 1998... Hasta 2004 cada uno de los asociados vendía por su cuenta.

Xidoiros fue constituida en el año 2003 con las funciones establecidas en el artículo 2 de sus Estatutos, entre las que se encuentran, entre otras, defender a los asociados en sus intereses generales y específicos, colaborar en el estudio y resolución de los problemas de producción, transformación y comercialización del mejillón..."

5.- En lo referente a las conductas imputadas : 5.1) *La Confederación Central de Organizaciones de Productores de Mejillón de Galicia (CEMEGA) se constituyó en el mes de diciembre de 1996 y empezó a funcionar como **central de ventas** en febrero de 1997, con el objetivo de organizar la puesta en el mercado del mejillón... CEMEGA estaba constituida por las tres asociaciones de productores más importantes del momento: OPMEGA, FARN y la Confederación Sur, que aglutinaban, en su conjunto, aproximadamente 2.600 bateas (folios 249 y 5389).... CEMEGA funcionaba de forma diferente según el mejillón estuviera destinado a su venta en fresco o a la industria transformadora.*

a) Mejillón para fresco:

Para el mejillón de fresco, CEMEGA centralizaba la recepción de los pedidos y los repartía entre sus asociados según unos porcentajes preacordados en función del número de bateas/existencias de cada organización.

Asimismo, CEMEGA establecía unos precios comunes para las distintas categorías de mejillón fresco, que según FARN no eran vinculantes sino únicamente recomendados.

Finalmente, existían también mecanismos de control de las ventas de los socios centralizados por CEMEGA.

b) Mejillón para industria:

En cuanto al mejillón para industria, CEMEGA no centralizaba la recepción ni el reparto de los pedidos, pero sí establecía tablas de precios y negociaba conjuntamente las condiciones comerciales marco con la industria... Por otro lado, consta en el expediente una descripción del proceso de negociación entre ANFACO y CEMEGA, a lo largo de 1997, para la fijación de las condiciones comerciales "marco" iniciales para el mejillón de industria y sus posteriores revisiones, a través de las actas de las reuniones de la Comisión del Mejillón de ANFACO durante el periodo de vigencia de CEMEGA (folios 5383 a 5406). En ellas se alude a las negociaciones sobre la tabla de precios de industria y sobre otras condiciones comerciales, como el establecimiento de avales para garantizar los pagos de la industria conservera a los extractores o los periodos de pago.... El hecho de que CEMEGA no canalizara las ventas del mejillón para industria suponía un motivo de controversia entre sus miembros, dado que el porcentaje de mejillón producido para su venta en fresco era muy inferior al destinado a la industria de transformación: alrededor de un 70% de la producción se destinaba a la transformación, y sólo un 30% a la venta en fresco (folios 1080 y 1081).

OPMEGA era partidaria de que CEMEGA centralizara también las ventas para industria, pero no así FARN y la Confederación Sur (actas de la Ejecutiva de OPMEGA del año 2000, folios 878 vta, 882, 883, 885, 886 y 888vta).

A lo largo del año 2000, los socios de CEMEGA negociaron centralizar las ventas del mejillón de industria. Hay constancia de estas negociaciones en las actas de la Ejecutiva de OPMEGA de 3, 11 y 30 de marzo, 7 y 26 de abril, 11 de julio y 18 de agosto de 2000 (folios 882, 883, 885, 886, 888vta, 889, 891, 891vta, 893 y 894).

CEMEGA no sólo se centró en la comercialización de los pedidos de mejillón de sus socios, sino que también actuó para tratar de regular la comercialización de los productores ajenos a ella .

5.2) *Entre 1997 y 2000, ANFACO negoció con CEMEGA las condiciones comerciales "marco" para el mejillón de industria, incluyendo las tablas de precios para industria y otras condiciones comerciales, como la constitución de avales para los pagos de los conserveros a CEMEGA (CEMEGA abogaba por la constitución de avales para garantizar el pago, pero ANFACO se negó a aceptarlos como condición "marco") y los plazos para el pago a CEMEGA (CEMEGA quería que los plazos de pago se redujeran a 45 días, ANFACO sólo aceptaba a 90 días) (actas de las reuniones de la Comisión de ANFACO del periodo 1997- 2001, folios 5383 a 5414, 5421, 5422, 5424 y 5425) .*

5.3) *CEMEGA se disolvió finalmente en el mes de agosto de 2000, quedando el proceso de liquidación aún por concretar (folios 746 a 748 y 6758) .*

5.4) *El Consejo Regulador inició sus actividades el 1 de octubre de 1994, comenzándose a comercializar mejillón en el mercado bajo la marca "Mejillón de Galicia" el 1 de octubre de 1996 .*

5.5) *Tras la disolución de CEMEGA, el Consejo Regulador expresó como uno de sus retos del futuro la creación de una nueva **central de ventas** que contara con el apoyo de todo el sector (folio 3856). El Consejo Regulador reforzó su papel como mediador entre las asociaciones de productores tras la aprobación del Reglamento de la DOPM. Así, en una carta dirigida a AGAME, OPMEGA, FARN y la Confederación Sur el 22 de enero de 2001, el Consejo Regulador insta a estas entidades a adoptar unas condiciones comunes (precios y calidades) para la comercialización del mejillón... Tras diversas reuniones en que se acordaron precios y calidades El lanzamiento comercial*

del mejillón amparado por la DOPM se produjo el 16 de noviembre de 2001. En dicho sistema participaron OPMEGA, FARN y AMC, y abarcaba condiciones comunes de comercialización para el mejillón de fresco.

