



Roj: **SAN 2870/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:2870**

Id Cendoj: **28079230062013100342**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2013**

Nº de Recurso: **59/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Asociación de Jóvenes Agricultores de Almería (Asaja-Almería)**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Rafael Gamarra Megias, 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**, relativa sanción y la cuantía del presente recurso 25.570 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación de Jóvenes Agricultores de Almería (**Asaja-Almería**), y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Rafael Gamarra Megias, 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, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenido por reproducido el expediente sancionador, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día dieciocho de junio de dos mil trece.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de diciembre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 25.570 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

"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:...

- **ASAJA**-Almería una multa de 25.570€, (veinticinco mil quinientos setenta euros)..."

TERCERO : De la descripción que la Resolución realiza de la recurrente, destacamos:

"**ASAJA**-ALMERÍA

1. **ASAJA**-Almería es la Asociación Agraria Jóvenes Agricultores de Almería, con domicilio social en la Ctra. de Níjar, 218, 2ªA La Cañada de San Urbano, 04120-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 de ámbito provincial.

2. Se firma el acta de constitución de la Asociación el 19 de marzo de 1991, fruto de la unión de las mismas asociaciones que lo hicieron a nivel nacional. **ASAJA**-Almería cuenta con 3.034 miembros (de los que 570 se dedican a la producción de hortalizas) y 5 oficinas.

3. **ASAJA**-Almería es una asociación de ámbito provincial, distinta de la Asociación Agraria Jóvenes Agricultores (**ASAJA**), con plena personalidad jurídica, capacidad de obrar y con autonomía en el cumplimiento de sus fines (folio 316). Su ámbito territorial de actuación lo constituye la provincia de Almería y de acuerdo con sus Estatutos, artículo 8, pueden ser miembros de **ASAJA** las organizaciones profesionales agrarias de carácter general y ámbito provincial.

4. Su objetivo es la defensa de las explotaciones familiares y empresas agrarias bajo cualquier forma de iniciativa privada, y su desarrollo como actividad económica viable, buscando la mejora de las condiciones de acceso de los jóvenes al ejercicio de la actividad, su capacitación y formación profesional y en general defendiendo la competitividad del sector agropecuario en la provincia de Almería.

5. La cifra de producción de hortalizas declarada por **ASAJA**-Almería asciende a 56.155 toneladas en 2009."

CUARTO : Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

"Mercado de producto y geográfico

1. 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, que son los productos a los que se refiere la supuesta práctica de fijación de precios mínimos que se analiza en este expediente. Y su ámbito geográfico es la provincia de Almería

2. Desde una perspectiva jurídica, 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.

3. De acuerdo con la información del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (MARM), 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.

4. 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.

5. 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.



6. 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.

7. 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.

8. 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

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. La exportación, por ejemplo, se canaliza normalmente a través de grandes centrales de compra pero también existen cooperativas de segundo grado con presencia comercial directa en los mercados de destino. Según los Estudios de la Cadena de Valor y Formación de Precios, publicados por el Observatorio de precios de los alimentos del MARM, las conclusiones respecto a la exportación del calabacín, el pimiento y el tomate, serían:

Caracterización del sector hortícola de Almería

13. En España se destina al cultivo de frutas y hortalizas una superficie aproximada de 1,24 millones de hectáreas, correspondiendo el 26,1% a hortalizas. De esta superficie total, Andalucía, Valencia y Murcia reúnen más del 71%. En Andalucía, de los más de 5,1 millones de toneladas de frutas y hortalizas, los cultivos hortícolas representan el 81,8% y, de éstos, los que se cultiva de modo intensivo, bajo plástico o invernadero, suponen el 74%.

14. Según informes de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, 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.

15. En la provincia de Almería, mayoritariamente en su litoral, existen en la actualidad 26.500Ha. de horticultura intensiva, con una productividad media de 9Kg/m², destinándose a la exportación el 60% de la producción de 2.500.000Tm. y una facturación de 1.800 millones de euros, y habiéndose desarrollado a su alrededor 250 empresas de la industria auxiliar, con una facturación de más de 1.000 millones de euros.

16. El tamaño medio, en 2007, de cada explotación hortícola era de 2,12ha., bajando hasta 1,74ha. cuando se trata de cultivos en invernadero, lo que impacta en la rentabilidad de las explotaciones. En 2002 el 53,2% de los casos, las explotaciones están constituidas por una sola finca..."

En cuanto a la importancia en el mercado nacional de la producción de Almería, se afirma en la Resolución:

"- 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.

De acuerdo con los datos del Anuario de estadísticas del MARM de 2009, 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 y la provincia de Almería ha visto como es el producto que se ha impuesto entre los productores para los mercados internacionales. El peso del calabacín en Andalucía es tal que 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.

De acuerdo con los datos del Anuario de estadísticas del MARM de 2009, 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.

De acuerdo con los datos del Anuario de estadísticas del MARM de 2009, la provincia de Almería en 2008 produjo 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.

De acuerdo con los datos del Anuario de estadísticas del MARM de 2009, 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.

De acuerdo con los datos del Anuario de estadísticas del MARM de 2009, la provincia de Almería en 2008 produjo 26,61% de la producción nacional de tomate (todas las variedades).

21. En relación con las exportaciones, la Unión Europea de los 27 Estados miembros representó en la campaña 2007/08 el 97% de las exportaciones de los productos hortícolas almerienses más representativos. Los principales importadores son en este orden: Alemania, Francia, Países Bajos y Reino Unido.

22. Por último, existe información sobre precios en origen en el Observatorio de precios y mercados de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. 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).

23. 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)."

En cuanto a la concreta conducta imputada la Resolución la describe:

"C) HECHOS

ACREDITADOS

Se recogen a continuación los Hechos Acreditados que obran en el Informe y Propuesta de Resolución de la DI y aquéllos incorporados a raíz de las pruebas practicadas en fase de Consejo, que son relevantes para la resolución el expediente:

1. El 6 de diciembre de 2009 **ASAJA**-Almería y COAG-Almería acordaron iniciar un proceso de unidad de acción sindical a fin de realizar cuantas acciones conjuntas consideraron necesarias en defensa de una tabla reivindicativa que puede resumirse como sigue: i) medidas que garanticen precios justos basados en los costes de producción de cada uno de los productos en los diferentes meses de plantación y recolección; ii) mecanismos de regulación de los mercados que eviten la posición de dominio de la distribución; iii) aplicación del principio de preferencia comunitaria analizando los efectos que sobre las zonas productoras producen los acuerdos con terceros países; iv) control de las importaciones; v) aprobación de un plan de refinanciación de la deuda del sector agrario y de medidas fiscales; vi) puesta en marcha de un decreto de tipificación de los productos hortícolas en Andalucía; y vii) promover un compromiso de todo el tejido económico y social de la provincia. Las organizaciones firmantes dicen que constituirían una mesa de trabajo a la que invitarían a los representantes del comercio a fin de realizar un seguimiento de la evolución de los precios en origen y adoptar las medidas oportunas. El documento, remitido por las partes, se denomina "Acuerdo de unidad de acción sindical entre **ASAJA**-Almería y COAG-Almería, en relación con la crisis del sector hortofrutícola de la provincia", está encabezado por las siglas de ambas organizaciones que lo han firmado, y consta en el expediente (folios 94, 204, 205, 208, 209, 439).

