



Roj: **SAN 1944/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:1944**

Id Cendoj: **28079230062013100212**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/05/2013**

Nº de Recurso: **455/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a seis de mayo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 455/2012 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **UNION DE AGRICULTORES Y GANADEROS DE ALMERIA** representada por la Procuradora Sra. Pérez Calvo frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre *Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia* de fecha 14 de diciembre de 2011, con una cuantía de 29.662 euros. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo escrito de fecha 13 de febrero de 2012.

El Juzgado Central de lo contencioso-administrativo num. 4, en el marco del procedimiento abreviado num. 70/2012 dictó auto declarándose incompetente el día 18 de julio de 2012, acordando remitir las actuaciones a esta Sala de lo contencioso-administrativo, ante la que se personaron las partes.

SEGUNDO -. La actora había formalizado demanda mediante escrito de 9 de abril de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado.

Por Decreto del Sr. Secretario de esta Sección de fecha 10 de octubre de 2012, se acordó, entre otros extremos, tener por formalizada la demanda, dando traslado al Abogado del Estado para la contestación de la misma.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 30 de abril de 2.013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 14 de diciembre de 2011 en el Expediente S/0231/10 HORTOFRUTICOLAS con la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , consistente en un acuerdo para establecer precios mínimos de pimiento californiano, lamuyo e Italiano, calabacín, pepino, berenjena, y tomate de la que son responsables COAG-Almería, **ASAJA**-Almería y ALHÓNDIGAS.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:

- COAG-Almería una multa de 29.662€ (veintinueve mil seiscientos sesenta y dos euros) .
- **ASAJA**-Almería una multa de 25.570€, (veinticinco mil quinientos setenta euros) .
- ALHÓNDIGAS una multa de 183.214€, (ciento ochenta y tres mil doscientos catorce euros).

TERCERO.- Declarar que no ha resultado acreditada la responsabilidad en el acuerdo ni de la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (**ASAJA**) ni de la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG).

CUARTO.- COAG-Almería, **ASAJA**-Almería y ALHÓNDIGAS justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve segundo."

SEGUNDO -. Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como recogidos por la misma, y en lo la recurrente afecta son resumidamente los siguientes:

1) DESCRIPCIÓN DE LA RECURRENTE:

- COAG-ALMERÍA

"COAG-Almería es la Unión de Agricultores/as y Ganaderos/as de Almería, con domicilio social en C/ Invernaderos nº 11, 04738 -Puebla de VÍcar-Almería. Se constituyó al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, como una organización profesional agraria.

La Unión de Agricultores/as y Ganaderos/as de Almería, COAG-Almería, es una organización de ámbito provincial, tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo con sus Estatutos, artículo 2 (folio 544). Conforme al artículo 5 de sus Estatutos, goza de plena autonomía para decidir las cuestiones que afecten al ámbito territorial de la provincia de Almería y conforme al artículo 11, solo podrán ser miembros de la Coordinadora todas las organizaciones o uniones representativas de los intereses de agricultores, ganaderos y silvicultores de ámbito autonómico.

Su finalidad es defender y promover los intereses económicos y sociales de los agricultores y ganaderos y de las explotaciones familiares de la provincia de Almería. Reivindica la participación del agricultor en el mercado mediante sus Organizaciones de Productores Agrarios y concediendo especial importancia a las que considera estructuras económicas naturales: las cooperativas agrarias. Es la organización profesional mayoritaria de la provincia de Almería (folio 1.099).

La cifra de producción de hortalizas declarada por COAG-Almería asciende a 65.220 toneladas en 2009. "

2-. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO EN QUE SE DESARROLLA LA CONDUCTA .

Mercado de producto y geográfico

"Las prácticas objeto del expediente se enmarcan en el sector agrícola y, en particular, en el mercado de producción y comercialización mayorista de productos hortofrutícolas, en concreto, de pimiento californiano, lamuyo e Italiano, calabacín, pepino, berenjena, y tomate, Y su ámbito geográfico es la provincia de Almería

... el mercado agrícola es un mercado regulado a nivel europeo, fundamentalmente a través del Reglamento (CE) nº 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas, (Reglamento único para las OCM)."

Rasgos generales del mercado hortofrutícola.

