



RESOLUCION (Expte. S/0231/10, Productos Hortofrutícolas)

Consejo:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 14 de Diciembre de 2011.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0231/10, Productos Hortofrutícolas, instruido por la Dirección de Investigación contra la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores de Almería (ASAJA-Almería), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos de Almería (COAG-Almería) y la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En enero de 2010, la Dirección de Investigación (DI) inició una información reservada, tras tener conocimiento, a través de unas informaciones aparecidas en prensa en diciembre de 2009, (folios 4-17) de la posible existencia en el sector hortofrutícola de un acuerdo de fijación de precios mínimos y de la constitución de una mesa de trabajo para regular la variación de los precios, por parte de determinadas organizaciones profesionales agrarias, asociaciones

alhóndigas y asociaciones de cosecheros-exportadores. El 11 de enero de 2010 hizo requerimientos de información a COAG-Almería; ASAJA-Almería; COEXPHAL (Asociación de Organizaciones de Productores de Frutas y Hortalizas de Almería); PROA (Asociación de Productores Profesionales de Almería); a la Interprofesional de Frutas y Hortalizas de Andalucía, HORTYFRUTA; y a la agrupación ECOHAL (Asociación de Alhóndigas de Almería), (folios 18-75). Las respuestas constan en el expediente (folios 76-119 y 210-211).

2. En febrero de 2010 la DI hizo requerimientos de información a los siguientes medios de comunicación: periódico IDEAL; LA VOZ DE ALMERÍA; TELEPRENSA WORLD, S.L.; EL ALMERÍA; y DIARIO DE SEVILLA, sobre diversas noticias publicadas (folios 120-124, 135-144 y 150-158). Los medios aportaron en su respuesta otras noticias de interés para el expediente, de las cuales cabe destacar la noticia de ALHÓNDIGAS titulada: “La Asociación de Alhondiguistas de Andalucía se adhiere al acuerdo de precios mínimos” (folios 145-149, 163-177, 188-198 y 212).
3. También en febrero la DI llevó a cabo nuevos requerimientos de información a COAG-Almería; ASAJA-Almería; COEXPHAL y PROA. Requirió a COEXPHAL información no aportada en la primera solicitud y aclaraciones sobre la noticia de ALHÓNDIGAS publicada en su página Web (folios 125-134, 159-162 y 182-187). Con fecha 17 de febrero de 2010, se recibieron respuestas de ASAJA-Almería y COAG-Almería, aportándose en ambas la llamada tabla de reivindicaciones (folios 201-209). Con fechas 18 de febrero, y 2 y 5 de marzo de 2010 se recibieron respuestas de PROA y COEXPHAL (folios 210-211 y 213-220).
4. El 8 de marzo de 2010, tras analizar la información obtenida, y considerando que había indicios racionales de la comisión de una infracción de la LDC, la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG) y Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS), por posibles conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, y lo notificó a las partes (folios 223-264).
5. El 29 de marzo de 2010, la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG) alegó al acuerdo de incoación: *“que esta coordinadora a la que represento no ha participado en la elaboración, ni firmado ningún acuerdo de fijación de precios”* (folios 278-282).
6. El 31 de marzo de 2010, en alegaciones al acuerdo de incoación ASAJA indicó: *“en los hechos descritos en dicho acuerdo como constitutivos de la infracción imputada, ni ésta asociación ni ninguno de sus representantes ha tenido participación o intervención alguna”* y *“por las supuestas conductas prohibidas que se describen en el Acuerdo de incoación de expediente sancionador y de los documentos anexos a su notificación, la Dirección de Investigación de la*

Comisión Nacional de la Competencia se refiere a unas conductas supuestamente realizadas por la Asociación ASAJA-Almería”. (folios 283-289).