2. Consta asimismo en el expediente documento de fecha 7 de diciembre de 2009, denominado "Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas", remitido el 16 de febrero de 2010 por el Delegado en Almería del periódico Ideal, en respuesta a requerimiento de información de la DI. En el escrito de remisión el Delegado del Ideal dice que el documento fue repartido en una reunión que los agricultores mantuvieron en el Polígono Industrial de la Redonda en El Ejido, convocados por las organizaciones agrarias **ASAJA** y COAG (folio 189)

El contenido del documento se transcribe textualmente (folio 190):

"Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas

D.

Con D.N.I. número en representación de la empresa

Acuerda con los representantes de las organizaciones agrarias **ASAJA** y COAG, crear un sistema de precios recomendados a percibir por el agricultor único y duradero en el tiempo y basado en los costes de producción de cada uno de los productos en los diferentes meses de plantación y recolección. Para ello se establecerá de común acuerdo en las reuniones que se establezcan los precios más adecuados.

Igualmente por la parte de agricultores y comercio se comprometen a no vender por debajo de lo acordado en cada una de las reuniones que se mantengan, y en caso de no acuerdo se mantendrá los precios de la reunión anterior hasta llegar a éste.

Los precios de partida son:

¥ Pimiento California y Lamuyo en todos sus colores: 0,60€uros

¥ Calabacín, pepino, berenjena y pimiento italiano: 0,40€uros

¥ Tomate: 0,30€uros

En todos los albaranes de entrada (para la subastas se considerarán las facturas del producto vendido) de productos irán reflejados los precios mínimos acordados para el producto finalmente vendido, en caso contrario quedarán a disposición de su propietario.

Y para que conste y surta los efectos oportunos, firman el presente documento en Almería a 07 de Diciembre de 2009."

3. Como se aprecia por el texto y formato es un documento preparado para que terceras partes puedan adherirse a un acuerdo con los representantes de las organizaciones agrarias **ASAJA** y COAG, para crear un sistema de precios mínimos a acordar en cada una de las reuniones que se prevé se celebrarán. Los términos a los que adherirse son: i) un compromiso para no vender por debajo de lo acordado en cada una de las reuniones que se mantengan; ii) precios de partida mínimos por kilo: 0,60 euros para pimiento california y lamuyo, 0,40 euros

para calabacín, pepino, berenjena y pimiento italiano y 0,30 euros para tomate; y iii) la obligación de reflejar los precios mínimos acordados en todos los albaranes de entrada o facturas...

10. Consta en el expediente un documento denominado **ASAJA-ALMERIA**. NOTA DE PRENSA, fechado el 10 de diciembre de 2009, y que lleva el título "**ASAJA** y COAG analizan la situación de los precios en origen con las empresas comercializadoras" aportada por El Periódico El Ideal y publicada por infoAgro en su página web, (folio 197). El subtítulo de la Nota es: "En esta primera reunión de seguimiento de los precios en origen, las cotizaciones de pimiento Lamuyo y calabacín han tenido que ser modificadas". El contenido de la nota es el siguiente:

"Las organizaciones agrarias **ASAJA** y COAG han mantenido un primer encuentro con las empresas comercializadoras dentro de la mesa de trabajo creada para realizar un seguimiento de los precios en origen. De este modo después de una sola jornada desde los actos reivindicativos de lunes y martes donde los agricultores decidieron no entregar producto, se ha decidido revisar los precios de calabacín hasta situarlo en el mínimo de 0,30 euros y de pimiento Lamuyo para situarlo en 0,50 euros.

El motivo de esta decisión, ampliamente debatida, ha sido la falta de demanda que en estos momentos el mercado tiene de calabacín y de esta clase de pimiento con el objetivo de incentivar su consumo.

Tal y como se había señalado con anterioridad, la creación de este sistema tiene el objetivo no sólo de controlar el estado de los precios en origen de los productos hortícolas, sino además estudiar la situación del mercado y la oferta de nuestros productos a través del consenso, buscando alcanzar la rentabilidad del agricultor y de la empresa.

La próxima reunión de seguimiento de los precios tendrá lugar el próximo lunes a primera hora de la mañana, en la que se intentará dar una salida para los productos destinados a industria y a algunas segundas categorías que tienen en estos momentos un alto valor comercial.

Destaca la gran implantación y el seguimiento que de esta medida están teniendo el resto de empresas de comercialización, que también se han comprometido a respetar unos precios de referencia dignos para el agricultor. No obstante, las reuniones seguirán realizándose con frecuencia para conseguir un sistema de control que garantice que la información sobre el cumplimiento del acuerdo procedente de las empresas es fiable y veraz, y sobre esto seguirá trabajándose en los próximos días.

11. Las asociaciones agrarias **ASAJA-Almería** y COAG-Almería en sendos escritos de fechas 2 de agosto de 2010, reconocen haber asistido a la reunión con las empresas comercializadoras del día 10 de diciembre de 2009 en la que se repartió la Nota de prensa (folios 536 y 540) recogida en el punto anterior.

Como se deduce de la Nota en dicha reunión de lo que puede considerarse la Mesa de Trabajo creada para realizar el seguimiento de los precios en origen, las asociaciones agrarias y comercializadoras decidieron, ante la falta de demanda, revisar a la baja el precio de dos de los productos previstos en el acuerdo, rebajando así el precio del calabacín a 0,30 euros y el del pimiento lamuyo a 0,50 euros por kilo.

Además fijan la siguiente reunión de seguimiento de precios para el lunes de la semana siguiente y se proponen seguir realizando reuniones con frecuencia, "para conseguir un sistema de control que garantice que la información sobre el cumplimiento del acuerdo procedente de las empresas es fiable y veraz, y sobre esto seguir trabajándose en los próximos días."

