

Id. Cendoj: 28079230062013100512
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/10/2013
Nº de Recurso: 396/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. conducta colusoria en la comercialización del mejillón gallego. Conducta prohibida y no exenta. Voto particular que considera exenta la conducta.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de octubre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 396/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **XIDOIROS** representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 26 de abril de 2011 (expediente S/0107/08) plataforma del mejillón. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 600 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso- administrativo el 20 de julio de 2011 contra la resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 30 de julio de 2012 solicitó *"estime la demanda, declarando no ser conforme a derecho la resolución impugnada, y en consecuencia la anule y deje sin efectos, y de forma subsidiaria, y para el supuesto de que no se declare la nulidad de la resolución impugnada, proceda a la reducción de la multa impuesta en atención a la aplicación del principio de proporcionalidad e igualdad, con expresa condena en costas a la parte demandada si en cualquiera de los casos se opusiere"*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 20 de febrero de 2013. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se declararon concluidas las actuaciones el 6 de septiembre de 2013. Se señaló para votación y fallo el 15 de octubre de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 26 de abril de 2011 (expediente S/0107/08) plataforma del mejillón en la parte que impone a la asociación de mejilloneros XIDOIROS una multa de seiscientos euros por la comisión de una conducta colusoria consistente en la fijación de condiciones comerciales y el reparto de mercado para la venta de mejillón gallego.

La resolución recurrida declara responsable de la infracción a un total de 15 asociaciones de productores de mejilloneros siendo muy distinta el alcance de participación de cada uno de ellos en el periodo analizado (desde 1997 hasta 2008). Así señala la resolución que *al menos desde 1997, ha sido práctica habitual del sector y, en particular, de las entidades asociativas mayoritarias del mismo, la negociación para coordinar las condiciones de venta del mejillón. Para ello han utilizado escenarios diversos: reuniones del Consejo Regulador, reuniones bilaterales o reuniones multilaterales aunque siempre encaminados a un mismo fin: la fijación de precios y otras condiciones comerciales. Si se analizan los hechos acreditados, la negociación por parte de las organizaciones de productores mayoritarias de tablas de precios, de precios mínimos o de precios de referencia ha sido una constante a lo largo de estos años. Asimismo, han buscado organizar el reparto de pedidos y, en determinadas épocas de coordinación más fuerte, centralizar las ventas (CEMEGA, CENTRAL DE VENTAS 2006-2007 y PLADIMEGA) como mecanismo complementario al sostenimiento de los precios fijados. Para asegurar el funcionamiento de estos acuerdos han recurrido con frecuencia a intercambiar información confidencial mediante instrumentos variados (desde el intercambio de faxes hasta la constitución de una web para orquestar la centralización de pedidos en 2006-2007) y a emplear mecanismos de control que, en determinados momentos, han llegado a concretarse en boicots y represalias a otros productores que no querían seguir los acuerdos en un momento dado, incluida la propia FARN.*

Estas actuaciones tienen un carácter anticompetitivo por su objeto, en la medida en que su finalidad es fijar los niveles de precios de venta del producto y, de manera complementaria, fijar otras condiciones comerciales (calidades) y establecer mecanismos de reparto de las ventas que contribuyan a mantener los precios fijados ante los clientes. La fijación de precios y el reparto de mercados son conductas que objetivamente distorsionan la competencia y que, en el presente caso, dado su alcance, su duración y las partes que las protagonizan tienen aptitud para hacerlo.

En el caso de la recurrente su participación queda limitada al año 2008 y consiste en haberse incorporado en un momento posterior a su fundación a la central única de ventas PLADIMEGA (Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia), asociación en la que se alcanzaron por su miembros (asociaciones de productores mas pequeñas entre ellas la aquí recurrente) acuerdos .relativos a la comercialización del mejillón, se establecieron cupos de producción y se fijaron los precios de venta, existiendo además

trasvase de información entre sus miembros para verificar el grado de cumplimiento de los acuerdos. Dicha asociación se creó a finales de julio de 2008, comenzó a funcionar como central de ventas en agosto de 2008 si bien no se constituyó oficialmente hasta mediados de octubre de 2008 con la presentación ante Notario del acta de constitución. A partir del 8 de agosto de 2008, es decir al inicio de la actividad de PLADIMEGA se produjeron paralizaciones de las descargas del mejillón para industria y los miembros de PLADIMEGA trataron de extender la interrupción de las descargas al resto de productores de mejillón principalmente FARN y a la Asociación Virxe del Rosario según recoge la prensa (folios 47 a 58) y a mediados de septiembre la suspensión de la extracción del mejillón de industria se hizo también extensiva al destinado a fresco. A finales del 2008 PLADIMEGA anuncia el cese temporal en su actividad.