"... en el sector productivo de las frutas y hortalizas existen importantes sistemas de producción locales que muestran una dinámica propia y que han alcanzado distintos niveles de desarrollo, de incorporación de tecnología y de organización. Estos sistemas productivos se identifican por su gama de productos, lo que incluye especie, variedad y momento de recolección, por sus estructuras productivas y de puesta en mercado, por el grado de incorporación de tecnología y, esencialmente, por el destino de sus producciones.

Los productos hortofrutícolas son productos de temporada y perecederos y no suelen almacenarse, salvo excepciones. Sin embargo, dados los avances tecnológicos, muchos de éstos están presentes en el mercado durante prácticamente todo el año.



Entre los avances tecnológicos destacan, por una parte, los utilizados para prolongar el ciclo productivo, como la protección del cultivo y la obtención de nuevas variedades e híbridos o en su caso la conservación frigorífica simple o utilizando atmósfera controlada.

Las hortalizas, en general, soportan relativamente mal las técnicas de refrigeración, así como la desecación y posterior hidratación, a diferencias de las frutas. Sin embargo, las hortalizas pueden estar presentes en el mercado durante todo el año, gracias al escalonamiento de la producción, basado en la situación geográfica, el microclima, la utilización de cultivos protegidos y la diversificación varietal.

En lo que respecta a la comercialización de frutas y hortalizas, tradicionalmente, la venta en origen a través de alhóndigas ha tenido una importancia destacable, especialmente en algunas zonas geográficas de gran peso en la producción, aunque con el paso del tiempo han ido cediendo terreno a otras fórmulas asociativas que permiten al productor la incorporación de un mayor valor añadido en paralelo a una mayor integración vertical de la cadena.

Las alhóndigas, generalmente locales, son centros de contratación privados en origen, donde se produce la concurrencia de oferta de los productos agrícolas llevado a cabo por los agricultores y la demanda solicitada generalmente por corredores o comisionistas, realizándose las ventas por el sistema de subasta a la baja. Las alhóndigas no solo venden en origen sino que también comercializan en destino por medio de sus departamentos de exportación

Como parte del proceso de modernización de las alhóndigas, existe una tendencia a la prestación de servicios adicionales, incorporándose a las zonas de subasta la manipulación, preparación y almacenamiento a temperatura controlada del producto. Asimismo, se está tendiendo al establecimiento de mayores vínculos con la producción de manera que algunas alhóndigas son también productoras de, al menos, una parte del producto que comercializan. Incluso en algunos casos integran también actividades logísticas y de comercialización y entrega del producto a los centros de distribución de cadenas de supermercados, fundamentalmente europeas.

El mercado en origen de los productos agrarios se caracteriza porque la oferta se realiza por un elevado número de agentes. Por el lado de la demanda se caracteriza igualmente por la presencia de una gran diversidad de operadores, pues se vende tanto a la industria, como a los mercados o directamente a la gran distribución (a través de sus propias centrales de compra). Además, hay que tener en cuenta que España es un país exportador de frutas y hortalizas, el primero de la UE, obteniendo su ventaja competitiva en su gran diversidad climática y en el hecho de que su producción hortofrutícola se adelanta a la de otros muchos países europeos, donde van destinadas entre el 85 y el 90% del total de sus ventas exteriores.

En el tipo de demanda depende el canal de distribución. El Observatorio de Precios del MARM distingue dos canales básicos de distribución, el tradicional y el moderno. El canal tradicional comprende la venta en mercados, mercadillos y pequeños establecimientos. Este canal de venta ha perdido peso respecto a la moderna distribución. El moderno está compuesto por hipermercados y supermercados. El canal moderno es generalmente más corto, con un menor número de intermediarios, e incorpora un mayor número de actividades de preparación del producto para su venta final en grandes superficies. Se diferencia del canal tradicional en la participación de plataformas de distribución en vez de intermediarios mayoristas en la comercialización en destino, y en la tipología del punto de venta. "

La exportación se caracteriza doblemente: de un lado grandes centrales de compra y de otro, cooperativas de segundo grado con presencia comercial directa en los mercados de destino

Caracterización del sector hortícola de Almería

"...en el sector hortícola español destaca, atendiendo a los volúmenes de producción, la Comunidad Autónoma de Andalucía y más específicamente la provincia de Almería. Es la principal provincia andaluza productora de frutas y hortalizas con el 44% de la superficie dedicada a este sector y el 56% de la producción en el año 2001 y representando esta producción más del 85% de su producción final agraria.