12. La preparación y ejecución de la acción y coordinación con el resto de organizaciones agrarias queda recogida en las Actas de reuniones de la Junta Directiva y del Comité Ejecutivo de **ASAJA-Almería** de diciembre de 2009 y enero de 2010, aportadas por **ASAJA-Almería** el 2 de agosto de 2010, en los términos que se recogen a continuación:

a) En relación de acuerdos, consta que en la Junta Directiva celebrada el 1 de diciembre de 2009: "Se acuerda mantener reuniones con el resto de organizaciones agrarias para analizar la situación del sector de frutas y hortalizas." (folio 654). En el Acta de la reunión se señala:

"Análisis de la situación y medidas a tomar; se informa de los resultados de las reuniones mantenidas con las empresas comercializadoras, así como de los resultados de los mismos. Una vez analizada la situación, se acuerda mantener reuniones con el resto de organizaciones agrarias con el objetivo de analizar la situación y ver qué tipo de medidas se pueden tomar." (Folio 703).

b) En el resumen de la Junta Directiva celebrada el 9 de diciembre de 2009: "Se aprueba la tabla reivindicativa que se ha elaborado conjuntamente con COAG de cara a desarrollar diferentes reuniones con administraciones." (folio 654). En el Acta de la reunión se señala:

"Análisis de la situación y medidas a tomar; el Presidente informa de las reuniones mantenidas con COAG y los acuerdos a los que se llegaron. Así mismo se informa que el día 06 de Diciembre se mantuvo una reunión

donde se elaboró una tabla reivindicativa de cara a desarrollar diferentes reuniones con administraciones y comercialización y distintas administraciones competentes con el objetivo de impulsar una corriente de opinión que ayude a mejorar la rentabilidad del productor. Una vez analizada la situación, se presenta el acuerdo de unidad de acción sindical entre **ASAJA** y COAG el cual es aprobado por unanimidad por la Junta Directiva." (Folios 705 y 706).

c) El Acta de la reunión de la Junta Directiva de 14 de diciembre de 2009 recoge: "Análisis de la situación y medidas a tomar; se informa de la evolución a la baja de los precios y la necesidad de mantener reuniones para solicitar una Ley de márgenes comerciales." (folio 709).

d) El Acta del Comité Ejecutivo de fecha 21 de enero de 2010, cuarto punto del Orden del día: "Informe sobre la comunicación recibida de la Comisión Nacional de la Competencia y medidas a tomar; el Presidente da lectura al documento recibido y comenta las actuaciones que se van a realizar una vez consultado con los servicios jurídicos de la Asociación y en coordinación con el resto de organizaciones agrarias que también lo han recibido." (folio 675).

13. En los primeros días de diciembre de 2009 diversos medios de comunicación de la provincia de Almería informan sobre la existencia en el sector hortícola de un acuerdo de fijación de precios mínimos y sobre la constitución de una mesa de trabajo para regular la variación de los precios. A continuación se resumen las noticias más relevantes:

a) Noticia del 3 de diciembre a las 21.56 de Europa Press (folio 164) en la que se habla de una reunión celebrada esa tarde de **ASAJA** y COAG con las organizaciones comerciales (COHEXPAL, ECOHAL) en la que las organizaciones de agricultores proponen que se cree un órgano que haga cumplir a las empresas del sector los acuerdos que se alcancen en decisiones conjuntas como... "establecimiento de unos precios mínimos de producto".

b) Noticia del 05/12/2009, publicada en LA VOZ DE ALMERIA y titulada "Una plataforma de agricultores anticrisis se concentra hoy en Níjar" (folio 118). En la noticia aparecen frases entrecomilladas atribuidas a D. XXX portavoz de un nuevo movimiento agrario, la Plataforma Social Agraria Independiente, que se constituyó el 30 de noviembre de 2009 en Almería:

"Son necesarias medidas directas y rápidas y hay que coger el toro por los cuernos porque la situación es límite."

Y añade la noticia,

"Sobre los precios mínimos de 0,30 euros que empezaran este lunes día 7 de diciembre añadió lo siguiente:

Está bien, pero puede ser mejor".

La empresa Novotécnica, S.A, a petición de la DI, declaró la veracidad del párrafo transcrito y que el contenido obedece a las manifestaciones del Sr. XX (folio 198).

c) Noticia del 08 de diciembre de 2009, publicada en el periódico IDEAL en papel y titulada "Los agricultores plantan cara a la comercialización" y en la versión digital "Una comisión mixta fijará los precios mínimos semanalmente de comercialización agraria en Almería" (folios 119 y 165). El periódico ratifica la publicación de la noticia el día 8 de diciembre en las páginas 2 y 3 del IDEAL, que dice da cuenta de la reunión que los agricultores mantuvieron en el Polígono de la Redonda, convocados por **ASAJA** y COAG y adjunta el Documento de precios que dice se repartió en la reunión (folios 189 y 190). A continuación se destacan párrafos de la noticia:

"...cerrar las comercializadoras de frutas y hortalizas de la provincia hasta que se comprometan a no vender por debajo de un precio mínimo establecido para cada variedad de producto."

"Los agricultores almerienses y sus organizaciones agrarias han levantado las movilizaciones que impidieron el sábado la comercialización de productos tras alcanzar un acuerdo para conformar una comisión mixta encargada de fijar los precios mínimos de comercialización."

"Los agricultores estarán representados por sus organizaciones agrarias en dicha comisión, que se encargará de fijar unos precios mínimos de venta, por debajo de los cuales estará prohibida la venta."

"Una comisión que ya ha fijado los precios para esta semana, que han de empezar a operar a partir de mañana y que son 30 céntimos de euro el kilo para el tomate, 60 para el pimiento Lamuyo y California y 40 para el resto de hortalizas."

"...en caso contrario, se volverán a plantear medidas de presión."



d) Noticias de 07 y 10 de diciembre de 2009, publicadas en TELEPRENSA WORLD S.L. y tituladas "PROA se suma al acuerdo de precios mínimos" y "Las Alhóndigas se suman al mínimo de 30 céntimos de euro". Se destaca: (folios 10 y 11)

"La ejecutiva de la Asociación de Productores Profesionales de Almería PROA, ha decidido en su última reunión apoyar el acuerdo de precios mínimos propuesto por las organizaciones agrarias a las asociaciones COEXPHAL y ECOHAL."

"Asimismo los miembros de la Ejecutiva de PROA piden a los responsables de todas las empresas comercializadoras de Almería que respalden la medida para que sea efectiva..."

"La Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de Andalucía apoya el acuerdo de precios mínimos alcanzado por los representantes del sector hortofrutícola de Almería con los sindicatos."

"...respetar el pacto por el que agricultores y empresas se comprometen a no vender los productos hortofrutícolas por debajo de un precio mínimo..."

e) Noticia del 10 de diciembre de 2009, publicada en El ALMERIA y titulada "Agricultores destapan a las firmas que venden como local el producto marroquí". La redactora del periódico Diario de Almería (anteriormente EL ALMERÍA) y autora del artículo, a petición de la DI, declaró que la información es cierta y que se basa en una rueda de prensa que ofrecieron el 9 de diciembre de 2009 D. XX, Secretario Provincial de COAG-Almería, D. XX, Presidente de **ASAJA**-Almería, y D. XX, Gerente de ECOHAL (folio 163). Un extracto de la noticia que consta en el expediente (folio 12):

"Las organizaciones agrarias **Asaja** y Coag, la asociación de alhóndigas Ecohal y la asociación de cosecheros-exportadores Coexphal han firmado un acuerdo, descrito como histórico, para fijar unos precios mínimos para los productos hortofrutícolas en origen de acuerdo a los costes de producción y a la oferta y demanda, así como para crear una mesa de trabajo que regule la variación de estos precios.