Tras el lanzamiento, se mantuvieron reuniones de seguimiento, en las cuales se continuó debatiendo los precios (OPMEGA decidió no aplicarlos, según el acta de su Asamblea Extraordinaria celebrada el 17 de noviembre, folios 901 y 902) y las categorías comerciales del mejillón amparado. Se establece un sistema de control.

5.6) *En enero de 2002, OPMEGA alcanzó un acuerdo con las depuradoras para vender su producto según dos calidades: normal y especial, en lugar de bajo las cuatro acordadas en la DOPM.... FARN y AMC no se sumaron al pacto suscrito entre OPMEGA y AGADE, y continuaron vendiendo al precio y bajo las calidades pactadas bajo la DOPM según se recoge en el acta de la Asamblea General Extraordinaria de AMC de 17 de enero de 2002....*

5.7) *Tras el hundimiento del Prestige, se produjo el cierre de los caladeros hasta febrero de 2003.*

5.8) *A principios de 2004, OPMEGA decidió incrementar sus precios de venta para industria y rebajar los precios de venta a las depuradoras... Como reacción a la subida de precios de OPMEGA del mejillón para industria en enero de 2004, ANFACO acordó no comprar mejillón a OPMEGA.*

5.9) *Tras la adopción del acuerdo, las asociaciones mantuvieron reuniones de seguimiento de los precios y las ventas de cada asociación... Tras la decisión de OPMEGA de volver a sus precios de principios de enero, ANFACO negoció en nombre de los conserveros los precios con OPMEGA, FARN y AGAME.... Hay evidencia de que las empresas conserveras delegaron completamente la negociación en ANFACO.*

5.10) *Estas negociaciones se plasmaron en un acuerdo de precio mínimo para la venta de mejillón a Italia, que entró en vigor el 25 de octubre de 2004, según consta en las actas de las Asambleas Generales Extraordinarias de AMC de 25 de octubre y 5 de noviembre de 2004... El 13 de enero de 2005, tanto OPMEGA como FARN decidieron bajar los precios de venta a Europa a 0,50 €/kg. (folio 909 vta).*

5.11) *A principios del año 2006 se iniciaron negociaciones entre asociaciones de productores para crear una **central de ventas**, según recogió la prensa... La central de ventas se puso en funcionamiento el 16 de mayo de 2006, y se estrenó subiendo los precios del mejillón para fresco... De acuerdo con el borrador del sistema de funcionamiento de la **central de ventas** de 19 de abril de 2006, los socios estaban obligados a canalizar todas sus ventas de mejillón fresco a través de la central ("Los compradores de mejillón deben realizar sus pedidos a LA CENTRAL, ni las Organizaciones, ni las asociaciones ni productores independientes podrán aceptar pedidos directamente de clientes", folio 4831). Antes de comenzar a funcionar la central, los socios unificaron sus respectivas categorías de mejillón fresco y los precios de cada categoría (acta de AMEGROVE de 17 de abril de 2006, folio 4884 vta.). La central recibía los pedidos y los repartía entre sus socios según unos porcentajes previamente acordados, en función del número de bateas de cada organización (folio 4832). La central contaba también con una página web a la que cada miembro podía conectarse para actualizar los datos relativos a la central (folios 767 a 772). En el mes de julio de 2006, la central de ventas llegó a un acuerdo de precios mínimos de fresco con las asociaciones de productores AMC, SOCOMGAL, Cons de Udra e Illa de Arousa...*

No se tiene constancia de la fecha exacta en la que dejó de estar operativa la **central de ventas**. La central estaba funcionando todavía en el mes de diciembre de 2006, cuando decidió disminuir los precios para el mejillón europeo, según recoge la prensa.

5.12) En el expediente obra evidencia de la celebración de varias reuniones entre las asociaciones productoras desde finales del año 2007 para constituir una central de ventas y subir los precios... Las negociaciones se plasmaron en la creación de la Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia (PLADIMEGA) a finales de julio de 2008, según recoge el Acta de la Asamblea General Extraordinaria de AMC de 4 de agosto de 2008: "Comienza el presidente informando sobre las últimas reuniones con el resto del sector y en la que una amplia mayoría de organizaciones decidieron crear una plataforma para la distribución del Mejillón de Galicia (Pladimega)" (folio 4087).

Si bien PLADIMEGA empezó a funcionar como **central de ventas** en agosto de 2008, no se constituiría oficialmente hasta mediados de octubre de 2008, con la presentación ante notario del acta de constitución, certificaciones de cada una de las Juntas Directivas de las asociaciones que adoptaron la decisión de formar parte de PLADIMEGA y Estatutos de PLADIMEGA (folios 274 a 277 y 280 a 303). Según el acta de constitución de PLADIMEGA, los miembros fundadores fueron: OPMEGA, AMC, A Boirense, Illa de Arousa, AMEGROVE, SOCOMGAL, AMEVILA y SAN AMARO (folios 274 a 277). Posteriormente, se incorporaron a PLADIMEGA las siguientes entidades: SEIXO (folio 351), APROMAR (folio 352), XIDOIROS (folio 357), EGROME y CONS DE UDRA (folio 448). Los miembros de PLADIMEGA aglutinaban aproximadamente el 80% de las bateas gallegas. La dirección y administración de PLADIMEGA, según recoge el artículo 8 de sus Estatutos, estaba ejercida por un Presidente, una Junta Directiva y una Asamblea General (folios 295 a 303). El Presidente era el encargado de ejecutar los cuerdos adoptados por los órganos directivos, presidiendo las sesiones de cada uno de ellos. La Junta Directiva estaba constituida por el Presidente y por representantes de AMC, OPMEGA, AMEGROVE y SOCOMGAL (folios 272 a 73). La Asamblea General estaba formada por todos los miembros de PLADIMEGA. En el marco de PLADIMEGA se alcanzaron acuerdos relativos a la comercialización del mejillón, se establecieron cupos de producción y se fijaron precios de venta. Además, existía un constante trasvase de información entre sus miembros para verificar el grado de cumplimiento de los acuerdos (folios 259 a 260).