7. Con fecha 13 de abril de 2010 se recibieron alegaciones al acuerdo de incoación por parte de ALHÓNDIGAS en las que dice que, dada la naturaleza de la Asociación, no es posible que puedan intervenir en la fijación de precios, que se deben de tener en cuenta las circunstancias y el contexto en el que se produjeron los hechos y que la Asociación no firmó el acuerdo, tan solo mostró su “apoyo” en nota de prensa. Señala asimismo que la Alhóndiga lo único que hace es poner en contacto al vendedor y al comprador (folios 303-315).
8. Vistas las alegaciones de COAG y ASAJA la DI solicitó información a COAG-Almería y ASAJA-Almería en relación con su representatividad, Estatutos, Actas de reuniones, facturas de venta e inconsistencias entre los documentos obrantes en el expediente. A la vista de la información obtenida de COAG-IR, ASAJA, COAG-Almería y ASAJA-Almería, la DI consideró que los presuntos responsables de los hechos objeto del expediente de referencia no eran COAG-IR y ASAJA, sino que eran COAG-Almería y ASAJA-Almería, por lo que con fecha 22 de julio de 2010, acordó la ampliación del acuerdo de incoación del expediente sancionador de referencia por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, entendiéndose también incoado contra ASAJA-Almería y COAG-Almería, notificándolo a las partes el 23 de julio. El acuerdo de ampliación considera que los presuntos responsables de los hechos objeto del expediente de referencia no son COAG-IR y ASAJA, sino que son COAG-Almería y ASAJA-Almería y, por tanto, “*a partir de este momento las actuaciones relativas al expediente de referencia se entenderían únicamente con ASAJA-Almería, COAG-Almería y ALHÓNDIGAS*” (folios 484 a 526 bis). La DI continuó la instrucción en relación exclusivamente a COAG-Almería, ASAJA-Almería y Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS).
9. El 16 de noviembre de 2010 la DI, de acuerdo con lo previsto art. 50.3 de la LDC y a los efectos previstos en el mismo, notificó a los interesados el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) en el que concluía lo siguiente:
 - (1) *A la vista de todo lo actuado y de conformidad con el artículo 33.1 del RDC, se considera que:*
 - *el acuerdo adoptado por 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) constituye una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC, así como del artículo 101 TFUE, consistente en un acuerdo de fijación de precios mínimos de determinados productos hortícolas.*

- *se considera responsable de dicha infracción a 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).*
 - *no ha resultado acreditada la responsabilidad en dicho acuerdo de la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA) ni de la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG), tal y como se señala en la ampliación del acuerdo de incoación de 22 de julio de 2010.*
10. Con fecha 18 de noviembre de 2010 se solicitó, a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, el Informe Preceptivo previsto en el artículo 5 apartado Cuatro, de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, a que se refiere el artículo 33.2 del RDC (folio 1.261). Dicho Informe tuvo entrada en la CNC el 16 de diciembre de 2010 (folios 1.402 a 1.407).
 11. Con fecha 15 de diciembre de 2010 tuvieron entrada en la CNC escritos de alegaciones al PCH de ALHÓNDIGAS, ASAJA-Almería y COAG-Almería, (folios 1.295-1.401). ALHÓNDIGAS y ASAJA-Almería solicitaban el inicio de la Terminación Convencional.
 12. El 20 de enero de 2011, la DI notificó a las partes la denegación de inicio de Terminación Convencional por considerar, en particular, que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente (folios 1.426 y 1.439 bis2).
 13. El 7 de febrero de 2011, conforme a lo previsto en el art. 33.1 del RDC, la DI procedió al cierre de la fase de instrucción notificándolo a los interesados en esa misma fecha (folios 1.720 a 1.734).
 14. El 15 de febrero de 2011, conforme al artículo 50.4 de la LDC la DI notificó a los interesados la Propuesta de Resolución informándoles que en el plazo de 15 días podían formular las alegaciones que tuvieran por convenientes y en su caso, propuestas para la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo de la CNC, así como la solicitud de celebración de Vista.
 15. Las alegaciones de las partes a la Propuesta de Resolución, tuvieron entrada en la CNC los días: 7 de marzo ALHÓNDIGAS; 8 de marzo COAG-Almería, y 9 de marzo ASAJA-Almería, siendo remitidos al Consejo por la DI el día 11 de marzo de 2011.
 16. El 8 de marzo de 2011 la DI elevó al Consejo el Informe y Propuesta de Resolución a que se refiere el artículo 50.5 de la LDC, proponiendo que declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistentes en un acuerdo de fijación de precios mínimos de pimiento california, lamuyo e Italiano, calabacín, pepino, berenjena, y tomate, calificado como infracción muy grave según el artículo

62.4.a) de la LDC, y siendo responsables de las mismas COAG-Almería, ASAJA-Almería y ALHÓNDIGAS.