"En esta línea, se han establecido unos precios de partida por kilo de 0,60 euros para pimiento california y Lamuyo, 0,40 euros para calabacín, pepino, berenjena y pimiento italiano y 0,30 euros para tomate. Asimismo, esta mañana se desarrollará la primera ronda de reuniones entre los productores, Coexphal y Ecohal."

"...Los productores vigilarán el cumplimiento del acuerdo, de forma que premiarán a las empresas que lo desempeñen y denunciarán a las que no lo hagan."

f) Noticia del 14/12/2009, publicada en DIARIO DE SEVILLA y titulada "Almería fija precios mínimos en el campo". Del texto que consta en el expediente (folio 14) se destaca:

"Las organizaciones agrarias **Asaja** y COAG de Almería, la asociación de alhóndigas Ecohal y la asociación de cosecheros-exportadores Coexphal firmaron esta semana un acuerdo, descrito como histórico, para fijar unos precios mínimos para los productos hortofrutícolas en origen de acuerdo a los costes de producción y a la oferta y demanda, así como para crear una mesa de trabajo que regule la variación de estos precios".

"...precios de partida por kilo de 0,60 euros para pimiento california y lamuyo, 0,40 euros para calabacín, pepino, berenjena y pimiento italiano y 0,30 euros para tomate. Al día siguiente, asociaciones agrarias y comercializadoras decidieron, ante la falta de demanda, rebajar el precio del calabacín a 0,30 euros y el del pimiento lamuyo a 0,50 euros por kilo".

14. La DI ha realizado un estudio de las facturas del periodo diciembre 2009 a febrero 2010 aportadas por las partes, ALHÓNDIGAS, COAG-Almería y **ASAJA**-Almería, y con los precios del Observatorio de Precios y Mercados de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía del que se deduce que no ha habido un seguimiento total, dado que se observan facturas cuyos precios están por debajo de los precios mínimos establecidos en el acuerdo.

15. No se ha detectado que en las facturas analizadas haya quedado reflejado el precio mínimo como así pretendía el "Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas".

QUINTO : La Resolución impugnada, al analizar la conducta señala:

"La conducta. De acuerdo con la DI la conducta analizada en este expediente y acreditada por los hechos que constan en el expediente habría consistido en un acuerdo horizontal de fijación de precios, contrario al artículo 1.1.a) de la LDC y al 101.1.a) del TFUE, entre COAG-Almería, **ASAJA**-Almería y ALHÓNDIGAS.

Por las declaraciones de las partes se pone de manifiesto que la conducta se desarrolla en un entorno de situación de precios bajos en el sector hortofrutícola, en el que las asociaciones profesionales de agricultores de Almería alcanzan un acuerdo de unidad de acción sindical, denominado, "Acuerdo de unidad de acción sindical entre **ASAJA**-Almería y COAG-Almería, en relación con la crisis del sector hortofrutícola de la provincia", en el

que plantean un tabla reivindicativa con distintas medidas para conseguir, dicen, unos precios justos para los agricultores (H.P.C.1). Pero no es la acción sindical, ni el citado acuerdo de unidad de acción el objeto de este expediente, sino una de las acciones concretas llevadas a cabo, el acuerdo horizontal de fijación de precios.

El 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), que los que se unan al acuerdo se comprometen a cumplir ya no vender por debajo de dichos precios, y establece que en los albaranes de entrada de productos se recogerá el precio mínimo acordado y vigente en cada momento (H.P.C.2)...

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.

El Consejo está de acuerdo con la DI en que en el expediente está fehacientemente acreditado como se pone de manifiesto en los HP que las organizaciones agrarias **ASAJA**-Almería y COAG- Almería, en el mes de diciembre de 2009 y en un momento de crisis aguda del sector, llegaron a un acuerdo para poner en funcionamiento un sistema de establecimiento de precios recomendados para los productos hortofrutícolas. El sistema, preveía reuniones periódicas para el ajuste de los precios y, de forma incipiente, procedimientos de control como la inclusión del precio mínimo en los albaranes...

Ahora bien el sistema creado por las dos organizaciones o sindicatos agrarios, al estar 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. En particular en Almería una cantidad importante de la producción se comercializa por estos canales. La actuación por tanto de las comercializadoras, poniendo suelo a los precios en las subastas a la baja, retirando segundas categorías o parte de la producción, y acciones similares, como dice Alhóndigas en su comunicado de adhesión, es la única forma de hacer efectivo el acuerdo, en ausencia de la adhesión al mismo del universo de agricultores, lo que se ve dificultado dado el elevado número de pequeños productores, según consta en el expediente."

Pues bien, la CNC llega a la conclusión de que la conducta "es un acuerdo de precios mínimos, cuyo objeto es limitar o falsear la competencia, es decir que es anticompetitivo por el objeto, sin que sea necesario probar la existencia de efectos, sino únicamente que tiene aptitud para producirlos. Porque como dice el artículo 1 de la LDC y el 101 del TFUE y ha reiterado la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, lo que se prohíbe son los acuerdos que o bien tengan por objeto, o bien puedan producir el efecto de alterar las condiciones de competencia. No es necesario por tanto para constatar y declarar la infracción tener en cuenta la existencia de efectos."

SEXTO : Esta Sala ha declarado de manera reiterada que:

"... conviene destacar, de un lado, que 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. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido..., y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto..., la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida." (sentencia de 8 de julio de 2002, recurso 393/1999).

La recurrente puede, por lo expuesto, realizar una conducta infractora de la libre competencia. Ahora bien, hemos de analizar si efectivamente la ha realizado.

La propia CNC, al analizar la aplicación de la regla de minimis afirma:



"Conducta de menor importancia del art. 3 del RDC.- Todas las imputadas alegan falta de aptitud del acuerdo para afectar a la competencia de forma significativa por falta de capacidad de las partes para imponer el acuerdo a sus miembros.

Aluden asimismo las organizaciones profesionales a que, incluso de existir acuerdo, dado que representan a los pequeños agricultores y que su cuota es inferior al 5%, no tendría ningún efecto, incluso sin tener en cuenta la competencia de los productos del norte de África.

*Finalmente **ASAJA**-Almería apela al contexto jurídico económico para solicitar al Consejo que declare no aplicable el artículo 1 de la LDC a la conducta. Basa esta petición la Organización Agraria en su condición de organización sindical y en el hecho que alega de la falta de aptitud del acuerdo para producir efectos negativos sobre la competencia en el mercado, y apoyándose en la valoración de ausencias de efectos que hace la DI.*

El Consejo es muy consciente del carácter socio-sindical de las organizaciones profesionales agrarias y del papel de la Asociación de Alhóndigas, pero como ya se ha explicado más arriba, dicho carácter de los autores no reduce la capacidad del acuerdo de afectar a la competencia. En efecto, el acuerdo de precios mínimos, publicado y extendido por toda la prensa de la zona, pasa de ser el precio acordado para un conjunto de productores a convertirse en un precio de referencia para todos los productores de la zona, con aptitud para afectar a ámbitos territoriales y de afiliación superiores a la representación y al ámbito de cobertura de las organizaciones que lo fijan, debido entre otras razones a la práctica de otras medidas que se desarrollaron en la situación conflictiva en que se produjo, que no son objeto de este expediente.