SEGUNDO : Esta Sala ha dictado ya cuatro sentencias en relación a la resolución aquí impugnada: sentencia de 21 de febrero de 2013 (recurso 298/2011) referida, sentencia de 26 de febrero de 2013 (recurso 299/2011), sentencia de 26 de febrero de 2013 (recurso 309/2011) y de 10 de junio de 2013 (recurso 301/2011)

El contenido de las sentencias dictadas en relación a la misma resolución pero distintos recurrentes puedan diferir en sus razonamientos al ser distinta la participación de los interesados y distintos las pretensiones y motivos alegados. Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 20 de abril de 1999 asunto Limburgse Vinyl Maatschappi/ Comisión T-305/94 , T-306/94, T-307/94 y otros "(7) Una Decisión de la Comisión por la que se declara, respecto de varias empresas, la existencia de infracciones del artículo 85 del Tratado y por la que se impone a cada una de ellas una multa, debe analizarse como un conjunto de Decisiones individuales, a pesar de estar redactada y publicada en forma de una sola Decisión".

Por otra parte como señala el artículo 33.1 de la Ley 29/1998 " *Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*".

Ahora bien en los supuestos en los que las cuestiones y alegaciones sean similares no resulta objetable remitirse a las argumentaciones realizadas en sentencias anteriores, no en caso de que no exista identidad de pretensiones y motivos. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 señala "en semejante supuesto de recursos dirigidos contra la misma resolución administrativa, por sujetos que se encuentran en la misma posición procesal y que se fundan en cuestiones y alegaciones substancialmente semejantes, no resulta objetable recurrir al procedimiento adoptado por la Sala de instancia de recoger las principales conclusiones adoptadas en uno de tales recursos y hacerlas extensivas al otro recurso. Para que pudiera considerarse fundada la imputación de incongruencia omisiva y/o de falta de motivación suficiente la parte debería acreditar en términos específicos qué pretensión concreta y distinta a las referidas por la Sentencia que se recurre no ha sido respondida y qué alegación esencial para la decisión sobre tales pretensiones no fue rechazada expresa o implícitamente en la resumida respuesta ofrecida por la Sala juzgadora, cuyo desarrollo argumental se expone detalladamente en la Sentencia a la que se remite".

En este caso al objeto de fundamentar el recurso realiza el recurrente las siguientes alegaciones:

- 1) Inexistencia de conducta imputable a la parte recurrente.

2) Principio de confianza legítima.

3) Improcedencia y desproporción de la multa impuesta.

TERCERO: Alega el recurrente que no consta acreditado que haya cometido una infracción ya que el único hecho imputado es que se incorporó con posterioridad a su constitución a PLADIMEGA. No participó en la dirección, ni en la Administración ni en la Junta Directiva ni en supuestas conversaciones antes de su formación. Tampoco consta que tuviese participación en la restricción en el abastecimiento del mejillón para la industria ni en ningún tipo de acto violento y no tuvo conocimiento de las supuestas actuaciones anticompetitivas.

Tal como señala la recurrente la misma no participó en la dirección ni en conversaciones antes de su constitución, sino que se incorporó con posterioridad a su constitución y existen en el expediente datos que permiten afirmar que participó en las actuaciones anticompetitivas referidas a la fijación de precios e intercambio de información y tuvo conocimiento de las medidas de presión realizadas referidas a la restricción del abastecimiento que se desarrolló en agosto y septiembre de 2008.

Así se indica en el apartado 5.8 de los hechos que

"Según aclaraciones efectuadas por PLADIMEGA a distintos medios de comunicación el 19 de noviembre de 2008, todas las asociaciones que integraban la plataforma vendían el kilo de producto al mismo precio: « Las Asociaciones integradas en Pladimega mantienen un precio único, que se fija en función del mercado. Todas las agrupaciones están a cobrar el kilo del producto al precio establecido por la plataforma, que lo irá modificando en función de la demanda (...) lo que debe de quedar claro es que una vez que la plataforma fija la cifra ésta es respetada por todos los integrantes, que la mantienen sin rebajarla ni un céntimo hasta que la plataforma decida, en función de la oferta y la demanda, cuál debe ser la nueva tarifa a aplicar » (folios 654 a 656)