5.13) El 21 de septiembre de 2008, se adoptó un acuerdo entre FARN y PLADIMEGA, con la mediación de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos, que contenía los siguientes puntos (folios 1500 a 1502):

- Establecimiento de una estructura de organización de la producción de mejillón, fijándose porcentajes de reparto de la producción entre PLADIMEGA y FARN en función del número de bateas.

- Constitución de una Mesa de Producción, integrada por FARN, PLADIMEGA y un representante de la Consellería de Pesca y Asuntos Marítimos, encargada de velar por el cumplimiento del acuerdo relativo a la estructura de la organización de producción y de compensar, en su caso, los porcentajes de desviación del mismo.

- Adopción de un sistema de control de producción en los puertos autorizados.

- Reanudación de la extracción y descarga de mejillón, realizándose compensaciones a ambas partes en concepto del mejillón en fábrica (a favor de FARN) y del mejillón en fresco (a favor de PLADIMEGA).

- *Compromisos por parte de la Consellería de Pesca y Asuntos Marítimos relativos a la realización de un estudio de producción y la designación de los puertos autorizados para la descarga de mejillón .*

6.- Sobre los precios : *Durante el periodo analizado, salvo en los años en que la producción se vio afectado por el desastre del Prestige (temporada 2002-2003) los precios han seguido una evolución descendente... Como señala la Dirección de Investigación en el PCH, la tendencia descendente de los precios del mejillón en origen ha venido más condicionada por los precios de fresco que por los precios de industria. Así, los precios de fresco han seguido una evolución decreciente en todos los años desde 2003, mientras que los precios de industria se han mantenido estables o han evolucionado de manera positiva en todos los años, salvo en 2008... Los datos correspondientes a 2009 recogidos en el Anuario de Pesca de la Xunta confirman esta tendencia con una nueva bajada del precio del fresco y el mantenimiento del precio del mejillón para la industria, de manera que el precio de ambos se habría prácticamente igualado. Esta evolución es consistente con el aumento de la producción dedicada a la comercialización en fresco y con el aumento del volumen de exportaciones.*

Estos hechos constituyen, según la CNC, una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 y 101 del TFUE consistente en la fijación de condiciones comerciales, precios, cantidades y tamaños del mejillón, y el reparto de mercado para la venta de mejillón gallego a lo largo del período 1997-2008.

Entiendo que los hechos antes descritos deben dividirse en tres grupos, el primero el relativo a hechos encaminados a establecer una central de ventas - que en algunos casos opera también como central de compras, si bien los hechos imputados se refieren a la vertiente de la venta -. Estos hechos integran las conversaciones previas al establecimiento de la central, que incluye intercambio de información; el establecimiento de la central, que incluye la fijación de precios de venta del producto, atribución de cuotas a los partícipes, así como otras condiciones comerciales; y el desarrollo de la actividad de la central que incluye la obligación de los partícipes de comercializar los productos a través de la central y las operaciones de control y seguimiento.

El segundo grupo de hechos, comprende aquellas actuaciones encaminadas a establecer la calidad del mejillón, así como el precio mínimo; en la mayoría de los casos, con intervención del Consejo Regulador.

El tercer grupo viene referido a los acuerdos relativos a la producción, y se adoptan con intervención de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos.

Por último, antes de entrar en el examen de la calificación de los hechos expuestos, hemos de señalar que queda al margen del presente recurso los actos relativos a boicot, presiones y conflictos, que no han sido objeto de la Resolución impugnada, sin perjuicio de la responsabilidad que de los mismos haya podido derivar, y que excede de la jurisdicción de esta Sala.

SEGUNDO : Entraremos en el examen de los hechos que integran el primer grupo, los relativos a la constitución y funcionamiento de la central de ventas.

Las centrales de ventas responden al principio de cooperación entre empresarios y pertenecen a una tipología empresarial que la doctrina científica ha venido en

denominar empresa conjunta o joint venture, basada en un acuerdo comercial, sin necesidad de constituir una entidad separada, y caracterizada por una alianza estratégica o comercial. Siendo una figura importada del Derecho de USA y UK, ha sido recibida en Derecho Europeo. En nuestro país la figura se ha construido con la aportación de la doctrina científica sobre contrato de cuentas en participación (Fernández de la Gándara, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullina, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Rams Albesa, Gual Dalmau, Vicent Chuliá, entre otros).

Podemos afirmar que los elementos esenciales de todos los tipos de joint venture son, 1) la participación de dos o más empresas, 2) una empresa común, y 3) control conjunto de esta última.

Las empresas participantes pueden ser personas físicas o jurídicas, que realizan una actividad económica o empresarial independiente.

La empresa común puede encontrarse estructurada en una forma jurídica, cualquier forma societaria, o no revestir forma jurídica alguna ni entidad económica alguna separada, en este último caso sólo es necesario que las empresas participantes colaboren al fin propuesto sobre una base de un acuerdo obligacional - típico o atípico -.

Las empresas participantes han de ejercer el control sobre las funciones desarrolladas por la alianza.

Pasaremos a examinar el tratamiento de esta figura económica en Derecho Europeo.