Por tanto, el acuerdo analizado en este expediente en ningún caso puede incardinarse en los acuerdos de menor importancia del artículo 5 de la Ley, puesto que el artículo 2 del RDC excluye expresamente la fijación de los precios de venta de los productos. Y tampoco cabe la aplicación del artículo 3 del mencionado Reglamento en la medida en que tal como se ha expuesto en el párrafo anterior, en ningún caso puede considerarse no apto para afectar de forma significativa a la competencia."

La cuestión relativa a la regla de menor importancia, se integra en el elemento objetivo de la infracción, y por ello hemos de examinarla previamente al examen del dolo o culpa.

Admitimos que en abstracto la conducta que analizamos puede constituir una infracción de la Ley 15/2007, pues se trata de una negociación conjunta de precios para la venta de productores a comercializadores.

Ahora bien, hemos de considerar dos aspectos esenciales, el primero, no nos encontramos ante empresarios sino ante organizaciones sindicales cuya finalidad es la defensa de de intereses socio sindicales, y el segundo, al ser la recurrente una entidad de base asociativa es esencial considerar la cuota de asociados.

Desde tales puntos de vista, el objeto o fin que persigue la actora al realizar la conducta es, como señala la propia CNC, obtener una posición de negociación con las comercializadoras adecuada, dada la atomización de la oferta de producción, por tanto se pretende asegurar un precio apto para cubrir costes, todo ello inserto en una situación de crisis del sector.

De otra parte se afirma por las interesadas que la cuota que les corresponde es inferior al 5% - afirmación no contradicha por la CNC -.

Pues bien, el artículo 5 de la Ley 15/2007 establece:

"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado."

El Real Decreto 261/2008 establece es su artículo 3 :

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia."

Cierto que el artículo 2 del citado Reglamento, excepciona de la conducta de menor importancia la que tenga por objeto la fijación de precios de venta a terceros, pero en este caso los productores no se han concertado en una fijación de precios, ya que lo que se pretende es negociar un precio conjunto para los productores a través de sus asociaciones para igualar en la negociación el poder de mercado de los comercializadores, a efectos de obtener un precio que permita cubrir costes, y sobre todo, conseguir una negociación sobre precios que coloque en la misma posición de poder de mercado a los productores y comercializadores. La recurrente es una entidad que agrupa a los productores, y por ello, como resulta de los propios fundamentos de la Resolución



impugnada, el objeto no es fijar los precios de venta, sino negociar a favor de los asociados unos precios adecuados a los costes. Por ello no es de aplicación el artículo 2, pues no es una conducta aticompetitiva por objeto de fijación de precios, sino una conducta encaminada a obtener una posición de poder en la negociación de precios de venta a productores, siendo de aplicación el artículo 3, y por ello han de examinarse los efectos.

SEPTIMO : El Tribunal de Justicia, afirmaba en su sentencia de 13 de diciembre de 2012 :

"Sobre la cuestión prejudicial

14 *Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis.*

15 *Procede recordar que, con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.*

16 *Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, un acuerdo entre empresas no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (sentencias de 9 de julio de 1969, Völk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7 ; de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 77; y de 21 de enero de 1999, Bagnasco y otros, C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135, apartado 34, y de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 50).*

17 *Así pues, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros (sentencias de 24 de octubre de 1995, Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartado 18; de 28 de abril de 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 12, y de 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, Rec. p. I-2437, apartado 68).*

18 *En lo que atañe a la función de las autoridades de los Estados miembros dentro de la observancia del Derecho de la Unión en materia de competencia, el artículo 3, apartado 1, primera frase, del Reglamento nº 1/2003 establece un estrecho vínculo entre la prohibición de las prácticas colusorias por el artículo 101 TFUE y las correspondientes disposiciones del Derecho nacional de la competencia. Cuando la autoridad nacional de competencia aplique las disposiciones del Derecho nacional que prohíben las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, dicho artículo 3, apartado 1, primera frase, impone que asimismo se le aplique, de forma paralela, el artículo 101 TFUE (sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros, C-17/10, Rec. p. I-0000, apartado 77).*

19 *Con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, la aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de tales acuerdos si no restringen la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.*

20 *De ello se desprende que las autoridades de competencia de los Estados miembros sólo podrán aplicar las disposiciones de Derecho nacional que prohíban las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido del artículo 101 TFUE, si este acuerdo es una restricción sensible de la competencia en el mercado interior.*

21 *El Tribunal de Justicia ha declarado que la existencia de tal restricción ha de apreciarse en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo (véase la sentencia de 6 de mayo de 1971, Cadillon, 1/71, Rec. p. 351, apartado 8). Procede examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe (véase la sentencia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291, apartado 58). Procede tomar igualmente en consideración la naturaleza de los bienes o de los servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido la sentencia Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada, apartado 49).*

22 *En el marco de su examen, el Tribunal de Justicia ha considerado, en particular, que un acuerdo de exclusiva, aun acompañado de una protección territorial absoluta, tan sólo afecta al mercado de manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en ese mercado (véanse las sentencias antes citadas Völk, apartado 7, y Cadillon, apartado 9). Sin embargo, en otros casos, no se ha basado en la posición*



de los interesados en el mercado pertinente. Así, en el apartado 35 de la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, estimó que un acuerdo entre los miembros de una asociación bancaria que excluía la facultad de aplicar un tipo de interés fijo en relación con la apertura de un crédito en cuenta corriente, no puede ejercer una influencia restrictiva sensible en el juego de la competencia, puesto que la variación del tipo de interés depende de elementos objetivos, tales como las variaciones producidas en el mercado monetario.

23 De los puntos 1 y 2 de la Comunicación de minimis resulta que la Comisión pretende establecer, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE y de la jurisprudencia citada en los apartados 16 y 17 de la presente sentencia.

24 En lo que atañe a la redacción de la Comunicación de minimis, su carácter no vinculante para las autoridades de competencia y para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, se subraya en la tercera frase de su punto 4.

25 Además, en las frase segunda y tercera del punto 2 de dicha Comunicación, la Comisión precisa que los umbrales de cuotas de mercado utilizados establecen unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101 TFUE, pero que esta definición negativa del carácter sensible de tal restricción no implica que los acuerdos entre empresas que superen estos límites restrinjan la competencia de forma sensible.

26 Asimismo, a diferencia de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO 2004, C 101, p. 43), la Comunicación de minimis no contiene mención alguna en la que se haga constar la existencia de declaraciones de las autoridades de competencia de los Estados miembros según las cuales éstas reconocen los principios de dicha Comunicación y se comprometen a respetarlos.