También obra en el expediente un correo electrónico remitido por Opmega a los miembros de PLADIMEGA el 21 de octubre de 2008 para que remitieran información sobre los kilos por distintas piezas de los años 2006 y 2007 y sobre la producción propia o no propia para un período determinado de tiempo (21/9/08-24/10/08) (folios 437 y 438). Dentro de PLADIMEGA, Opmega era la encargada de recibir, organizar y enviar, desde su propio fax, toda la información o documentación necesaria para el funcionamiento de la central única de ventas." Ello permitía establecer un porcentaje de reparto entre los miembros y un método de compensación en aquellos casos en los que fuera necesario.

No consta acreditado en este expediente que XIDOIROS interviniera personalmente en las restricciones de abastecimiento que se desarrollaron en agosto y septiembre de 2008. Ahora bien ello no es trascendente para resolver este recurso ya que lo relevante es que conociera que se estaba llevando esas medidas de presión por PLADIMEGA (hecho que no niega) y no hiciera nada para evitarlas u oponerse de manera pública a las mismas.

CUARTO : Alega que la asociación no puede ser calificada de empresa y por tanto no puede ser sujeto de la infracción prevista en el artículo 1 LDC ya que no ejerce actividad económica alguna.

En la resolución recurrida se indica que 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, así como en la propuesta de cuantas medidas se estimen oportunas y necesarias para la mejor orientación, reestructuración y desarrollo del sector (folio 2780). Se trata de una asociación familiar, constituida por 6 miembros, con un total de 5 bateas.

Efectivamente se trata de una asociación que representa los intereses de los productores de mejillón y no consta que realice ventas directas a clientes del sector pero como señala la CNC ello no impide que negocien en nombre de sus asociados y que puedan participar en acuerdos sobre condiciones comerciales y en la medida en que determinan o influyen en la política comercial de los operadores que las integran, no cabe duda de su naturaleza de operadores económicos. La aplicación del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE a las asociaciones de productores es pacífica de acuerdo con la doctrina.

Por otra parte como hemos señalado en nuestra sentencia de 5 de enero de 2005 "... *la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado- pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos*".

QUINTO: En cuanto al principio de confianza legítima ya ha sido analizado en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2013 dictada en el recurso 298/2011 .

"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).

-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 los representantes do sector productivo e do comercial os que deben ponerle 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 pueden 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"

SEXTO: Hace referencia a la vulneración del derecho de defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo señalando que no se puede obligar a una asociación a dar respuestas que le lleven a admitir la existencia de una infracción que debe ser probada por la Comisión y nada que objetar a esa afirmación pero no se aprecia ninguna vulneración por el hecho que hace referencia el recurrente consistente en que se le ha solicitado información para cuantificar el importe de la multa.

Considera que ha existido una inversión de la carga de la prueba por el hecho de que en este caso la conducta colusoria no ha tenido efectos en el mercado, habiendo incluso en ese período bajado el precio del mejillón. El hecho de que no haya tenido efectos en el mercado no tiene incidencia en la declaración de la existencia de la conducta colusoria ya que como establecen las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de enero de 2011 (24) "*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*").

Alega que no concurre el elemento subjetivo del injusto pues cuando pasó a formar parte de PLADIMEGA ignoraba que dicha asociación realizase supuestas prácticas restrictivas de la competencia, máxime cuando la misma se hallaba amparada y respaldada por la Administración. Ya hemos razonado en otro razonamiento jurídico que no consta que la recurrente ignorara las supuestas prácticas anticompetitivas y que no se apreciaba que la intervención 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.

SEPTIMO: Subsidiariamente y para el supuesto de que se desestimen los motivos anteriormente citados se alega vulneración del principio de proporcionalidad.

En este caso se ha impuesto a la asociación recurrente una sanción de 600 euros siendo el límite máximo de la sanción que podía imponerse de 901.518,16 euros (conforme al régimen sancionador previsto en el artículo 10 de la Ley 16/1989 más favorable que el previsto en la Ley 15/2007)

Compara el recurrente el número de bateas de cada asociación sancionada y considera que la sanción debe ser proporcional al número de bateas. No se aprecia infracción alguna del principio de proporcionalidad por cuanto la CNC no está obligada a cuantificar la sanción teniendo en cuenta dicho parámetro, habiendo calculado la sanción teniendo en cuenta el volumen de negocios de cada entidad en el ejercicio 2008 y descontando de manera proporcional la duración de la infracción en cada caso.