17. El Consejo en su sesión de 15 de junio de 2011 acordó la remisión a la Comisión del Informe y Propuesta de Resolución. de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia del Tratado, suspendiéndose el plazo máximo para resolver el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.2 c) de la LDC suspende y reanudándose el cómputo del plazo, transcurrido el plazo de un mes desde la suspensión.
18. Por Acuerdo de 22 de julio de 2011 el Consejo, teniendo en cuenta la regulación sobre la práctica de Pruebas y la celebración de Vista, acordó no celebrar Vista y en relación con las pruebas solicitadas por las partes, acordó lo siguiente:
 - incorporar al expediente como aportación de parte las pruebas documentales que acompañan a las alegaciones de ALHÓNDIGAS y COAG-Almería al IPR (folios 1.956 a 1.961 y 2.098 a 2.125).
 - solicitar a la Subdelegación del Gobierno en Almería que remita toda la información que considere relevante, respecto a la posible conflictividad social en el sector agroalimentario a que se refiere este expediente, en las primeras semanas del mes de diciembre de 2009; sobre posibles reuniones mantenidas con los implicados y, en su caso, sobre las denuncias presentadas. Con esta prueba el Consejo da cumplimiento a la propuesta de ALHÓNDIGAS respecto a la solicitud de información a la Policía Nacional y a la Guardia Civil.
 - La incorporación al expediente del informe pericial a que se refiere COAG-Almería en su escrito de alegaciones, a cuyos efectos deberá aportarlo.

Por el contrario el Consejo no consideró justificado ni necesario para la formación de su juicio en la resolución del expediente, la testifical solicitada por ALHÓNDIGAS de los presidentes o personal trabajador de las instalaciones de las alhóndigas miembros de la Asociación, sin perjuicio de que ALHÓNDIGAS pudiera aportar declaraciones de dicho personal, como ya había aportado las del gerente de AGROPONIENTE, S.A., y las de los presidentes de E.H.FEMAGO, S.A., y AGRUPALMERIA, S.A., que fueron incorporadas al expediente.

Para la práctica de las pruebas el Consejo suspendió con fecha 22 de julio de 2011 el plazo máximo para resolver, reanudándose el cómputo del mismo con efectos de 1 de septiembre de 2011.

19. Recibida la respuesta de la Subdelegación del Gobierno en Almería, que aportaba dos informes de Policía y de la Guardia Civil, de fechas 12 y 23 de mayo respectivamente, que habían sido emitidos a petición de un representante de ALHÓNDIGAS, y enviados al mismo, (folio 2.225), fue incorporada al expediente junto con la prueba y con fecha 12 de agosto de 2011, se puso a

disposición de los interesados para valoración de prueba (folio 2.237), recibándose alegaciones de COAG Almería el 24 de agosto (folio 2.262) y las de ASAJA Almería el 1 de septiembre (folio 2.269). Con fecha 27 de octubre de 2011, fuera de plazo, se recibieron las alegaciones en valoración de prueba de Alhóndigas, en las que consta la fecha de 18 de octubre de entrada en el registro de la Junta de Andalucía.

20. En la fase de valoración de prueba, y en escrito de fecha 1 de septiembre de 2011, ASAJA Almería reproduce un documento que dice aportó junto con sus alegaciones de 5 de marzo de 2011, pero del que este Consejo no ha tenido conocimiento hasta ese momento, porque ni se le menciona en las citadas alegaciones al IPR, ni había sido enviado junto con las mismas, pero que, incorporado al expediente ha sido tenido en cuenta por el Consejo.
21. Por Acuerdo de 3 de noviembre de 2011 el Consejo, de acuerdo con el artículo 51.1 de la LDC, solicitó a las partes información necesaria para la resolución del expediente, quedando suspendido el plazo máximo para resolver. Los días 15 y 30 de noviembre tuvieron entrada en el registro de la CNC las respuestas de COAG Almería y ASAJA Almería; Con fecha 28 de Noviembre de 2011 se levanta la suspensión. El 5 de diciembre tiene entrada en la CNC el escrito de respuesta de ALHÓNDIGAS comunicando que no puede aportar la información solicitada.
22. El Consejo deliberó y terminó de resolver sobre este expediente en su reunión de 13 de diciembre de 2011.
23. Son interesadas en este expediente:
 - Coordinadora de Agricultores y Ganaderos de Almería (COAG-Almería).
 - Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores de Almería (ASAJA-Almería), y
 - Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS).