Ya en la Decisión de la Comisión Henkel/Colgate de 23 de diciembre de 1971, la perspectiva desde la que se abordó la alianza estratégica de empresas partía de la figura de la Empresa en Participación - sobre esta figura se recibió en Europa el joint venture del Derecho anglosajón -, que se mantiene en Decisiones y Comunicaciones posteriores.

Así en la Comunicación 90/c 203/06, y analizando el artículo 3 del Reglamento (CEE) n° 4064/89, la Comisión examina la figura de la concentración afirmando que *"este término sólo se aplica a las operaciones que impliquen una modificación permanente de las estructuras de las empresas participantes. En cambio, el Reglamento no se aplica a las operaciones que sólo tengan por objeto o efecto coordinar las actividades competitivas de empresas que sigan siendo independientes entre sí. Las operaciones de este tipo son de carácter cooperativo y, en consecuencia, deberán evaluarse con arreglo a las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 17, o de los Reglamentos (CEE) n°s 1017/68 (3), 4056/86 o 3975/87 (5). Lo mismo sucederá con operaciones en las que se dé a la vez un cambio estructural permanente y una coordinación de su actuación competitiva, si ambos factores son inseparables."*

Al analizar las empresas en participación, la Comisión parte de un sistema estructurado de alianza estratégica o comercial y reconoce el elemento de control como esencial a la figura, así, podemos leer en la citada Comunicación: *"El párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento habla de dos tipos de empresa en participación aquellas que tienen por objeto o efecto coordinar las actividades competitivas de empresas que conservan su independencia («empresas en participación de cooperación») y las que llevan a cabo de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma y no dan lugar a una coordinación mutua o entre ellas y la empresa en participación («empresas en participación que*

suponen una concentración»). Las últimas constituyen concentraciones en sentido estricto y están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento... Una EP debe ser una empresa, esto es, una organización de recursos humanos y materiales que persigue un objetivo a largo plazo. Control por otras empresas".

Respecto de las normas sobre concentración la citada Comunicación afirma: *"Para que una EP sea considerada concentración, deberá cumplir todos los requisitos previstos en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3, que establece un requisito positivo y otro negativo:*

Requisito positivo: la EP ha de desempeñar de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. Para cumplir este requisito, la EP ha de actuar en el mercado como proveedor o comprador independiente...

Requisito negativo: falta de coordinación de la actuación competitiva

Una EP, sin perjuicio de lo dispuesto en el primer apartado de la presente Comunicación, sólo podrá ser considerada una concentración, con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3, si su objeto o efecto no supone la coordinación competitiva de empresas que continúan siendo independientes entre sí."

En esta Comunicación por tanto, se parte de la existencia de una estructura, y se analiza la posibilidad de someter dicha estructuración a las normas sobre concentración.

La Comunicación 93/c 43/02, continúa en la perspectiva de la existencia de una estructura en la cooperación empresarial, definiendo la empresa en participación como una forma particular e institucionalizada de cooperación entre empresas, en cualquier actividad económica, incluyendo la distribución.

La Comunicación 94/c 385/01, tiene igualmente por objeto la interpretación del Reglamento (CEE) n° 4064/89, y sustituye a la del año 90 antes citada. También esta Comunicación parte del concepto de Empresa en Participación, caracterizada por estar controlada en común por dos o más empresas, y por abarcar una amplia gama de operaciones, desde concentraciones hasta aspectos concretos, como I D, producción o distribución.

También la Comunicación c 66 de 2 de marzo de 1998, relativa al concepto de empresa en participación, parte de la articulación estructural de la cooperación entre empresas. Se afirma en dicha Comunicación: *"La presente Comunicación sustituye a la Comunicación sobre la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo. Las modificaciones introducidas en la presente Comunicación son fruto tanto de las modificaciones del Reglamento sobre concentraciones como de la experiencia adquirida por la Comisión en la aplicación del Reglamento desde su entrada en vigor, el 21 de septiembre de 1990"*

Se admite la figura de la cooperación empresarial al margen de la concentración, pero siempre desde la perspectiva de una estructura de la alianza estratégica o comercial entre empresas.

Esta perspectiva de la estructura en la cooperación empresarial, se abandona en la Decisión de la Comisión de 11 de agosto de 1999 KLM/Alitalia.

Pero es en la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal Texto pertinente a efectos del EEE (Diario Oficial n° C 011 de 14/01/2011 p. 0001 - 0072), donde el análisis de las figuras de cooperación horizontal aparece desconectada de una estructura empresarial.

Podemos concluir que en la evolución del concepto de joint venture en la recepción realizada por la Comisión, se parte de la necesidad de una estructura previa para finalmente admitir la figura basada en la sola alianza estratégica o comercial.

A los efectos de los hechos que analizamos, y toda vez que, en cuanto a los que hemos englobado en el primer grupo, aparecen figuras asociativas en la constitución de la central de ventas, estas responden a una cooperación estructural admitida, como hemos visto, por la Comisión. Pero que esta estructura exista o no, es irrelevante para analizar la naturaleza jurídica de la central de ventas, porque como hemos visto, la estructura no aparece como requisito en reciente elaboración del concepto por la Comisión.

TERCERO : Veamos ahora el tratamiento que la Comisión da a la cooperación entre empresas competidoras a la luz de las normas de protección de la libre competencia.

Como antecedente, un amplio planteamiento de la cuestión se contiene en la Comunicación 93/c 43/02, que trata diversas tipologías de cooperación entre competidores. En lo que ahora interesa, señala en su apartado 38, *"Las EP de venta de productos de fabricantes competidores reduce la competencia entre los fundadores en tanto que vendedores, y limitan las posibilidades de elección de los fundadores. Son carteles horizontales, que, en principio, quedan dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, cuando afectan al mercado de forma sensible"*.