OCTAVO: No procede analizar en esta sentencia si se trata de comportamientos de cooperación horizontal entre empresas exento por aplicación del artículo 1.3 de la Ley 15/2007 que establece que . *"La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."*

Las razones por las que entendemos que no puede ser analizada esta cuestión es porque en el escrito de demanda no se hace mención a la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia que determinarían que la conducta prohibida está exenta. Conforme al artículo 33.1 de la Ley 29/1998 " *Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición"*.

La aplicación del artículo 1.3 de la Ley 15/2007 no sólo debe ser alegada sino también probada por el recurrente y corresponde a la CNC y a este órgano jurisdiccional revisar si a la vista de las alegaciones y pruebas aportadas se cumplen los requisitos para aplicar la exención. Así lo establece el apartado 48 de las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal " *Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es"*

En este caso en la resolución de la CNC se indica que " *estamos ante acuerdos restrictivos por objeto que difícilmente pueden satisfacer los criterios del artículo 1.3 de la LDC . De hecho, las imputadas no han conseguido constatar cuáles son las eficiencias que se derivan de los mismos ni por qué la fijación de precios sería indispensable para alcanzarlas"* (FD quinto)

Aun así dado que se formula un voto particular en el que se señala que las actuaciones realizadas por la central de ventas se encuentran amparadas por la exención prevista en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007 , es procedente exponer las razones por las que consideramos que no concurren los requisitos para aplicar la exención del artículo 1.3 de la Ley 15/2007 . Se quiere precisar que el hecho de analizar si concurren los requisitos del artículo 1.3 supone admitir la existencia de una conducta colusoria.

Nadie discute que la creación de una central de ventas genera eficiencias dada la atomización de la producción en el sector del mejillón. La propia resolución de la CNC reconoce que *"dada la atomización de la producción en este sector, los acuerdos de comercialización conjunta entre productores ya sea en el seno de asociaciones o de cooperativas pueden conllevar eficiencias de diversa naturaleza. El hecho de que las asociaciones de productores de primer nivel coordinen la comercialización del producto procedente de las bateas puede generar innegables eficiencias derivadas, entre otros factores, de la compra y utilización conjunta de bienes de producción. Puede también permitir hacer frente desde una mejor posición a parones de la producción como las mareas rojas. También puede facilitar la casación de oferta y demanda. Dado el carácter perecedero del producto y el carácter atomizado de las explotaciones, pueda resultar difícil casar adecuadamente oferta y demanda si no hay un cierto grado de aglutinación de los pedidos y de la oferta. Dicho de otra forma, dadas las actuales características de la oferta, en ausencia de coordinación entre un cierto número de productores los costes de transacción para el cliente pueden ser mayores y menor la posibilidad de colocar el pedido adecuadamente para el productor. En definitiva, los acuerdos desarrollados por las asociaciones u otro tipo de entidades para la comercialización de la producción de las bateas que las integran pueden producir eficiencias de mayor o menor alcance. En el caso de que tales acuerdos introduzcan restricciones de la competencia prohibidas por los artículos 1.1 de la LDC y 101 del TFUE , tales eficiencias pueden ser susceptibles de satisfacer los criterios de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE , de acuerdo claro está con los criterios que ofrecen las Directrices Horizontales. Sin embargo, que ciertas formas de comercialización conjunta de hecho conlleven eficiencias no evita la antijuricidad de los acuerdos entre Asociaciones, que aquí se analizan. Estos acuerdos, que agrupan a la mayor parte de los productores han introducido restricciones por objeto injustificadas para el logro de unas eficiencias, que, además no se ha constatado que fueran su principal finalidad"*.

La cuestión a analizar es si tales eficiencias pueden ser susceptibles de satisfacer los criterios de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE , de acuerdo con los criterios que ofrecen las Directrices Horizontales (Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (diario oficial de la Unión Europea de 14 de enero de 2011)

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Caso Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas. Sentencia de 28 febrero de 2013 (asunto C -1/2012).

"(102) Procede recordar a este respecto que la aplicabilidad de la exención prevista en el artículo 101 TFUE , apartado 3, está supeditada a los cuatro requisitos acumulativos. Es necesario, en primer lugar, que la decisión en cuestión contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o servicios de que se trate o a fomentar el progreso técnico o económico; en segundo lugar, que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; en tercer lugar, que no

imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables, y, en cuarto lugar, que no les ofrezca la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia Asnef-Equifax y Administración del Estado , antes citada, apartado 65)."