HECHOS PROBADOS

A) LAS PARTES.

Con la información obtenida de los Estatutos de las Asociaciones y de la página web de las mismas, la DI, hace la siguiente descripción de las partes finalmente imputadas en este expediente:

- **COAG-ALMERÍA**

1. COAG-Almería es la Unión de Agricultores/as y Ganaderos/as de Almería, con domicilio social en C/ Invernaderos nº 11, 04738 -Puebla de Vúcar-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.

2. 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.
3. 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).
4. La cifra de producción de hortalizas declarada por COAG-Almería asciende a 65.220 toneladas en 2009.

- **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.

- **ALHÓNDIGAS (o ACAFHA)**

1. ALHÓNDIGAS es la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, (en junio de 2008 el ámbito territorial de actuación de la Asociación pasa de la provincia de Almería a la Comunidad Autónoma Andaluza), con domicilio en Almería, Ctra. de Ronda nº 11, 1º E. Constituida al amparo de la Ley 19/77, de 1 de abril y Real Decreto 873/77 de 22 de abril, que regula las Asociaciones Profesionales Empresariales, para la defensa y promoción de sus intereses peculiares derivados de su actividad económica.
2. La asociación se integra por entidades que se dedican a la comercialización de frutas y verduras mediante el sistema de subasta en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
3. Sus fines y objetivos se describen en el artículo 7 de sus Estatutos y, entre otros, son: la defensa de los intereses determinados por la actividad económica de la asociación y de sus miembros, el fomento del cultivo y la comercialización de frutas y hortalizas, promoción de la calidad de la producción, negociar y suscribir acuerdos que afecten a sus miembros (folios 722 y 723).
4. Sus miembros son: AGRUPALMERÍA, S.A. (dedicada a la subasta de tomate en sus variedades más amplias, pertenece al grupo empresarial FEMAGO y junto con AGROCASTELL conforman unos de las compañías más grandes del sector hortofrutícola almeriense), AGROPONIENTE, S.A. (empresa que forma parte del Grupo AGROPONIENTE, se forma por comercializadores del poniente almeriense, mayoristas y exportadores de frutas y verduras, con almacén mixto dedicado a la venta en origen (subasta) y a la comercialización en destino y exportación), VEGACAÑADA, S.A., (empresa que forma parte del Grupo AGROPONIENTE, se dedica a comercializar diversos tipos de productos hortofrutícolas, pero en especial el tomate), E.H. FEMAGO, S.A. (es un grupo dedicado fundamentalmente a las subastas, cuyos inicios se remontan a los años cuarenta. Los servicios que presta al agricultor son: asesoramiento técnico, servicio de normalización, envases, instalaciones para exposición, venta de género, servicio de descarga de género. La casi totalidad de su campaña parte hacia el mercado internacional) y COOPERATIVA PROVINCIAL AGRARIA Y GANADERA SAN ISIDRO LABRADOR (CASI) (es una organización de productores de frutas y hortalizas, que agrupa a un gran número de agricultores del levante almeriense. Sus instalaciones de La Cañada (Almería) son el mayor punto de comercialización en origen del tomate, en sus diferentes variedades, del sudeste español). Estas empresas se dedican a la venta al por mayor de frutas, verduras y hortalizas y en especial a la exportación. Algunos cuentan con fincas propias de producción, aunque no son de gran superficie (entre 0,8 y 12ha., siendo la superficie invernada de la provincia de Almería en torno a 27.000ha.).

5. La cifra de comercialización de hortalizas declarada por ALHÓNDIGAS asciende a 424.276 toneladas en 2009 (folios 1.095-1.098).

B) DESCRIPCIÓN DEL MERCADO EN QUE SE DESARROLLA LA CONDUCTA.

El IPR, con información de distintas fuentes según la DI (Comunicación de la Comisión: *“Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa”*. 2009; Informes del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino MARM, del estudio *“diagnóstico y análisis estratégico del sector agroalimentario español”* del año 2003 y estudios de la Cadena de Valor y Formación de Precios del Observatorio de Precios sobre los productos pimiento, calabacín y tomate) hace una amplia descripción del mercado de producción y comercialización de productos hortofrutícolas en el que se desarrollan las prácticas investigadas. A continuación se recogen los aspectos más relevantes a efectos de este expediente:

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 california, 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 cultivan 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.