En el apartado 42 se afirma, *"Las EP entre competidores, a las que normalmente procede aplicar la prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas, también deben ser objeto de un análisis para determinar si, en las circunstancias concretas de cada caso, tienen por objeto o por efecto, impedir, restringir o falsear la competencia. No ocurre así cuando la cooperación en el marco de la EP puede considerarse, de forma objetiva, como la única posibilidad que tienen los fundadores de penetrar en un mercado o de mantenerse en el mercado actual, con tal que su presencia refuerce la competencia o impida su debilitamiento. Si se cumplen tales condiciones, la EP no restringe la competencia real ni impide ninguna competencia potencial, Consecuentemente, no será aplicable la prohibición del apartado 1 del artículo 85"*.

Por último en el apartado 60, podemos leer : *"Las EP de ventas forman parte de los carteles horizontales clásicos. En general tienen por objeto o por efecto la armonización de la oferta de productores competidores. No sólo eliminan la competencia de precios entre los fundadores sino que, mediante un sistema de reparto de pedidos, también limitan las cantidades suministradas. Por esta razón, la Comisión se inclina en principio a valorar negativamente las EP de venta. Por el contrario la Comisión se muestra favorable en aquellos casos en que la distribución en común de los productos contractuales forma parte de un proyecto global de cooperación para cuyo éxito resulta indispensable y que merece un trata favorable en virtud del apartado 3 del artículo 85..."*

Pues bien, ya en la Comunicación de 1993, que hemos examinado como antecedente, se perfila el concepto de central de venta - EP de ventas en la terminología de la

Comisión -, como a) un cártel horizontal clásico, b) armoniza la oferta de productores competidores, c) eliminan la competencia de precios, y d) limitan las cantidades suministradas mediante un sistema de reparto de pedidos; por ello, los elementos que la mayoría considera que determinan un exceso de la figura de central de ventas, son precisamente los elementos naturales que para la Comisión delimitan la figura. Fijación de precios y reparto de pedidos entre los productores fundadores de la EP de ventas, son elementos que normalmente aparecen o pueden aparecer para que esta exista y pueda cumplir su finalidad económica, que no es otra que la distribución de los productos en el mercado.

El análisis de la evolución de la doctrina elaborada por la Comisión nos ha llevado a la afirmación de que los hechos enjuiciados han de ser calificados como una alianza estratégica o comercial, o joint venture o empresa en participación de distribución. Realizada la exposición de los hechos y la calificación de los mismos, hemos de analizar las normas generales sobre competencia que son de aplicación, y para ello hemos de examinar la posición de la Comisión reflejada en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Se contienen en la Comunicación de la Comisión, Diario Oficial nº C 011 de 14/01/2011 p. 0001 - 0072:

Objeto : *"Las presentes Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación de conformidad con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [*] (denominado en lo sucesivo el " artículo 101") de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (denominados en lo sucesivo colectivamente "los acuerdos") relativos a la cooperación horizontal."* -El artículo 101 es idéntico al 81 del TCEE , y por ello la posición que examinaremos es aplicable al supuesto que enjuiciamos -.

Sujetos : *"Una cooperación tiene "naturaleza horizontal" cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales."*

Fundamento : *"Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación."*

Competencia : *"Por otra parte, los acuerdos de cooperación horizontal pueden plantear problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos."*

La Comisión admite las ventajas de la cooperación horizontal, pero es consciente igualmente de los problemas competenciales que plantea, y por ello las Directrices persiguen ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales, basado fundamentalmente en criterios jurídicos y económicos que ayudan a analizar los acuerdos de cooperación horizontal y su contexto.

Los tipos contemplados son acuerdos de investigación y desarrollo, los acuerdos de

producción, incluidos los de subcontratación y especialización, los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, los acuerdos de estandarización, incluidos los contratos estándar, y el intercambio de información. De tal tipología nos interesan exclusivamente los acuerdos de comercialización de que se trata en el apartado 6.

Definición : *Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos.*

Contenido : *Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio.*

Ámbito : *Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo la producción o la compra conjuntas .*

Evaluación : *230. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras. Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización.*

231. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar la limitación de la producción, puesto que las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá en el mercado, restringiendo así la oferta....

233. Finalmente, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información estratégica relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes -en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios - lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

Restricciones por objeto : *234. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos que se limitan a la venta conjunta suelen tener el objeto de coordinar la política de fijación de precios de fabricantes o prestadores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos tengan por objeto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.*

Poder de mercado : *240. Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.*

241. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 15 %, no estará amparado por la salvaguardia regulatoria del punto 240 y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta.

El artículo 101.3 del TFUE establece - en forma idéntica al anterior 81:

"3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

Al analizar la incidencia de la conducta en relación a este precepto, la Comisión afirma:

Mejoras de eficiencia : 246. *Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias considerables, derivadas de las economías de escala o de alcance, especialmente para los productores más pequeños.*

Carácter indispensable : 249. *Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para aquellos acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.*

Beneficio para los consumidores : 250. *Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. Esto puede consistir en menores precios o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.*

Recuerda igualmente la Comisión, que tales prácticas están exentas cuando sea necesario para acceder a un mercado, y aún con una cuota de mercado mayor del 15% cuando ello sea imprescindible para acceder a dicho mercado.