La importancia de Almería como provincia productora de las hortalizas afectadas por las prácticas litigiosas se pone de manifiesto en las siguientes cifras:

- Pimiento : Andalucía aporta el 60% de la producción española de pimiento con una oferta de 627.000 toneladas en 2006, aunque soporta sobre el 80% del pimiento tipo california que se hace en España.

Almería es la referencia al sumar casi 560.000 toneladas, de las que más del 75% corresponden a la variedad california para exportación, destacando las de tonalidad roja sobre el resto, que se reparte entre lamuyo e italiano. La provincia de Almería en 2008 produjo 48,67% de la producción nacional de pimiento (todas las variedades).

- Calabacín : Andalucía aporta el 92% de la producción de calabacín en España con más de 260.000 toneladas, de las que 237.000 toneladas se concentran en Almería. El calabacín de referencia es el verde oscuro producto que

se ha impuesto entre los productores para los mercados internacionales. El calabacín en Andalucía representa más del 35% de la producción europea de este producto, aunque las exportaciones andaluzas de este producto suponen más del 60% del comercio intracomunitario. La provincia de Almería en 2008 produjo 70,01% de la producción nacional de calabacín (todas las variedades).

- Pepino: Almería y Granada absorben el 90% de la producción española de pepino. Estas dos provincias produjeron más de 545.000 toneladas en el ejercicio 2006. Actualmente, el rendimiento medio de pepino en Granada supera las 116 toneladas por hectárea en invernadero, circunstancia no habitual en el resto de zonas productoras de la Europa mediterránea. La provincia de Almería en 2008 produjo el 57,11% de la producción nacional de pepino (todas las variedades).

- Berenjena : La producción andaluza de berenjena se acerca a las 100.000 toneladas, de las que el 93% surgen de la provincia de Almería y el resto se concentra en Granada. Estas cifras hacen que Andalucía aportase el 76% de la producción española de berenjena en el año 2006. La provincia de Almería en 2008 produjo 63,85% de la producción nacional de berenjena (todas las variedades).

- Tomate : Andalucía lidera la producción de tomate comercial para fresco en España con un caudal superior a los 1,3 millones de toneladas en el ejercicio 2006, lo que supone el 43% del total español. Almería es la gran referencia y primera provincia española en producción y comercialización con 852.000 toneladas producidas de un panel de 7 tipos distintos de tomates, destacando sobre todo las variedades racimo con más del 40% de la oferta de Almería. La provincia de Almería en 2008 produjo 26,61% de la producción nacional de tomate (todas las variedades). "

La Unión Europea (de 27 Estados miembros) representó en la campaña 2007/08 el 97% de las exportaciones de los productos hortícolas almerienses más representativos

Precios

"En cuanto al sector hortícola protegido, el precio medio en la campaña 2009/10 del pimiento ha sido 0,69 €/kg (categoría II 0,32 - categoría I 0,73), pepino 0,45 €/kg (0,20-0,45), calabacín 0,57 €/kg (0,45-0,59), berenjena 0,49 €/kg y tomate 0,64 €/kg (0,50- 0,70). En concreto, el precio medio de las diferentes variedades de pimiento ha sido: pimiento lamuyo 0,75 €/kg, california 0,70 €/kg, italiano 0,64 €/kg, sin especificar 0,51 €/kg (folios 1.082-1.088).

El precio medio en origen en el mes de diciembre del año 2009 ha sido para el pimiento 0,51 €/kg, calabacín 0,34 €/kg, pepino 0,64 €/kg, berenjena 0,67 €/kg y tomate 0,60 €/kg. Estos precios medios varían dentro de cada producto para cada uno de sus tipos, así pues el precio mínimo ha sido para el pimiento 0,36 €/kg (tipo italiano), calabacín 0,34 €/kg (tipo no designado), pepino 0,44 €/kg (corto o tipo español), berenjena 0,34 €/kg (tipo no designado) y tomate 0,47 €/kg (tipo pera). "

TERCERO- La CNC entiende que se ha probado una conducta prohibida en el art. 1.1 LDC 15/2007 y art. 101 TFUE porque:

-. En una situación de precios bajos en el sector hortofrutícola, las asociaciones de profesionales de agricultores de Almería alcanzan un acuerdo de unidad de acción sindical " Acuerdo de unidad de acción sindical entre **ASAJA**-Almería y **COAG**-Almería en relación con la crisis del sector hortofrutícola", en el que dichas asociaciones plantean un tabla reivindicativa con distintas medidas para conseguir, según el acuerdo, unos precios justos para los agricultores.