Estos requisitos se deben cumplir de forma acumulada y las Directrices proceden a concretar en relación a cada uno de los tipos específicos de cooperación horizontal los principios generales de evaluación.

En este caso se trata de un acuerdo de comercialización que se regula en el epígrafe 6 de las Directrices Horizontales (apartado 225 a 256 de las Directrices). En el apartado 225 se indica que " *Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. 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. En el otro extremo se encuentran los acuerdos menos ambiciosos que solo afectan a un elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad ."* En este caso en el marco de PLADIMEGA tal como se indica en la resolución recurrida se alcanzaron acuerdos relativos a la comercialización del mejillón, se establecieron cupos de producción, se fijaron precios de venta y existía un constante trasvase de información entre sus miembros para verificar el grado de cumplimiento de los acuerdos ". Por lo tanto era un acuerdo de comercialización total que abarcaba todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del mejillón.

Las Directrices especifican en relación a los acuerdos de comercialización los criterios de evaluación al objeto de valorar si un determinado acuerdo puede dar lugar a restricciones de la competencia (epígrafe 6.3 " *evaluación conforme al artículo 101 apartado 1 ."* apartados 230 a 245). A continuación se analiza si aun siendo restrictivo de la competencia resulta aplicable la exención prevista en el artículo 101.3 por el hecho de dar lugar a eficiencias significativas. (epígrafe 6.4 evaluación conforme al artículo 101 apartado 3, apartados 246 a 256). Por tanto sólo procede realizar este segundo análisis si se declara que el acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia. Es decir sólo si la respuesta es afirmativa se pasa a esta segunda fase que consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo (apartado 20 de las Directrices horizontales). De ello deriva que afirmar que las conductas analizadas están amparadas por la exención suponga admitir que las mismas son restrictivas de la competencia. Por lo tanto no se puede afirmar que es una conducta no prohibida y al mismo tiempo afirmar que es aplicable la exención prevista en el artículo 1.3 Ley 15/2007 .

Son 4 los requisitos que tienen que concurrir para aplicar la exención prevista en el artículo 1.3 LDC (mejoras de eficiencia, carácter indispensable, beneficio para los consumidores, no eliminación de la competencia) y basta que no concurra uno de ellos para excluir la aplicación de la exención ya que los mismos son acumulativos. En este caso consideramos que la actividad realizada por la central de ventas PLADIMEGA ni proporciona un beneficio a los consumidores y elimina la competencia respecto de una parte sustancial del mercado y ello por lo siguiente:

Conforme al apartado 250 de las Directrices Horizontales " *cuando 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".

El cultivo de mejillón se localiza principalmente en Galicia que representa el 97,77% de la producción nacional, las importaciones no llegan a alcanzar el 5% de la producción y las exportaciones un 21%. El principal competidor es el mejillón chileno pero como señala la resolución de la CNC la sustituibilidad del mejillón gallego por el mejillón de otras zonas es limitada Así señala la CNC que " *Tomando como conjunto de partida el mejillón gallego, hay diversos factores que apuntan a que la sustituibilidad del mismo es limitada* " y expone las causas (apartado 3.1 de los hechos probados) : 1) en lo que se refiere al segmento del mejillón fresco, el volumen de importaciones de mejillón fresco -que determinan la sustituibilidad para la demanda en origen- no es muy significativo (2% de la producción en media del período considerado) 2) En cuanto al mejillón destinado a la industria, la producción gallega se dirige fundamentalmente a la industria local y nacional. La industria conservera, en sus respuestas a los requerimientos de información, manifiesta que la mayor parte del consumo para sus plantas en España procede del mejillón nacional. 3) A ello hay que añadir el peso que tienen en la demanda las preferencias del consumidor nacional y el que la propia normativa nacional favorece la existencia de un mercado definido a través de la Denominación de Origen Protegida «Mexillón de Galicia-Mejillón de Galicia»DOPM. 4) Ha podido aumentar la capacidad de las empresas conserveras de comprar mejillón foráneo y envasarlo, fundamentalmente procedente de Chile y Nueva Zelanda. No obstante, lo que más ha aumentado son las importaciones de mejillón ya envasado, por los menores costes de producción en otros países. Sin perjuicio de que éste sea un factor que pueda afectar a los precios a que se comercializa el mejillón gallego aguas arriba, no cabe duda de que el mejillón ya envasado constituye un mercado de producto diferente.