Como elementos generales para la evaluación, la Comisión cita los siguientes:

1.- *El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares.*

2.- *En ciertos casos, las autoridades públicas incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación. No obstante, las empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva [22]. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101 [23]. Únicamente deja de aplicarse el artículo 101 cuando la legislación nacional requiere conducta anticompetitiva de las empresas o si con posterioridad establece un marco legal que excluye toda conducta competitiva de las empresas [24]. En tal situación, la restricción de la competencia no es atribuible, como requiere tácitamente el artículo 101, a la conducta autónoma de las empresas y éstas están amparadas frente a las consecuencias de una infracción de dicho artículo o si las autoridades públicas ejercen una presión irresistible sobre ellas para que lo hagan [25]. Cada asunto debe evaluarse en su contexto fáctico según los principios generales establecidos en las presentes Directivas.*

3.- *Restricciones de la competencia por el objeto: 24. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1 [27]. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado [28]. 25. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis [29]. Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto .*

4.- *Por lo tanto, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que, con arreglo a factores objetivos, no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, debido, por ejemplo, a las limitadas capacidades técnicas de las partes, no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos graves [31].*

5.- *Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia.*

6.- *La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se*

supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:

- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;

- las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;

- debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo, a efectos de las presentes Directrices, el concepto de "consumidores" abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo [37]; y que

- el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Analizaremos ahora las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado a la vista de los criterios expuestos.

CUARTO : Los criterios señalados por la Comisión, en lo que ahora interesa, pueden sintetizarse: 1.- necesidad de constituir la central de ventas para introducir o mantener los productos en el mercado así como las restricciones impuestas, 2.- poder de mercado, y 3.- beneficio para los consumidores.

1 .- Necesidad de constituir la central de ventas . La CNC declara en lo hechos probados

: "De acuerdo con el Consejo Regulador del Mejillón de Galicia, el sector mejillonero gallego cuenta con algo más de 3.300 bateas (3.337 bateas en 2007 según datos de la Consejería del Mar de la Xunta de Galicia) y genera un volumen de facturación anual que oscila entre los 120 y 150 millones de euros en la primera venta."

"La producción del mejillón está muy atomizada, llevándose a cabo por un gran número de pequeños y medianos operadores familiares titulares de la concesión (1-2 bateas de media por explotación). Estos productores se ocupan de la actividad de cultivo, transporte del producto en barco hasta el muelle, primera clasificación y embalaje para la primera venta."

Dada la estructura de producción, muy atomizada y compuesta fundamentalmente de empresas de carácter familiar, los productores se insertan en asociaciones, que son, a su vez las que crean las dos centrales de venta que examinamos. Esta estructura en la oferta, lleva razonablemente a afirmar, que los productores individualmente no podrían introducirse o mantenerse en el mercado español del mejillón - natural e industrial -, sin agruparse, para su distribución, en una central de ventas; menos aún podrían dedicarse a la actividad de exportación sin dicha alianza comercial en que la central de ventas consiste.

El acuerdo en los precios, cuota de cada productor y demás condiciones comerciales,

aparecen como restricciones necesarias para la venta de un producto idéntico - pues la calidad del mejillón comercializado viene previamente establecido como consecuencia del ejercicio de las facultades de OPMEGA reconocidas por el Reglamento CEE y Real Decreto 724/2003 -. Por lo tanto el precio de venta de productos idénticos y comercializados por una misma entidad, ha de ser necesariamente idéntico, como también han de serlo las restantes condiciones comerciales. También aparece imprescindible ante la homologación del producto, la atribución de cuotas para a los productores dependiendo de la demanda.

2 .- Poder de mercado . Es evidente que las centrales de ventas concentran un porcentaje altísimo de la producción gallega. CEMEGA gestiona la venta de la producción de 2.600 bateas sobre, aproximadamente, 3.300 bateas - 3.337 en 2007 - en Galicia. PLADIMEGA concentra el 80% de las bateas gallegas. Ahora bien, tratándose de una central de ventas, el poder de mercado ha de ponerse en relación con el ámbito geográfico y de producto respecto del que la venta se realiza.

Desde esta perspectiva, y el mercado español, de una parte, existe una importante competencia del mejillón chileno, como declara la CNC, de otra, el sector conservero adquiere en algunos casos mejillón de origen distinto al gallego, por ello el mercado geográfico no puede venir reducido a Galicia. En cuanto a la sustituibilidad del producto, resulta de la resolución impugnada que lo es del mejillón Chileno y que existe la sustituibilidad en la adquisición por las conserveras.

Esta sustituibilidad se pone claramente de manifiesto en la actuación de ANFACO - asociación de la industria que comercializa el mejillón en conserva -, en cuanto en 1997 se negó a comprar a CEMEGA como consecuencia de la subida de precios.

En el mercado de la exportación no puede reconocerse un poder de mercado a las centrales de venta suficiente para limitar o falsear la libre competencia, porque en él compite con otros productores y distribuidores con altísimo poder de mercado - *según datos de la Food and Agriculture Organization (FAO), las principales zonas de producción de mejillón de cultivo son Asia, los países de la UE y Nueva Zelanda* -.

El poder de mercado de las centrales de venta no es suficiente para restringir, eliminar o falsear la libre competencia.

3 .- Beneficio para los consumidores . Al margen de que las centrales de ventas hacen posible que acceda al mercado productos de productores familiares que, de no existir, tendrían una muy difícil, por no decir imposible, comercialización fuera de los mercados locales; lo cierto es que se ha acreditado que se produce una bajada de precios. Esta bajada de precios lo es fundamentalmente del mejillón fresco, el más ampliamente comercializado, si bien el industrial ha mantenido estable el precio o ha repuntado levemente. La subida de precios ocurre durante los años que se sintieron los efectos del desastre del Prestige - y precisamente por la cesación de la producción -, acontecimiento absolutamente ajena a la existencia de centrales de ventas.