La CNC expresamente señala que no se sanciona la acción sindical, ni el acuerdo de unidad de acción, sino una de las acciones adoptadas, el acuerdo horizontal de fijación de precios.

Este acuerdo se inicia con la puesta en circulación por parte de **ASAJA** y **COAG**, en una asamblea multitudinaria celebrada el día 7 de diciembre de 2009, en el Polígono Industrial de la Redonda en El Ejido, del denominado "Documento de acuerdo precios de productos hortícolas" El citado documento es la ficha de adhesión, para agricultores y comercio, al acuerdo de **ASAJA** y **COAG**, por el que se crea un sistema de precios recomendados a recibir por el agricultor, supuestamente basado en los costes de producción, y revisable periódicamente.

El documento fija ya los primeros precios mínimos para pimiento, calabacín, pepino, berenjena y tomate (0,60 euros para pimiento california y lamuyo, 0,40 euros para calabacín, pepino, berenjena y pimiento italiano y 0,30 euros para tomate). Los agricultores que suscriban el acuerdo se comprometen a no vender por debajo de dichos precios, determinándose que en los albaranes de entrada de productos se recogerá el precio mínimo acordado y vigente en cada momento

El sistema de precios mínimos establecido prevé su revisión periódica en reuniones entre las partes, organizaciones **ASAJA** y **COAG** y las comercializadoras, y la primera reunión se celebra, según la nota distribuida por **ASAJA**, el día 10 de diciembre. En esta reunión o "Mesa de Trabajo" como se le denomina



en la Nota de Prensa, las partes tienen que acordar una reducción de los precios fijados para algunos de los productos (calabacín y pimiento lamuyo) porque no hay demanda al precio previamente fijado. No existe acreditación de reuniones posteriores.

Se puso en marcha por la actora y otras organizaciones agrarias, en el mes de diciembre de 2009, en un momento de crisis aguda del sector, un acuerdo para poner en marcha un sistema de fijación de precios recomendados para los productos hortofrutícolas. Se había previsto la celebración de reuniones periódicas para ajustar los precios, y la instauración de procedimientos de control como la inclusión del precio mínimo en los albaranes.

La CNC pone de relieve que el sistema creado por entre otras la actora, está diseñado para los pequeños agricultores que no tienen acceso a los grandes compradores o mercados y tienen que acudir a la comercialización en origen, vendiendo su cosecha en las lonjas o alhóndigas locales, necesita de estas empresas comercializadoras para su puesta en funcionamiento. Esto es especialmente relevante en Almería, por lo que era fundamental que las comercializadoras llevaran a cabo acciones como limitar el precio más bajo en las subastas a la baja, retirar parte de la producción y acciones similares para hacer efectivo el acuerdo dada la circunstancia de que en ese concreto sector hay un número muy alto de pequeños productores.

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

1) nulidad de la resolución recurrida por defectos e infracciones en el procedimiento

- . Vulneración del Art. 135 Ley 30/1992 porque la resolución administrativa que se recurre contiene una primera página que no se corresponde con la decisión sancionadora adoptada en la misma y los hechos y fundamentos que en las 43 páginas siguientes se refieren. Es trascendente porque debía contener la composición del Consejo que adopta la resolución y la descripción del acuerdo así como el primer antecedente de hecho.

- . Vulneración del art. 138 ley 30/1992 porque se acordó la práctica de una prueba pericial en un plazo en el que era imposible practicarla y no resolvió la petición de ampliación del plazo. Porque la DI tras requerir a la actora para cuantificar la multa impuesta no dio contestación al escrito de 25 de enero de 2011 solicitando aclaración de los requerimientos practicados y la ampliación del plazo. Porque no se resolvieron ni la solicitud de nulidad de actuaciones ni la solicitud de recusación de los funcionarios *"intervenientes en la propuesta de resolución realizada por mi poderdante en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución"* . Porque no se ha resuelto su solicitud de que se archivara el expediente porque los precios mínimos debían tener la consideración de salario mínimo interprofesional para los autónomos. Y porque el día 3 de agosto de 2011 no se le permitió examinar íntegramente el expediente administrativo.

