

Id. Cendoj: 28079230062013100325
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/06/2013
Nº de Recurso: 301/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

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

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 301/2011 se tramita a instancia de la **ASOCIACION GALLEGA DE MEJILLON DE ARES-BETANZOS (APROMAR)** entidad representada por la Procuradora D^a. Raquel Gracia Moneva, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 26 de abril de 2011, sobre **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia** ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandados ASOCIACIÓN GALLEGA DE MEJILLONEROS (AGAME), ASOCIACION DE PRODUCTORES MEJILLONEROS DE CABO DE CRUZ (AMC), Y MEJILLONERA CONS DE UDRA SL, entidades representadas por el Procurador D. Argimiro Vazquez Guillen, ORGANIZACION DE PRODUCTORES DE MEJILLON DE GALICIA (OPMEGA), entidad representada por la Procuradora D^a Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y la ASOCIACION DE PRODUCTORES DE MEJILLON DE ARES-BETANZOS (APROMAR), entidad representada por la Procuradora D^a Ana Diaz Cañizares.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 24 de junio de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*" **SUPLICO A LA SALA** que teniendo por presentado este escrito con sus copias tenga por formalizada la demanda en este recurso, y que dándole la tramitación que proceda dicte sentencia en su día por la que, estimando esta demanda, declare no conforme a derecho y en consecuencia, nula y sin efecto, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de Abril de 2011 en lo que respecta a la ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES DE MEJILLÓN DE ARES-BETANZOS (APROMAR), y en su virtud, se revoque y anule la sanción que le impone a la misma por importe de 1.500 euros."*

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado.

3. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni presentados escritos de conclusiones, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente mediante providencia de fecha 23 de abril de 2013, se señaló para votación y fallo el día 18 de junio de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. 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, a ASOCIACION GALLEGA DE MEJILLON DE ARES-BETANZOS (APROMAR), y se le impone la siguiente sanción de multa:

"1.500 euros a APROMAR por su responsabilidad en la infracción en el año 2008."

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

"12 Asociación de Productores de Mejillón de Ares-Betanzos (APROMAR)

APROMAR es una asociación que fue constituida en 1996 con los objetivos de gestionar los traslados en común de la producción mejillonera aportada por los asociados para su ubicación y fondeo en los polígonos para reparqueo y la prestación de servicios a las explotaciones de los socios; colaborar en los estudios y solución de los problemas de la producción, transformación y comercio del mejillón y en la propuesta de cuantas medidas se estimen oportunas y necesarias para mejor orientación, reestructuración y desarrollo del sector; apoyar y orientar la constitución de Asociaciones de ámbito superior, regional, que pretendan alcanzar idénticos fines.

Desde su creación, cuenta con 30 bateas destinadas a la producción del mejillón y desde el año 2000 hasta principios del 2008 perteneció a FARN (folios 2763 a 2764)."

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.

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

- Inexistencia de conducta imputable en relación con la mayoría de los hechos por los que se sanciona a las recurrentes.

- Prescripción de la infracción imputada a APROMAR

- Las conductas estarían amparadas por las exenciones recogidas en los apartados 3 del art. 101 TFUE y 1 LDC

- La sanción debe ser anulada por aplicación del principio de confianza legítima, o su importe reducido en atención a la escasa duración de la conducta y demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

4. La conducta por la que se sanciona a la recurrente, 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"*.

5. La demanda señala que se ha sancionado a los operadores simplemente por haber participado en reuniones o negociaciones aunque de las mismas no resultara la adopción de acuerdo alguno. *"Y lo que es peor: en los escasos supuestos en los que las negociaciones llegan a buen puerto y se llega a acuerdos, sanciona la conducta prohibida teniendo en consideración la duración de las negociaciones y no la duración del acuerdo"*.

De la lectura de la resolución impugnada resulta que se ha acreditado que durante años, entre 1997 y 2008 tuvieron lugar numerosas y diversas actuaciones dirigidas a que los operadores del sector de producción del mejillón gallego coordinaran sus actuaciones comerciales. Cuestión distinta es que tales iniciativas tuvieran mayor o menor éxito, pues como señala la CNC tuvo lugar *"una permanente concordancia de voluntades"* con la única finalidad de unificar la comercialización de dicho producto. Las formas utilizadas a tal fin fueron variadas: comunicaciones informales por fax y correo electrónico, reuniones formales e informales todas ellas destinadas a homogeneizar las condiciones de la oferta del mejillón gallego en el mercado, especialmente el precio y el reparto de cuotas de ventas.

Como se ha señalado más arriba, hubo una sucesión temporal en la que si bien hubo altibajos, breves interrupciones, periodos de gran intensidad negociadora y menos acuerdos, o por el contrario de menos reuniones pero gran unanimidad en las resoluciones adoptadas, durante todo este tiempo la coordinación y cooperación se mantuvo. Es por esto que no pueden prosperar las alegaciones de la recurrente sobre los plazos y fechas concretas en las que habrían participado sus representadas, al igual que no puede entenderse prescrita la responsabilidad de AGAME.

No pueden disociarse las conductas teniendo en cuenta únicamente los acuerdos (como resulta del folio 15 de la demanda) pues la conducta por la que se sanciona a las recurrentes es el desarrollo de múltiples iniciativas para coordinar sus actuaciones comerciales: *"una permanente concordancia de voluntades entre las asociaciones de productores para coordinar sus actuaciones, coordinación de la que, como se aprecia en los hechos acreditados, existe constancia expresa, no solamente a través de comunicaciones informales vía fax y correo electrónico sino sobre todo de manera formal, a través de las actas de las reuniones de los órganos de gobierno, actas de constitución y estatutos de las mencionadas centrales de venta y acuerdos sobre precios, categorías y tamaños y producciones recogidos en múltiples tablas a lo largo del período investigado"*.