17. En la campaña 2007/08 la producción del sector hortícola de Almería fue la siguiente:

| Producto | Superficie 2008 (ha) | Producción 2008 (t) |
|--------------------|-----------------------------|----------------------------|
| Tomate | 8.090 | 932.090 |
| Pimiento | 7.039 | 446.421 |
| Pepino | 4.551 | 382.734 |
| Calabacín | 4.472 | 242.121 |
| Judía verde | 1.259 | 18.665 |
| Berenjena | 1.622 | 126.204 |

Fuente: Avance de superficie y producciones. Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. Los datos de superficie de cultivo en 2008 son avances y los datos de 2007 son provisionales

18. Dentro de cada uno de los productos analizados existe una amplísima variedad de subproductos que en ocasiones reflejan diferencias sustanciales de calidad y precio. Los distintos productos se clasifican a su vez en categorías extras, I y II, en función de si su calidad es superior, es buena o no puede clasificarse como ninguna de las anteriores. Las variedades o tipos más vendidos de cada producto se recogen en el cuadro siguiente:

| <i>Pimiento</i> | <i>Tomate</i> | <i>Calabacín</i> | <i>Berenjena</i> | <i>Pepino</i> |
|-------------------------------|-------------------|------------------|------------------|----------------|
| <i>Verde California/Corto</i> | <i>Raf</i> | <i>Verde</i> | <i>Semilarga</i> | <i>Español</i> |
| <i>Verde Lamuyo/largo</i> | <i>Liso</i> | <i>Blanco</i> | <i>Redonda</i> | <i>Almería</i> |
| <i>Verde italiano</i> | <i>Rama</i> | | <i>Rayada</i> | <i>Francés</i> |
| | <i>Pera</i> | | | |
| | <i>Cherry</i> | | | |
| | <i>Larga vida</i> | | | |

Fuente: elaboración propia.

19. El sistema de comercialización mediante alhóndigas es importante en Almería, con una cuota de mercado elevada (~40%), según un artículo de la revista Distribución y Consumo nº 90, (2002). Dada la atomización de la oferta existente, hay iniciativas desde la Junta de Andalucía para la concentración de la oferta del sector agrícola almeriense.
20. Respecto a los productos concretos a los que afecta la práctica analizada en el PCH, cabe señalar los siguientes datos, obtenidos de Hortifruta y del

MARM, que muestran la gran importancia de Almería como provincia productora de las hortalizas afectadas por las prácticas investigadas:

- 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).

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.
4. La referencia en el documento es genérica a COAG y ASAJA. Ambas organizaciones nacionales niegan haber participado o autorizado dicho documento (folios 279 y 317). ASAJA en alegaciones presentadas a 31 de marzo de 2010 al Acuerdo de incoación expone que, *“es preciso aclarar que por las supuestas conductas prohibidas que se describen en el Acuerdo de incoación de expediente sancionador y de los documentos anexos que se adjuntan a su notificación, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se refiere a unas conductas supuestamente realizadas por la Asociación ASAJA-ALMERÍA, que es una Asociación de ámbito territorial provincial y distinta a la ASOCIACIÓN AGRARIA JÓVENES AGRICULTORES, de ámbito territorial estatal, cada una de ellas con acta fundacional propia de distinta fecha y con estatutos diferentes.”* (folio 284). Ha de entenderse por tanto que la referencia genérica se refiere a ASAJA-Almería y COAG-Almería, al igual que el documento previo de *“Acuerdo de unidad de acción sindical entre ASAJA-Almería y COAG-Almería en relación con la crisis del sector hortofrutícola de la provincia”* del día 6.
5. COAG-Almería y ASAJA-Almería también se pronuncian en igual sentido, negando la participación de las organizaciones nacionales. COAG-Almería señala en su escrito de fecha de entrada 29 de junio de 2010: *“confirmar que no debe entenderse por esta DI que dichas siglas corresponden a COAG IR, pues ésta no participó en los hechos acontecidos durante aquellos días de diciembre de 2009”* (folios 438). Y ASAJA-Almería señala en su escrito de fecha de entrada 15 de julio de 2010: *“confirmar que no debe entenderse por esta DI que dichas siglas corresponden a ASAJA, pues ésta no participó en los hechos acontecidos durante aquellos días de diciembre de 2009”* (folios 470 y 471).