- . Vulneración del art. 35 Ley 30/1992 porque el día 3 de agosto de 2011 no se le permitió examinar íntegramente el expediente administrativo.

- . Vulneración del art. 24 CE en relación con la práctica de la prueba pericial.

- . Vulneración del principio de interdicción de la reformatio in peius por no apreciar el Consejo la atenuante que proponía la DI.

- . Nulidad de la prueba recabada por la DI. Y ello porque no solo vulnera "el derecho sindical que ejerce mi poderdante" sino porque ha prejuzgado el asunto.

2) Nulidad de la resolución por inexistencia de infracciones contra la competencia .

- . La actora no es operador económico, sino asociación sindical.

- . La DI consideró a la actora como una entidad económica en el pliego de cargos y la resolución recurrida modifica de forma sustancial la imputación de la conducta y la propia naturaleza de la actora.

- . Se imputa a la actora haber suscrito un acuerdo de precios mínimos, *"que ni han suscrito, redactado o acordado, y ello sin ninguna prueba respecto a dicha suscripción, redacción o acuerdo por parte de mi poderdante"*.

El Abogado del Estado contesta todas y cada una de estas alegaciones para poner de manifiesto la falta de amparo de las mismas en la ley, y la procedencia de que se desestimen y con ellas el recurso.

QUINTO - . La actora sostiene que se ha vulnerado el art. 135 de la Ley 30/1992 porque la resolución administrativa que se recurre contiene una primera página que no se corresponde con la decisión sancionadora adoptada en la misma y los hechos y fundamentos que en las 43 páginas siguientes se refieren. El examen del expediente administrativo, al igual que la consulta de la página web de la CNC ponen de manifiesto que en ambos figura la resolución en su integridad, permitiendo conocer la composición del Consejo que la dictó, siendo irrelevante a los efectos denunciados que se aporte a los autos una fotocopia incompleta.



Se alega a continuación la vulneración del art. 138 Ley 30/1992 porque se acordó la práctica de una prueba pericial en un plazo en el que era imposible practicarla y no resolvió la petición de ampliación del plazo.

El examen del expediente administrativo pone de relieve lo infundado de tal alegación porque:

a) La propia actora reconoció en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que se admitió la prueba pero no se practicó. La prueba pericial debía aportarse por la recurrente, y no lo hizo pese a que transcurrió un plazo suficiente al efecto.

b) El día 22 de julio de 2011 la CNC requirió a la ahora actora la aportación del informe pericial, y si bien el plazo concedido fue breve, anteriormente había dispuesto de varios meses para aportarla.

En todo caso, para que su pretensión prosperara, es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente o lo que es lo mismo que "sea decisiva en términos de defensa" (STC 1/1996 , 219/I.998, 101/I.999). El Alto Tribunal ha señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas, en este caso, admitida pero no practicada (SSTC 149/1987 y 131/1995 y, de otra, " *quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia* " (SSTC 116/1983 , 147/1987 , 50/1988), " *ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo* " (SSTC 30/1986 , 1/1996 , 170/1998 y otras).

Pues bien, en el caso presente no concurren las notas requeridas para que pueda y deba apreciarse la vulneración del derecho fundamental que se alega porque la actora no detalla la trascendencia de dicha prueba, ni la ha propuesto nuevamente en autos.

Se alega a continuación que la DI tras requerir a la actora para cuantificar la multa impuesta no dio contestación al escrito de 25 de enero de 2011 solicitando aclaración de los requerimientos practicados y la ampliación del plazo, ni resolvieron la solicitud de nulidad de actuaciones ni la solicitud de recusación de los funcionarios " *intervenientes en la propuesta de resolución realizada por mi poderdante en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución* ".

Como pone de manifiesto el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos esta regulada en el art. 62 de la ley 30/1992 en los siguientes términos:

"Artículo 62 Nulidad de pleno derecho

1. *Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

2. *También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales."*



Las alegaciones de la actora no son constitutivas de ninguna de estas circunstancias, y en cuanto a la recusación de todos los funcionarios por atacar la libertad sindical esta Sala de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 4 de mayo de 2010 señaló que *"La CNC es competente para controlar la legalidad de acuerdos entre operadores económicos en el ámbito de las competencias atribuidas antes por la Ley 16/89 y ahora por la Ley 15/2007, y en este litigio no se está controlando la legalidad de un convenio colectivo, control que corresponde al ámbito jurisdiccional del orden social, sino las cláusulas de un Acuerdo que al menos en una serie de artículos no cumple los requisitos legales para ser jurídicamente considerado un convenio colectivo, y así lo ha declarado la jurisdicción competente"* (fundamento de derecho segundo).