Para concluir, hemos de recordar las afirmaciones del Tribunal General en su sentencia de 24 de mayo de 2012, en el asunto T- 111/08, respecto de las restricciones accesorias:

"77 El concepto de restricción accesoria cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto (sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión, T 112/99, Rec. p. 11

2459, apartado 104).

78 Por restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal hay que entender toda restricción subordinada en importancia a la realización de dicha operación y que implique un vínculo evidente con ésta última (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartado 105).

79 Por su parte, la condición relativa al carácter necesario de una restricción implica el examen de dos extremos. Por una parte, se debe analizar si la restricción es objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y, por otra, si es proporcionada a tal efecto (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 supra, apartado 106)."

Las restricciones competenciales respecto del precio y cuota de cada productor y uniformidad de condiciones comerciales, están directamente vinculadas a la operación principal, que es la venta conjunta. Estas restricciones son objetivamente necesarias a la operación principal - venta conjunta del producto -, y son proporcionadas, al no alcanzar más que los acuerdos estrictamente vinculados a la venta del producto.

Hemos de concluir que las conductas encaminadas a negociar, constituir y funcionar las centrales de ventas se encuentran amparadas por la exención del artículo 101 del TFUE - antes artículo 81 del TCEE -, y por lo tanto son ajustadas a Derecho. No sólo no puede imponerse sanción sobre ellas, sino que tampoco puede impedirse su realización.

Por último, y siguiendo los criterios de la Comisión toda vez que las centrales de venta que examinamos son estructuradas, nada impide su examen a la luz de la regulación sobre concentraciones, pero esa es una cuestión completamente ajena al presente recurso.

QUINTO : Entraremos en el análisis del segundo grupo de conductas, caracterizadas por actuaciones encaminadas a establecer la calidad del mejillón, así como el precio mínimo; en la mayoría de los casos, con intervención del Consejo Regulador.

Estos acuerdos pueden ser examinados a la luz de las reglas aplicables a las alianzas estratégicas o comerciales o joint venture, ya que como hemos explicado antes, no es necesaria una estructura jurídica o económica independiente para calificar los acuerdos de cooperación horizontal. Ahora bien, este planteamiento requiere que el fin de los acuerdos se encamine a la venta conjunta, y del examen de los hechos, no parece que sea ésta la finalidad de las partes.

Efectivamente, estos acuerdos vienen referidos al precio y calidad del mejillón bajo la denominación de origen, e interviene la Organización de Productores, en unos casos y en otros el Consejo Regulador. La cuestión ha de resolverse bajo el prisma de la regulación específica.

El Reglamento CEE 104/2000 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, establece en su artículo 5 :

"1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «organización de productores» toda persona jurídica:

a) que se constituya por propia iniciativa de un grupo de productores de uno o varios de los productos contemplados en las letras a), b) o c) del artículo 1 siempre que, si se trata de productos congelados, tratados o transformados, las operaciones en cuestión se hayan efectuado a bordo de los buques pesqueros;

b) uno de cuyos objetivos sea garantizar el ejercicio racional de la pesca y la mejora de las condiciones de venta de la producción de sus miembros mediante la adopción de medidas que puedan contribuir a:

1) favorecer la programación de la producción y su adaptación a la demanda, en cantidad y en calidad, especialmente mediante la aplicación de planes de captura,

2) promover la concentración de la oferta,

3) estabilizar los precios,

4) fomentar los métodos de pesca que favorezcan la pesca sostenible; ..."

Los comportamientos que analizamos se refieren a la estabilización de precios y programación de la producción. En cuanto a los requisitos de calidad vienen determinados por el amparo de la denominación de origen.

La regulación del artículo 14, viene referida a la inaplicación de la prohibición del artículo 81.1 del Tratado, a las organizaciones interprofesionales del artículo 13.1 d), del propio Reglamento:

"... d) lleven a cabo, en interés de los consumidores en dos o más regiones de la Comunidad y en condiciones compatibles con la normativa comunitaria, en particular en materia de competencia, dos o más de las acciones siguientes, siempre que no interfieran en el buen funcionamiento de la organización común de mercados:

- mejora del conocimiento y de la transparencia de la producción y del mercado,

- contribución a una mejor coordinación de la puesta en el mercado de los productos de la pesca, en particular mediante trabajos de investigación o estudios de mercado,

- estudio y desarrollo de técnicas que optimicen el funcionamiento del mercado, también en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación,

- elaboración de contratos tipos compatibles con la normativa comunitaria,

- divulgación de información y realización de investigaciones necesarias para orientar la producción hacia productos más adaptados a las necesidades del mercado y a los gustos y expectativas de los consumidores, especialmente desde el punto de vista de la calidad de los productos y de unos métodos de explotación que contribuyan a la sostenibilidad de los recursos,

- elaboración de métodos e instrumentos y organización de acciones de formación para mejorar la calidad de los productos,

- potenciación y protección de las denominaciones de origen, etiquetas de calidad e indicaciones geográficas,

- definición, con respecto a la captura y comercialización de los productos de la pesca, de normas más estrictas que las disposiciones de las normativas comunitarias o nacionales,

- mejora del aprovechamiento de los productos de la pesca,

- promoción de los productos de la pesca."

Este artículo 14 no es aplicable al supuesto que analizamos, ya que se refiere a organizaciones interprofesionales.

El TÍTULO II, del Reglamento lleva por rubrica "ORGANIZACIONES DE PRODUCTORES", y bajo la misma regula a las organizaciones de productores y sus funciones entre otras la planificación de la producción y de la comercialización - capítulo 3 -.