27 De los objetivos perseguidos por la Comunicación de minimis, según se mencionan en su punto 4, resulta que ésta no pretende vincular a las autoridades de competencia ni a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

28 En efecto, de este punto se desprende, por un lado, que la referida Comunicación pretende exponer el modo en que la Comisión, actuando como autoridad de competencia de la Unión, aplicará el artículo 101 TFUE. En consecuencia, mediante la Comunicación de minimis, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de violar los principios generales del Derecho, en particular, la igualdad de trato y la protección de la confianza legítima (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 211). Por otro lado, pretende brindar una orientación a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar dicho artículo.

29 De ello se desprende, tal como el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar, que una comunicación de la Comisión, como la Comunicación de minimis, no es imperativa para los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer, C-360/09, Rec. p. I-0000, apartado 21).

30 Así, dicha Comunicación se publicó en el año 2001 en la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea, la cual, a diferencia de la serie L de éste, no tiene por objeto publicar actos jurídicamente vinculantes, sino sólo informaciones, recomendaciones y dictámenes relativos a la Unión (véase, por analogía, la sentencia de 12 de mayo de 2011, Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09, Rec. p. I-0000, apartado 35).

31 De ello se deriva que, con el fin de determinar el carácter sensible o no de una restricción de la competencia, la autoridad de competencia de un Estado miembro podrá tomar en consideración los umbrales establecidos en el punto 7 de la Comunicación de minimis sin no obstante estar obligada a aplicarlos. En efecto, tales umbrales son únicamente algunos de los indicios que permiten a esta autoridad determinar el carácter sensible o no de una restricción en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo.

32 En contra de lo que Expedia alegó en la vista, habida cuenta del tenor literal del punto 4 de la Comunicación de minimis, las diligencias emprendidas y las sanciones impuestas por la autoridad de competencia de un Estado miembro a empresas que participen en un acuerdo que no alcance los umbrales definidos en la referida Comunicación no pueden, como tales, vulnerar los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

33 Además, tal como puso de manifiesto la Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, el principio de legalidad de los delitos y las penas no exige que la Comunicación de minimis sea considerada como una norma jurídica vinculante por las autoridades nacionales. En efecto, las prácticas colusorias ya se hallan prohibidas por el Derecho primario de la Unión, a saber, por el artículo 101 TFUE, apartado 1.

34 En la medida en que Expedia, el Gobierno francés y la Comisión manifestaron dudas en sus observaciones escritas o en la vista sobre la afirmación del órgano jurisdiccional remitente de que era pacífico que el acuerdo



controvertido en el asunto principal tenía un objeto contrario a la competencia, es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del litigio principal es competencia del juez nacional (véase la sentencia de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 49 y jurisprudencia citada).

35 A continuación, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

36 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

37 Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia.

38 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición.

Costas

39 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE], deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión Europea en su Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE] (de minimis), siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición."

A los efectos de lo afirmado en el fundamento jurídico anterior hemos de destacar el siguiente párrafo de la sentencia:

" 36 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29)."

La Comunicación de la Comisión 2001/C 368/07 declara:

"3. Además es posible que los acuerdos no entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 porque no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. La presente Comunicación no se ocupa de esta cuestión. No se establecen criterios cuantitativos de lo que no constituye un efecto sensible sobre el comercio. Se acepta, sin embargo, que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas, tal y como son definidas en el anexo de la Recomendación 96/280/CE de la Comisión(3), raramente pueden afectar al comercio



entre los Estados miembros de forma sensible. De acuerdo con la versión en vigor de dicha Recomendación, pequeñas y medianas empresas son aquellas que emplean a menos de 250 trabajadores y que tienen o bien unos ingresos anuales no superiores a los 40 millones de euros o una cifra de balance total que no supera los 27 millones de euros.

4. En los casos que entren en el ámbito de la presente Comunicación, la Comisión no incoará un procedimiento, ni previa petición ni por iniciativa propia. Cuando las empresas entiendan de buena fe que un acuerdo reúne las condiciones de la presente Comunicación, la Comisión no impondrá multas. A pesar de que no tenga carácter vinculante para estas instancias, la presente Comunicación también pretende brindar una orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 81.

5. La presente Comunicación también es aplicable a las decisiones de las asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas...

7. La Comisión considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81:

a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores)(4); o

b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores).

En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10 %.

8. Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares), los umbrales de cuota de mercado fijado en el punto 7 quedarán reducidos al 5 %, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5 % no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado(5). Es improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30 % de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares.

9. La Comisión también estima que los acuerdos no restringen la competencia si las cuotas de mercado del 10, 15 y 5 %, respectivamente, citadas en los puntos 7 y 8, registran un incremento inferior a dos puntos porcentuales durante dos años naturales consecutivos.

10. Para calcular la cuota de mercado, se ha de determinar el mercado de referencia. Éste consta del mercado de productos de referencia y del mercado geográfico de referencia. A la hora de definir el mercado de referencia, se tendrá en cuenta la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (6). Las cuotas de mercado se calcularán sobre la base de datos referentes a valor de las ventas o, en su caso, de las compras. Cuando estos datos no estén disponibles, otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, entre la que se incluyen datos referentes a volumen, podrán ser usadas.

11. Los puntos 7, 8 y 9 no se aplicarán a los acuerdos que contenga cualesquiera de las restricciones especialmente graves siguientes:

1) En lo que se refiere a los acuerdos entre competidores definidos en el apartado 7, restricciones que, ya sea de manera directa o indirecta y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto(7):

a) la fijación de los precios de venta de los productos a terceros;

b) la limitación de la producción o las ventas;

c) el reparto de mercados o clientes..."

En conclusión, no estamos ante un acuerdo de precios de venta a terceros, sino ante una negociación entre los representantes sindicales de los productores y los comercializadores, por ello la conducta ha de valorarse por el efecto, no por el objeto, ya que la finalidad, repetidamente señalada, lo es negociar precios de venta de los productores a los comercializadores, desde una posición adecuada para los primeros.



En cuanto al efecto, se afirmó por las sancionadas que la cuota es inferior al 5%, sin que la CNC lo haya contradicho. Tampoco se acredita un efecto sensible en la libre competencia, la propia CNC afirma que no se ha detectado que los precios señalados se aplicasen en las facturas, por lo que es de aplicación la regla de conducta de menor importancia, y en consecuencia, no procede imponer sanción.

De lo expuesto resulta la estimación del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por Asociación de Jóvenes Agricultores de Almería (**Asaja**- Almería), y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Rafael Gamarra Megias, 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**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en lo que a la recurrente se refiere, sin expresa imposición de 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

que formula la Magistrada LUCIA ACIN AGUADO a la sentencia de 24 de junio de 2013 dictada en el recurso 59/2012

Discrepo con todo respeto del criterio mantenido en la sentencia y entiendo que debía haberse desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las razones que expongo a continuación:

La resolución de la CNC de 14 de diciembre de 2011 declara que la Coordinadora de Agricultores y Ganaderos de Almería (COAG-Almería), la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores de Almería (**ASAJA**-Almería) y la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Alhóndigas), han cometido una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistente en un acuerdo de fijación de precios mínimos de pimiento california, lamuyo e italiano, calabacín, pepino, berenjena, y tomate.