En cuanto a que no se ha resuelto su solicitud de que se archivara el expediente porque los precios mínimos debían tener la consideración de salario mínimo interprofesional para los autónomos, de la lectura de las resoluciones dictadas en el expediente, y especialmente de la que le pone fin y es objeto de este recurso, resulta claramente que la Administración no considera que los precios pactados constituyeran un "salario mínimo" para los autónomos. Se indica que la jurisprudencia comunitaria ha resuelto la cuestión en el caso de la Carne de vacuno francesa, y que esta Sala de la Audiencia Nacional igualmente lo indicó en la sentencia de 22 de noviembre de 2010 .

Por otra parte, el artículo 135 LRJPAC establece: *"Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes. Los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de esta Ley"*.

El derecho de defensa supone que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador debe posibilitarse al expedientado el ejercicio de todos los derechos subjetivos especificados en el precepto transcrito. El derecho a conocer la acusación, a formular alegaciones y a proponer medios de prueba son instrumentos por medio de los cuales se hace efectivo el derecho de defensa. El derecho cuya infracción se alega no comprende el derecho del sujeto a un expediente administrativo sancionador a que se admitan y se acepten por la Administración sus alegaciones, como parece entender la actora.

En cuanto a la vulneración del art. 35 Ley 30/1992 porque el día 3 de agosto de 2011 no se le permitió examinar íntegramente el expediente administrativo, el art. 35 regula el acceso a los expedientes en trámite reconociendo el derecho *"A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos"*.

Ahora bien: la ley 15/2007 que regula el procedimiento en materia de defensa de la competencia contiene excepciones que justifican la limitación de este acceso por la protección de otros derechos que entran en pugna con el esgrimido por la recurrente, como es el de proteger determinadas informaciones.

Se alega la vulneración del principio de interdicción de la reformatio in peius por no apreciar el Consejo la atenuante que proponía la DI.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de febrero de 2011 , recordaba cual es la doctrina constitucional al respecto:

"Conforme a reiterada doctrina del máximo intérprete de la Constitución (entre las últimas, pueden consultarse las sentencias 204/2007 , FJ 3º; 41/2008 , FJ 2º; 88/2008, FJ 2 º; y 141/2008 , FJ 5º), la interdicción de la reformatio in peius, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 de la Norma Fundamental, tiene una dimensión constitucional evidente. Por un lado, representa un principio procesal integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y, por otro, constituye una proyección de los requerimientos inherentes a la congruencia de las resoluciones judiciales, que impide a los órganos jurisdiccionales exceder los límites en que esté planteado el recurso, provocando una agravación de la situación jurídica que para el recurrente se deriva de la sentencia discutida, con origen exclusivo en la propia interposición de la impugnación.

En el mismo sentido, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, hemos señalado que la prohibición o interdicción de la reforma en los términos expuestos constituye un principio procesal ampliamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala, negando que al resolver un recurso de alzada se pueda agravar la situación del recurrente. Hemos indicado que, en la actualidad, ese principio, ínsito en el pasado en el artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (BOE de 18 de julio), se encuentra plasmado con carácter general en el párrafo segundo del artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre), y en cuanto a los recursos administrativos en el artículo 113.3 in fine de la misma Ley , al establecer que en ningún caso



puede empeorarse la situación inicial del recurrente. Se trata de una garantía del régimen de los recursos en la vía jurisdiccional y en la administrativa, que encuentra su apoyo en el principio dispositivo, en la interdicción de la indefensión y en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva [sentencias de 2 de junio de 2003 (casación 2821/99 , FJ 3º), 23 de noviembre de 2005 (casación 5169/03, FJ 7 º) y 29 de enero de 2008 (casación 810/05 , FJ 3º)].

Si se admitiera que los órganos administrativos o los judiciales pudieran modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él cuestionada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley. Por ello, debe repudiarse toda reforma peyorativa, agravando la situación del recurrente a resulta del ejercicio por su parte del derecho a que la decisión administrativa o judicial se revise por un órgano superior."