El TÍTULO III, lleva por rúbrica "ORGANIZACIONES Y ACUERDOS INTERPROFESIONALES", y los define en el artículo 13, entre otros elementos en sentido negativo "*no ejerzan por sí mismas actividades de producción, transformación o comercialización de productos de la pesca o de productos transformados a base de productos de la pesca;*". Las organizaciones interprofesionales del artículo 13.1 d) al que se refiere el artículo 14, son las constituidas a favor de los consumidores, a lo que no responden las organizaciones y asociaciones de productores que examinamos.

El artículo 14 no es una disposición común, sino que se incluye en el capítulo 2 "CONDICIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS, DECISIONES Y PRÁCTICAS CONCERTADAS DE LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES", del TÍTULO III.

Pero, además, como hemos razonado anteriormente, el grupo de conductas imputadas que ahora examinamos, relativas exclusivamente a acuerdos relativos a estabilización de precios mínimos, organización de la producción y calidad, se amparan en las facultades atribuidas a las organizaciones de productores por el propio Reglamento en el artículo 5, y en el capítulo 3 del TÍTULO II y en denominación de Origen en cuanto a la calidad. Por otra parte, ni hay fijación de precios, prueba de ello se encuentra en el relato fáctico de la CNC, que recoge que algunas asociaciones no aceptaron los nuevos precios y continuaron con los anteriores determinados en el seno de la Denominación de Origen; ni hay compartimentación del mercado, pues no se puede entender por tal la planificación de la producción - amparada por el propio Reglamento -, no aplica condiciones desiguales, no elimina la competencia - pues establece unos estándares mínimos y no obliga a las asociaciones de productores, ni crea restricciones indispensables.

Este grupo de conductas se encuentra amparado en el Reglamento CE 104/2000, de carácter sectorial, y por ello son conformes a la legalidad y no pueden ser ni sancionadas ni prohibidas.

SEXTO : Entramos ya en el análisis del último grupo de conductas las referidas a acuerdos relativos a la producción, y se adoptan con intervención de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos.

Esta conducta encuentra su amparo en el Reglamento CEE 104/2000, en los términos examinados, pues no consiste más que en la planificación de la producción, según las previsiones del artículo 9 .

Ahora bien, en el supuesto que examinamos existe una circunstancia que reviste especial relevancia, y justifica la intervención de la Administración gallega a la hora de organizar la producción del mejillón, y su competencia para instar a las asociaciones de productores a estructurar la producción que es el objeto de la conducta que ahora examinamos. Esta circunstancia no es otra que el sometimiento de dicha producción a concesión administrativa.

Efectivamente, la CNC en su Resolución declara: *"La instalación y explotación de bateas está sujeta a concesión administrativa de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia (modificada por la Ley 1/2009, de 15 de junio). Actualmente no se otorgan prácticamente nuevas concesiones de bateas, por lo que el número total de bateas no presenta incrementos significativos de año en año."*

El artículo 58 de la citada Ley dispone:

"Las concesiones de actividad tendrán como objetivo la instalación de bateas, líneas de cultivo o jaulas a fin de conseguir el óptimo aprovechamiento del potencial productivo de la zona marítima. Reglamentariamente podrá determinarse otro tipo de instalaciones que se podrán emplazar en esta zona."

La necesidad de la concesión viene determinada en cuanto supone la explotación de la zona marítima, que por imperativo del artículo 132 de la Constitución es dominio público.

Respecto del contenido de la concesión el artículo 59 determina:

"1. La resolución que disponga el otorgamiento de la concesión expresará la persona titular, el tipo de establecimiento, las especies autorizadas, la zona, la duración, las causas de caducidad, extinción y revocación de la concesión y las condiciones técnicas y administrativas en que se autoriza la actividad."

2. Las modificaciones o reformas a un proyecto autorizado, así como cualquier modificación de las condiciones establecidas, requerirán autorización de la consejería competente en materia de acuicultura en la forma que reglamentariamente se determine."

3. La superficie de ocupación de la zona marítima contemplada en la concesión tendrá que guardar proporción con el espacio necesario para el ejercicio de la actividad autorizada."

Se trata pues de un sector productivo con intensa intervención administrativa en su planificación, establecimiento y desarrollo, que necesariamente ha de tener su reflejo en la organización de la producción.

Por ello la conducta examinada, no solo se encuentra amparada por el Reglamento CEE, sino también por las facultades Administrativas en cuanto a la ordenación y explotación del dominio público marítimo.

También esta conducta es ajustada a Derecho y por ello no puede ser sancionada ni prohibida.

SEPTIMO : A mi juicio, y por las razones expuestas, las conductas que examinamos son conformes a Derecho, y no sólo no pueden ser sancionadas sino tampoco prohibidas; bien porque se trata de comportamientos de cooperación horizontal entre empresas no prohibidos por las normas de defensa de la libre competencia - el caso de las centrales de ventas -, bien porque se trata de conductas realizadas en el ejercicio de las facultades reconocidas en el Reglamento CEE 104/2000, bien porque son el reflejo de actuaciones administrativas en el ámbito de la explotación del dominio público marítimo.

Este planteamiento lo entiendo aplicable a los tres recursos que ha tenido ocasión de examinar la Sala, que son los números 309/2011, 299/2011 y 298/2011.

Entiendo por todo ello que **debió estimarse el recurso con anulación de la Resolución impugnada, y declaración de que la práctica realizada y objeto de la Resolución impugnada es conforme a Derecho, no pudiendo por ello ser sancionada ni prohibida** .

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Il.tra. 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.