El acuerdo tuvo una duración muy limitada en el tiempo. Se considera iniciado el 7 de diciembre de 2009 con la puesta en circulación por parte de **ASAJA**-Almería y COAG en una asamblea multitudinaria celebrada en un polígono industrial en el Ejido el 7 de diciembre de 2009 del denominado "*documento de acuerdo de precios de productos hortícolas*" al que se adhirió el 9 de diciembre de 2009 de forma pública y notoria la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas. Finalizó con el requerimiento de cese realizado por la Dirección de Investigación el 11 de enero de 2010.

La sentencia después de reproducir en el fundamento de derecho segundo a quinto partes de la resolución de la CNC recurrida estima el recurso con base a las siguientes consideraciones contenidas en el fundamento de derecho sexto y séptimo:

- 1) No nos encontramos ante empresarios sino ante organizaciones sindicales cuya finalidad es la defensa de los intereses sindicales.
- 2) El objeto o fin que persigue la actora al realizar la conducta es como señala la propia CNC obtener una posición de negociación con las comercializadoras adecuada dada la atomización de la oferta de producción por tanto se pretende asegurar un precio apto para cubrir costes, todo ello inserto en una situación de crisis del sector.
- 3) En este caso los productores no se han concertado en una fijación de precios ya que lo que se pretende es negociar un precio conjunto para los productores a través de sus asociaciones para igualar un precio que



permita cubrir costes y sobre todo conseguir una negociación sobre precios que coloque en la misma posición de mercado a los productores y comercializadores.

4) Es aplicable la regla de la conducta de menor importancia ya que no estamos ante un acuerdo de fijación de precios sino ante una negociación entre los representantes sindicales de los productores y los comercializadores. Por tanto la conducta ha de valorarse por el efecto y no por el objeto. Reproduce los párrafos 14 a 39 de la sentencia del TJ de 13 de diciembre de 2012 y los párrafos 3 al 11 de la comunicación de la comisión y concluye que en este caso no procede imponer sanción al ser aplicable la regla de minimis ya que la cuota de las sancionadas es inferior al 5% (dato aportado por las partes sin que la CNC lo haya contradicho) y no acreditarse un efecto sensible en la libre competencia (la propia CNC afirma que no se ha detectado que los precios señalados se aplicasen en la factura).

Con todo respeto no comparto estos razonamientos

La sentencia si bien reconoce al inicio del fundamento de derecho sexto que la organización sindical puede realizar una conducta contraria a la competencia teniendo en cuenta el concepto de operador económico o empresa a efectos de determinar el sujeto infractor de la normas de la competencia (toda entidad que realice una actividad económica o que reúna operadores que ejerzan dicha actividad como es el caso en que las asociaciones de productores están integrados por organizaciones profesionales agrarias) considera que en este caso "no nos encontramos ante empresarios sino ante organizaciones sindicales que ha actuado en defensa de intereses socio-sindicales". Considero tal como entiende la CNC que no puede aceptarse que bajo el título de acción sindical, se amparen conductas contrarias a las normas de competencia, como es el caso de los acuerdos de fijación de precios mínimos, que sin lugar a dudas exceden de los límites de una acción sindical legítima. En este sentido ninguna objeción hace el Consejo en relación al documento de 6 de diciembre de 2009 titulado "acuerdo de unidad de acción sindical entre **ASAJA-Almería** y **COAG-Almería**) en relación con la crisis del sector hortofrutícola de la provincia" en el que entre otras cosas dichas organizaciones acuerdan iniciar un proceso de unidad de acción sindical a fin de realizar cuantas acciones conjuntas consideraron necesarias en varias áreas y entre ellas "medidas que garanticen precios justos basados en los costes de producción de cada uno de los productos en los diferentes meses de plantación y recolección". Asimismo se indica que constituirían una mesa de trabajo a la que invitarían a los representantes del comercio a fin de realizar un seguimiento de la evolución de los precios en origen y adoptar las medidas oportunas. Lo que se reprocha es el acuerdo de fijación de precios mínimos plasmado en el documento que se distribuyó en la reunión convocada por dichas organizaciones sindicales al día siguiente.

La conducta sancionada constituye una fijación de precios mínimos. Por lo tanto es una infracción por objeto con independencia de la intención de las partes al realizarla. Esa conducta consta acreditada a la vista de los hechos que se recoge en la resolución recurrida y que se reproducen en la sentencia. Como señala la CNC la plasmación del acuerdo sobre fijación de precios mínimos es el documento de adhesión que consta en el expediente repartido el 7 de diciembre de 2009 en la reunión de agricultores convocada por **ASAJA** y **COAG** y que publicitaron y expandieron los medios de comunicación y al que se adhirió públicamente 2 días después la comercializadora Alhóndigas.

Dicho documento se reproduce literalmente en el apartado 2 de los hechos acreditados de la resolución de la CNC (y así se recoge en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia). Se trata de un documento preparado para que terceras partes puedan adherirse a un acuerdo con los representantes de las organizaciones agrarias **ASAJA** y **COAG**, para crear un sistema de precios mínimos a acordar en cada una de las reuniones que se prevé se celebrarán. Los términos a los que adherirse son: i) un compromiso para no vender por debajo de lo acordado en cada una de las reuniones que se mantengan; ii) precios de partida mínimos por kilo: 0,60 euros para pimiento california y lamuyo, 0,40 euros para calabacín, pepino, berenjena y pimiento italiano y 0,30 euros para tomate; y iii) la obligación de reflejar los precios mínimos acordados en todos los albaranes de entrada o facturas. Por otra parte no se trata sólo de un acuerdo de precios entre productores ya que para su puesta en marcha se requiere la participación de las comercializadoras para que pongan suelo a los precios en las subastas a la baja teniendo en cuenta que el sistema creado por las dos sindicatos agrarios está diseñado para 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. Así lo reconoce la propia comercializadora sancionada en su comunicado de adhesión al citado documento de fijación de precios de 7 de diciembre de 2009 al señalar que su participación en el acuerdo es la única forma de hacerlo efectivo dado el elevado número de pequeños productores. Por otra parte el 10 de diciembre de 2012, (3 días después de ese documento de fijación de precios de 7 de diciembre) en una mesa de trabajo de **ASAJA-Almería** y **COAG** se fijan nuevos precios para algunos productos dada la falta de demanda para comprar al precio mínimo de oferta (hecho acreditado 3 que se reproduce en la sentencia) y se fija el precio mínimo del calabacín en 0,30 euros y de pimiento lamuyo en 0,50 euros. Por otra parte ese acuerdo de fijación de precios fue difundido por



diversos medios de comunicación de Almería que informan sobre la existencia en el sector hortícola de un acuerdo de fijación de precios y que se recogen en el hecho acreditado 13.