6. La existencia y conocimiento por el sector del citado *“Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas”*, está ratificado por otros operadores. HORTYFRUTA en su respuesta de 21 de enero de 2010 a la solicitud de información de la CNC dice lo siguiente: *“Somos conocedores de que en las fatídicas fechas de finales de noviembre y principios de diciembre de 2009, algunas organizaciones elaboraron un acuerdo-modelo para la creación de un sistema de precios recomendados.”* (folio 78).
7. La Asociación COEXPHAL en sus respuestas a la DI de fecha 25 de enero y 26 de febrero de 2010 se refiere a la concentración del 7 de diciembre de 2009 en el Polígono La Redonda: *“A primera hora los piquetes forzaron el cierre de todas las empresas comercializadoras en Almería, y amenazaron con continuar el bloqueo de todos aquellos que no aceptaran el “acuerdo de precios”, y a una reunión celebrada en la noche de ese mismo día en la que, entre otros temas, se trata en la reunión “ la exigencia generalizada de los agricultores de establecer unos precios mínimos”* (folios 110 y 218).
8. La Asociación de Productores Profesionales de Almería, PROA indicó en su respuesta de 22 de enero de 2010 a la solicitud de información de la CNC: *“Conocemos la intención de algunas Organizaciones Agrarias para la obtención de unos precios de referencia, tratando de atajar el problema con que los agricultores almerienses nos encontramos actualmente.”* (folio 210).
9. El 9 de diciembre de 2009, ALHÓNDIGAS publica en la página web de COEXPHAL una nota de prensa titulada *“La Asociación de Alhondiguistas de Andalucía se adhiere al acuerdo de precios mínimos”* (folios 179-181), en la que ALHÓNDIGAS muestra su apoyo al acuerdo de precios mínimos alcanzado por los representantes del sector hortícola de Almería con los sindicatos. El comunicado recoge textualmente que se compromete a:

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

Y añade,

“La Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y hortalizas de Andalucía desde el inicio de la campaña ha secundado de forma activa las acciones que se han venido llevando a cabo para paliar la caída de las cotizaciones de los productos hortofrutícolas, como la retirada de segundas categorías,...”.

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”*.
16. En la fase de Prueba y Vista ante el Consejo, a propuesta de ALHÓNDIGAS, el Consejo solicitó a la Subdelegación del Gobierno en Almería que remitiera toda la información que considerara relevante sobre la conflictividad en el sector agroalimentario en los primeros días de diciembre, así como si tenía conocimiento de posibles reuniones realizadas entre los implicados y, en su caso, las denuncias presentadas. (folio 2.212). En su respuesta, recibida el 4 de agosto de 2011, la Subdelegación del Gobierno en Almería aporta sendos informes de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía, de fecha 14 de

junio de 2011, emitidos a petición de Alhóndigas, en los que se describe la conflictividad en esos días; dice no tener constancia de reuniones y en cuanto a las denuncias dice que, con motivo de los hechos ocurridos el día 7 de diciembre, por la Guardia Civil se formuló denuncia contra los Secretarios Provinciales de ASAJA y COAG, que finalmente fueron sancionados con una multa de 1.800 euros cada uno (folio 2.225).

17. De los Informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FyCSE) (folios 2.227 a 2.230) se deduce que los días 3 a 10 de diciembre se concentraron la mayor parte de las movilizaciones y de las intervenciones de las FyCSE. Que el día 7 hubo una concentración de más de 1000 agricultores en una explanada del polígono Industrial de la Redonda de El Ejido convocados por representantes de las organizaciones agrarias, sin especificar cuáles, y que finalizada la concentración se repartieron por las distintas alhóndigas y almacenes provocando el cierre voluntario de una serie de empresas ese día y los días 7, 8 y 9. Que el día 7 de diciembre tuvieron varias intervenciones en distintos puntos donde se localizan las comercializadoras, habiendo constancia de la solicitud de presencia de las fuerzas públicas por parte de algunas de ellas como AGRUPAEJIDO, AGROPONIENTE S.A.; y E.H FEMAGO, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y base jurídica. En este expediente la Dirección de Investigación propone al Consejo que declare 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 Consejo por tanto debe resolver con las pruebas que obran en el expediente si se ha producido la citada infracción y si las imputadas son responsables de la misma.