En esta tesitura el poder de mercado de la central de ventas PLADIMEGA era muy elevado y no tenía competidor ya que aglutinaba prácticamente toda la producción del mejillón de Galicia (los miembros de PLADIMEGA tal como señala la resolución de la CNC aglutinaban el 80% de las bateas gallegas). Por otra parte como reconoce la propia PLADIMEGA las asociaciones que la integran mantienen un precio único. Ello determina que el acuerdo elimine la competencia respecto de una parte sustancial del mercado, lo que es suficiente para no aplicar la exención.

Tampoco se aprecia que la actividad realizada por PLADIMEGA beneficiaria a los consumidores. Hay que tener en cuenta que los clientes de PLADIMEGA no son particulares sino las conserveras o comercializadoras del mejillón fresco sin que conste que esa bajada de precio repercutiera tampoco en el consumidor final del producto.

El hecho de que se produjera una bajada de precio del mejillón no consta se deba a la intervención de PLADIMEGA sino que puede deberse a un exceso de oferta o una contracción de la demanda y precisamente es la bajada de precios lo que incentiva a las partes a coludir. Así señala la resolución recurrida que " *Salvo en los años correspondientes al desastre del Prestige, los precios siguen una evolución descendente. Las actas y documentación que obra en el expediente sugieren que es precisamente la presión sobre los precios lo que refuerza el incentivo de las partes a coludir. En épocas de exceso de oferta y mayor bajada de precios es cuando las partes buscan los acuerdos para sostener los precios. De hecho, eso explica que los contactos tengan una menor intensidad en el período que va desde finales de 2002 a finales de 2003*".

A ello hay que añadir que dicha central de ventas no se limitó a fijar unos precios de venta sino que realizó acciones de presión. Así se recoge en la resolución recurrida que a partir del 8 de agosto de 2008, es decir al inicio de la actividad de PLADIMEGA se produjeron paralizaciones de las descargas del mejillón para industria y los miembros de PLADIMEGA trataron de extender la interrupción de las descargas al resto de productores de mejillón principalmente FARN y a la Asociación Virxe del Rosario según recoge la prensa (folios 47 a 58) y a mediados de septiembre la suspensión de la extracción del mejillón de industria se hizo también extensiva al destinado a fresco. Muestra de que los clientes de PLADIMEGA no se consideraban beneficiados por el acuerdo es el artículo publicado en la revista editada por ANFACO (Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescado y Mariscos) en el número de octubre de 2008 " *Tras el conflicto generado por parte de los productores de Mejillón de Galicia desde el pasado 1 de agosto de 2008, las empresas conserveras representadas por Anfaco manifestaron su voluntad de no retomar la campaña del Mejillón de Galicia ante el incremento de precios unilateralmente anunciado desde el ámbito miticultor, dado que desde ese momento organizaciones de productores de mejillón de Galicia se dirigieron a empresas asociadas a Anfaco con el fin de ofertar ese producto para la industria, imponiendo una tabla de precios en la que se eliminaban las condiciones de compra que se venían realizando a la industria conservera con anterioridad al 1 de agosto de 2008, lo cual supone en la práctica un incremento de precios inasumible para la industria conservera en la actual coyuntura económica (...).* " Estas medidas de boicot realizadas por PLADIMEGA deben ser tenidas en cuenta para analizar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia tal como realiza la CNC y ahora también para determinar si concurren las causas que determinan la aplicación de la exención. Dificilmente se puede declarar exenta la actuación de una asociación que pretende imponer mediante actuaciones violentas las condiciones de comercialización del mejillón gallego no solo a los compradores sino a sus competidores.

No resulta de aplicación 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 la agricultura por cuanto PLADIMEGA (Plataforma para la Distribución del mejillón en Galicia) no es una organización de productores teniendo sólo esa calificación OPMEGA Organización de Productores de Mejillón de Galicia (que se constituyó como Organización de Productores (OP) en 1986, y está regulada por el artículo 5 del Reglamento CE 104/2000, de 17 de diciembre de 1999. En este caso la conducta imputada a XIDOIROS se refiere exclusivamente a su participación en PLADIMEGA que tampoco tiene la condición de organización interprofesional reconocida por el Estado, estando integrada además exclusivamente por profesionales del sector de la producción.