6. La actora considera que en todo caso los acuerdos enjuiciados están exentos por aplicación del art. 101.3 TFUE y el art. 1.3.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 las recurrentes tuvieran 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 la 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 del art. 1.3 LDC 1989 como ha alegado la parte actora.

7. Ninguno de estos motivos puede prosperar teniendo en cuenta lo ya declarado por la Sala en nuestra SAN 309/2011 en la que ya tuvo ocasión de examinar la legalidad de la Resolución impugnada, si bien, en relación con otras Asociaciones gallegas de mejillones.

Así dijimos:

"La sanción impuesta a mi representada, APROMAR, lesiona gravemente los principios del procedimiento sancionador y los principios generales informadores de la actuación de las Administraciones Públicas, de tipicidad, culpabilidad, y confianza legítima."

- 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).

Como se ha razonado más arriba, la Administración tuvo un fundamental papel de mediador, y los aspectos no anticompetitivos de las actuaciones descritas por la CNC fueron legítimamente amparadas por la Conselleria 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 amparan 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 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 las recurrentes, quienes se habrían visto inducidas 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 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 las recurrentes.

En concreto sobre la incorporación de APROMAR a PLADIMEGA y como señala la Resolución, ha quedado probado la condición de miembro de PLADIMEGA.

En efecto APROMAR dio su consentimiento inicial mediante escrito de 5 de noviembre de 2008, en el que informa del número de bateas y se reserva su ratificación hasta tener conocimiento de los Estatutos y Reglamentos internos (folio 352). Ratificación que alega que no se llegó a producir. Manifiesta que no existe constancia alguna en el expediente de ninguna otra actuación de APROMAR a este respecto.

El escrito remitido por APROMAR dice realmente: *"(...) le confirmo que nuestra asociación APROMAR forma parte de PLADIMEGA, pendiente de ratificación en escritura y tiene en el día de la fecha el número de bateas asociadas (27 ud) que se incluyen en la relación adjunta"*. Luego no sólo acordó sino que "confirmó" su participación en el acuerdo. La doctrina nacional (S/0120/08 TRANSITARIOS) y comunitaria (Sentencia TG de 8 de julio de 2008 , T-99/04 , AC-Treuhand AG/Comisión) pone de manifiesto que cuando la participación en los acuerdos queda acreditada, incumbe a la empresa aportar la carga de la prueba del momento y modo en que puso fin a su participación. En ningún momento APROMAR ha aportado comunicación con PLADIMEGA ni documento alguno que pruebe su rechazo expreso a participar en PLADIMEGA. La mera falta de ejecución del acuerdo alcanzado no eximiría a APROMAR de responsabilidad en la infracción, sin perjuicio de la implicación que tenga de cara al cálculo de la sanción. En todo caso, APROMAR consta en los listados de PLADIMEGA de descargas de mejillón (7029-7043) y en otro de entidades para liquidación de gastos en función de kilos vendidos y se le convoca a una reunión al efecto el 28 de

noviembre de 2008 (folio 2023).

8. Por último también en relación con el importe de la sanción impuesta, como recuerda la resolución impugnada 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.

En las conductas examinadas, por las que se ha sancionado a las recurrentes, lo relevante es que las mismas tengan la virtualidad de producir consecuencias, de que generen entre sus miembros una cierta disposición o comportamiento, la puesta de manifiesto de una voluntad de alcanzar un objetivo común, la unificación de la comercialización del producto litigioso. Así lo señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de marzo de 2003 confirmando otra dictada por esta Sala.

En esta misma sentencia, el Alto Tribunal señalaba: *"si se divide la multa que el artículo 10.1 permite imponer por las infracciones cometidas -hasta 150 millones de pesetas- en tres grados -máximo, medio y mínimo-, se observa que las impuestas por las infracciones primera y tercera se encuentra dentro del grado mínimo, y la de la segunda está en la parte baja del grado medio, lo que ya es un dato suficientemente significativo de que se ha valorado a la baja tanto la antijuridicidad y culpabilidad de las conductas ilícitas, como el que no hayan repercutido en la realidad práctica. En su imposición, la Ley no expresa que deba atenderse al grado de solvencia o suficiencia económica del infractor, por lo que este dato resulta irrelevante a los pretendidos efectos de adecuar el importe, y el límite del 10% del volumen de ventas opera no como restricción de aquella cuantía máxima, que sigue siendo de 150 millones de pesetas, sino de su posibilidad de incremento, que aunque factible tiene ese techo porcentual."*

Y añadía:

"En fin, las circunstancias que prevé ese artículo, concurrirán o no en determinados casos, pero no requieren su análisis pormenorizado si es claro su no concurrencia en el caso en cuestión, máxime si son ambivalentes, al poder agravar o atenuar, o compensarse las unas con las otras. En este sentido, al fijarse la multa en cuantía mínima y media baja cabe concluir que al sopesar la agravante de alta dimensión del mercado relevante se haya limitado su efecto por la concurrencia de las atenuantes de escasa duración de la restricción de la competencia y de la no producción de efectos en la práctica de la conducta prohibida . "

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. En cuanto a la escasa duración de la conducta alegada, no cabe sino reproducir las consideraciones realizadas al efecto en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

4º. En cuanto a la alegada falta de efectos de la conducta, " *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 un atenuante que minore el importe de la sanción*".

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.

9. 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.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **ASOCIACION GALLEGA DE MEJILLON DE ARES-BETANZOS (APROMAR)** , contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 26 de abril de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.