En cuanto a la aplicación de la regla de la conducta de menor importancia. El artículo 5 Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (LDC 2007) prevé que los artículos 1, 2 y 3 LDC no se aplicarán a las conductas de escasa importancia que no afecten de forma significativa a la competencia. Indicar en primer lugar que la calificación de una conducta como de menor importancia no sólo impide la imposición de la sanción sino que impide declarar la existencia de una conducta prohibida (ya sea por falta de tipicidad o antijuricidad según sostienen distintos sectores doctrinales). Los criterios para determinar cuándo una conducta es de escasa importancia se determinan en el Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por RD 261/2008 (RDC 2008). (conforme al artículo 6 de la Comunicación de minimis de la Comisión del año 2001 la misma no es vinculante). El artículo 1 RDC 2008 se refiere a las "Conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado", el artículo 2 se refiere a "conductas excluidas del concepto de menor importancia" (entre ellos el acuerdo de fijación de precios) y el artículo 3 "Otras conductas de menor importancia". Por tanto lo primero que hay que determinar es si se trata de una conducta excluida del concepto de menor importancia conforme al artículo 2. Si se trata de una conducta excluida del concepto de menor importancia conforme al artículo 2 no se puede aplicar de modo automático la regla de minimis contenida en el artículo 1 (que califica como conducta de menor importancia las realizadas por empresas que no superen una determinada cuota de mercado en el mercado relevante afectado). Ahora bien ello no excluye que aun siendo una conducta excluida del concepto de menor importancia conforme al artículo 2, pueda ser calificada como conducta de menor importancia conforme a los criterios establecidos en el artículo 3 RDC 2008 que establece que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada Ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia"*.

La CNC por ello aun considerando que se trata de un acuerdo de precios mínimos (por tanto excluido del concepto de menor importancia contenido en el artículo 2 del RDC) analiza en la sentencia si es aplicable el artículo 3 RDC y por tanto si la conducta es apta para afectar de manera significativa a la competencia y así señala que *"tampoco cabe la aplicación del artículo 3 del mencionado Reglamento en la medida en que tal como se ha expuesto en el párrafo anterior, en ningún caso puede considerarse no apto para afectar de forma significativa a la competencia"* y en el párrafo anterior señala *"El Consejo es muy consciente del carácter socio-sindical de las organizaciones profesionales agrarias y del papel de la Asociación de Alhóndigas, pero como ya se ha explicado más arriba, dicho carácter de los autores no reduce la capacidad del acuerdo de afectar a la competencia. En efecto, el acuerdo de precios mínimos, publicado y extendido por toda la prensa de la zona, pasa de ser el precio acordado para un conjunto de productores a convertirse en un precio de referencia para todos los productores de la zona, con aptitud para afectar a ámbitos territoriales y de afiliación superiores a la representación y al ámbito de cobertura de las organizaciones que lo fijan, debido entre otras razones a la práctica de otras medidas que se desarrollaron en la situación conflictiva en que se produjo, que no son objeto de este expediente"*.

La sentencia partiendo de que no se trata de un acuerdo de precios considera que se trata de una conducta de menor importancia porque la cuota es inferior al 5% y no se acredita un efecto sensible en la competencia reconociendo la propia CNC que no se han detectado que los precios señalados se aplicasen en las facturas. Discrepo de este razonamiento.

Considero que el hecho de que la cuota es inferior al 5% (extremo por otra parte que no se ha acreditado sino sólo alegado en el escrito de demanda sin ningún tipo de prueba) no es suficiente para calificar la conducta de menor importancia de forma automática ya que no es aplicable el artículo 1 RDC 2008 al tratarse de un acuerdo excluido por el artículo 2. Para aplicar el artículo 3 RDC 2008 no es suficiente con afirmar que la cuota es inferior al 5% sino que debe acreditarse siempre que no es apta para afectar de manera significativa a la competencia. Por tanto puede darse el caso de que conforme al artículo 3 RDC 2008 no se considere un acuerdo de menor importancia un acuerdo de precios en que la cuota de mercado de las empresas intervinientes en los mercados relevantes afectados sea inferior a los coeficientes señalados en el artículo 1 (es el caso analizado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2012 asunto C-226/1) y a sensu contrario que se considere una conducta de menor importancia a una conducta de acuerdo de precios u otra prohibida en el artículo 2 RDC (véase en este sentido la resolución de la CNC de 30 de julio de 2012 dictada en el expediente s/0369/11 Texaco) en que la cuota de mercado de las empresas en los mercados relevantes afectados sea superior a los coeficientes señalados en el artículo 1 ya que el criterio relevante para aplicar el artículo 3 RDC 2008 es si dicha conducta es apta para afectar de manera significativa a la competencia con independencia de si se haya o no incluida en el artículo 2 referido "conductas excluidas del concepto de menor importancia".



No se puede identificar la falta de aplicación del acuerdo con la falta de aptitud para afectar de manera significativa a la competencia y comparto los criterios expuestos por la CNC de que en este caso la conducta es apta para afectar de manera significativa a la competencia. En efecto en este caso el mercado de producto es el mercado de producción y comercialización mayorista de productos hortofrutícolas en concreto de pimiento, california, lamuyo e italiano, calabacín, pepino, berenjena y tomate y su ámbito geográfico la provincia de Almería. Tal como recoge la CNC conforme a los datos del Anuario de estadísticas del MARM de 2009, la provincia de Almería en 2008 produjo 48,67% de la producción nacional de pimiento, el 70,01% de la producción nacional de calabacín, el 57,11% de la producción nacional de pepino el 63,85% de la producción nacional de berenjena y el 26,61% de la producción nacional de tomate. Por otra parte precisamente como la oferta está muy atomizada (en Almería existen 26.500 Ha de horticultura intensiva, el 53,2 % de los casos las explotaciones están constituida por una sola finca y el tamaño medio en 20007 de cada explotación es de 2,12 ha) era complicado aunar las voluntades de los agricultores y conseguir la aplicación uniforme del acuerdo y por ello se buscó la adhesión al acuerdo de las comercializadoras mayoristas (el sistema de comercialización mediante alhóndigas es importante en Almería, con una cuota de mercado elevada (40%). Así en concreto 2 días después de la fijación de precios por parte de las organizaciones de productores se adhirió la comercializadora aquí sancionada ALHONDIGAS que es la Asociación de Comercializadoras alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la CCAA de Andalucía que integra a entidades que se dedican a la comercialización mediante el sistema de subastas asumiendo el compromiso de no vender productos hortofrutícolas por debajo del precio mínimo. Asimismo se difundió la existencia del acuerdo mediante notas o ruedas de prensa en que se daba publicidad a los acuerdos de precios mínimos acordados pasando a convertirse en un precio de referencia para todos los productores de la zona, con aptitud para afectar a ámbitos territoriales y de afiliación superiores a la representación y al ámbito de cobertura de las organizaciones que lo fijan. Por tanto si bien no están acreditados los efectos (en parte debido a la inmediata detección del acuerdo por la CNC que prácticamente al mes de aprobarse dirigió a las partes un requerimiento) ello no tiene ninguna incidencia ya que el hecho de que no hubiera un seguimiento por parte de los agricultores del acuerdo no excluye la aptitud del mismo para afectar de manera significativa a la competencia.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.