En este supuesto no ha habido reformatio in peius, pues el Consejo, que es el órgano encargado por la ley 15/2007 de resolver el procedimiento, no está vinculado por la propuesta que hace la DI (art. 50.5 y art. 56 LDC).

SEXTO - Se alega que no han tenido lugar las infracciones de la LDC por las que ha sido sancionada, en primer lugar porque no es operador económico sino una asociación sindical.

En materia de aplicación de las normas antitrust a las organizaciones sindicales, la doctrina y la jurisprudencia nacional y comunitaria han concluido que:

- "El artículo 83 del Estatuto de los trabajadores permite que las partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios determinen el ámbito de aplicación que estimen oportuno, pudiendo, por consiguiente, decidir sobre sus ámbitos personal, funcional, territorial y personal, pero dicha potestad para determinar libremente los ámbitos de negociación no es absoluta, condicionándose, des esta manera, que los sujetos colectivos no puedan negociar fuera de su ámbito territorial y funcional de actuación, estando obligados por tanto, a respetar escrupulosamente las reglas de legitimación previstas en el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadoresestos límites alcanzan también a la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, aspecto este que debe ser resuelto por las partes negociadoras, respetando en todo caso los imperativos constitucionales y legales. Tales limitaciones no pueden calificarse como una lesión de la libertad concedida a las partes para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio". (Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el día 1 de junio de 2009).

- El TDC sancionó por Acuerdo de 19 de diciembre de 2001 al SINTRAB, resolución que por sentencia de 28 de febrero de 2005 fue confirmada por esta Sala , excepto en el extremo relativo a la cuantía de la multa, y esta sentencia a su vez fue confirmada por la dictada por el Tribunal Supremo el día 19 de marzo de 2008.

- La CNC es competente para controlar la legalidad de acuerdos entre operadores económicos en el ámbito de las competencias atribuidas por la Ley 15/2007, y en este litigio no se está controlando la legalidad de un acuerdo intersindical sino de un acuerdo sobre precios prohibido por la LDC. La actora está claramente actuando como un operador económico.

Finalmente, la Sala considera que se ha practicado prueba de cargo suficiente para entender acreditada la conducta por la que es sancionada la recurrente: en los folios 94, 204, 205, 208, 209 y 439 figura el documento encabezado por las siglas de entre otras la recurrente, denominado "Acuerdo de unidad de acción sindical entre **ASAJA**-Almería y **COAG**-Almería en relación con la crisis del sector hortofrutícola de la provincia".

La recurrente reconoció haber asistido a la reunión con las comercializadoras el día 10 de diciembre de 2009 repartiéndose una nota de prensa, de la que resulta que se acordó la revisión a la baja de determinados precios, estableciéndose una fecha para la reunión de seguimiento.

Como pone de relieve el Abogado del Estado, el documento con los denominados "precios de partida" no solo es mencionado por los diarios sino que consta en el expediente, sin que el hecho de que no aparezca la firma de la actora sea exculpatorio, como sostiene la actora. Del modo en que se hizo público, en una reunión convocada entre otros por la actora, junto con la identificación generalizada por el público y los medios de comunicación de la misma como responsable de tal acción sin que en momento alguno se opusiera a tal conclusión, resulta su autoría.

En relación con la imposición de la sanción, se alega la "nulidad de la aplicación de las normas para determinar la sanción" porque la actora no es un productor sino una Asociación sindical, y porque reconociéndose que la recurrente realizó "una acción sindical conjunta" con otra Asociación, se cuantifica de forma independiente la multa.

La CNC en la resolución impugnada ha tenido en cuenta el valor de la producción/comercialización imputable a la Asociación según lo dispuesto en el art. 63 LDC : "El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o



agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros". Las consideraciones tenidas en cuenta por la resolución impugnada son conformes con las previsiones de la ley de Defensa de la Competencia, y la sanción se ha impuesto a la recurrente en el grado mínimo.

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

SEPTIMO -. En virtud de lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , procede la condena al pago de las costas a la parte actora que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **UNION DE AGRICULTORES Y GANADEROS DE ALMERIA** contra el Acuerdo dictado el día 14 de diciembre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos. Con condena al pago de las costas a la parte actora.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.