NOVENO : Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso sin que sea procedente la imposición de costas al no apreciarse temeridad o mala fe conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en la redacción anterior a la Ley 37/2011 de 10 de octubre, vigente en la fecha de interposición del presente recurso.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **XIDOIROS** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 26 de abril de 2011 (expediente S/0107/08) que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 396/2011, CON FECHA 22 DE OTUBRE 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 Boirenses. 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 : A la actora sólo se le imputa la participación en los hechos relativos al funcionamiento de PLADIMEGA, por lo que omitiré las reflexiones relativas a comportamientos referidos a la calidad del mejillón.

Previamente a analizar las cuestiones indicadas, es necesario detenerse brevemente, en las apreciaciones de la mayoría sobre la improcedencia de entrara a analizar la aplicación del artículo 1.3 de la Ley 15/2007 :

"3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."

Entiende la mayoría que la exención no ha sido alegada en la demanda, ni probada en el recurso y que por ello no puede ser apreciada por la Sala. En mi opinión sólo un planteamiento de un extraordinario rigor formalista puede llevar a concluir que tal cuestión de la exención no puede ser analizada ni apreciada por la Sala, y ello por las siguientes razones:

1.- la recurrente afirma que la conducta no es típica, y, necesariamente, para afirmar la tipicidad de una conducta es necesario la subsunción de la misma en el tipo infractor, pero también la apreciación de que no concurre causa de justificación, que no otra cosa es la previsión contenida en el artículo 1.3 citado. Efectivamente, el señalado párrafo afirma que la prohibición del artículo 1 no se aplicará a determinadas conductas, y por ello, la afirmación de que la conducta enjuiciada se incluye en el ámbito de aplicación del artículo 1.1, implica inevitablemente que no es de aplicación el párrafo 3º del artículo 1.

2.- Obviamente la Sala no esta obligada a traer al recurso hechos no planteados por las partes, pero resulta que el problema de la existencia de las centrales de ventas se plantea por la propia Resolución administrativa impugnada, y se contiene en los hechos probados de tal Resolución, por ello la incidencia de la existencia de centrales de ventas en la tipificación de la conducta es una cuestión ineludible para la Sala, pues su tratamiento jurídico se refleja en la tipificación de la conducta.

3.- A mi juicio, no deben confundirse los conceptos de "pretensión" y "motivos" a que se refiere el artículo 33 de la Ley 29/1998 , con argumentaciones o interpretaciones jurídicas de las partes. La pretensión es el pedimento contenido en el suplico, en este caso la anulación y confirmación, para cada parte, de la Resolución. Los motivos son las causas que invocan las partes en fundamento a su pretensión. La jurisprudencia ha venido afirmando que la distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que habiéndose ejercitado una acción de anulación ha de acudir al examen de los

hechos identificadores de dichas pretensiones para comprobar si en cada una de ellas no hay desviaciones sustanciales respecto a los mismos.

Los motivos o fundamentos jurídicos pueden ser introducidos en el proceso por las partes en cualquier momento apto para realizar alegaciones sobre la cuestión debatida, e incluso pueden ser apreciados de oficio por el órgano judicial (*iura novit curia*) siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa.

Pues bien, las argumentaciones o interpretaciones jurídicas - que lógicamente pueden contener la valoración de los hechos -, no vinculan al juzgador, que puede separarse de ellas.

Así las cosas, en el presente caso, el análisis de la subsunción de la conducta en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, cuando como hechos probados se afirma la existencia de centrales de ventas, con o sin forma jurídica, pasa necesariamente por el análisis de la incidencia de la cooperación horizontal en la tipificación de la conducta. Y el análisis de tales cuestiones por la Sala no puede producir indefensión a las partes, pues conociendo los hechos y conociendo la Ley, han de conocer necesariamente la incidencia de la regulación legal sobre los hechos.

No creo que deba identificarse vinculación a las pretensiones y motivos, con vinculación a una concreta interpretación legal. Desde el momento en que se alegó falta de tipificación, se englobó la cuestión de la exención de la conducta sobre los hechos que la propia Administración imputo y calificó jurídicamente.

TERCERO : Entraremos en el examen de los hechos 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.

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 n° 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. II 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 : 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.

SEXTO : 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 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, tanto al 298/2011 al que se formula el voto particular, como a los recursos 309/2011 y 299/2011.

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** .

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.