La normativa aplicable como propone la DI es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, puesto que las conductas objeto del expediente se han desarrollado a partir de diciembre del año 2009.

El artículo 1 de la LDC en su apartado 1 prohíbe, *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento (...)*

El artículo 101 del TFUE prohíbe, “*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 y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; [...]*”

El 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 y 82 del Tratado, en su artículo 3 dispone que cuando las Autoridades de Competencia de los Estados miembros apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 101 del TFUE.

El mismo artículo dispone que la aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del artículo 101.1 del TFUE.

Para valorar la existencia de afectación al comercio entre los Estados miembros tenemos las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio (DOUE C 101 de 27 de abril de 2004), que dicen que, “*al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos: a) el concepto de “comercio entre los Estados miembros”, b) la noción de “puede afectar” y c) el concepto de “apreciabilidad”.*”

Analizados esos tres requisitos las prácticas investigadas en este expediente pueden afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros en el sentido del Reglamento 1/2003, puesto que se trata de acuerdos de precios en unos productos, los hortofrutícolas producidos en Almería, que como se recoge en la definición del mercado del apartado de los Hechos Probados, en un 60% se dedican a la exportación, siendo los Países miembros de la UE (Alemania, Francia, Países Bajos y Reino Unido) los receptores de la práctica totalidad, un 97%, según datos de la campaña 2007/08.

SEGUNDO.- 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 (HP.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 (HP.C.2).

El tercer imputado, la Asociación Alhóndigas, que no forma parte del acuerdo inicial promovido por ASAJA y COAG, se adhiere al mismo de forma pública y notoria con una nota de prensa que distribuye y cuelga en la web de COEXPHAL el día 9 de diciembre de 2009. En dicho comunicado ALHÓNDIGAS muestra su apoyo al acuerdo y dice que desde el inicio de la campaña ha secundado las acciones encaminadas a paliar la caída de los precios (HP.C.9).

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.

El Consejo también coincide con la DI en que la referencia genérica a ASAJA y COAG no es más que una forma de economizar y que debe entenderse referida a ASAJA-Almería y COAG- Almería, como por otra parte han alegado las organizaciones nacionales y reconocido las propias interesadas (HP.C.4).

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.

Por tanto utilizando sus propios términos el documento de 7 de diciembre de ASAJA y COAG al que se adhiere ALHÓNDIGAS, es un acuerdo de precios mínimos y por tanto constituye una conducta reprochable y sancionable por el artículo 1 de la LDC.

TERCERO.- La infracción. La conducta descrita más arriba 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.

Por otra parte tampoco exigen estos artículos que los acuerdos estén formalizados entre las partes o que sigan determinada pautas, puesto que es sancionable todo tipo de acuerdo expreso o implícito, que tenga la potencialidad de afectar a la competencia. En este caso la plasmación del acuerdo sobre fijación de precios mínimos es el documento de adhesión que consta en el expediente y que publicitaron y expandieron los medios de comunicación y al que se adhirió públicamente ALHÓNDIGAS. Y se reitera y certifica la existencia del acuerdo en la reunión de seguimiento del mismo celebrada el día 10 de diciembre entre organizaciones agrarias y comercializadoras, en la que, como estaba previsto, se analiza el seguimiento de la medida y se fijan nuevos precios para algunos de los productos.

Por consiguiente un acuerdo de precios mínimos como el descrito en el FD anterior entre representantes de los agricultores productores de Frutas y Hortalizas y una Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de dichos productos, tiene aptitud para restringir la competencia y constituye por consiguiente una infracción tanto del artículo 1 de la LDC, y también del 101 del TFUE, por su posibilidad de afectar a los intercambios entre EE.MM.

Al margen de que cada procedimiento sancionador deba analizarse en sí mismo y por sus propios méritos, este Consejo ya ha expresado su consideración respecto a medidas similares en el *“Informe sobre Competencia y Sector Agroalimentario”* publicado en el año 2010. Y se ha ratificado recientemente en la RCNC de 6 de octubre de 2011, S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, en la que cita el siguiente párrafo del informe:

“(…) Los acuerdos de precios, adoptados generalmente para garantizar el mantenimiento de las rentas de los productores, están prohibidos por el derecho de la competencia, en cualquiera de las formas en que pueden presentarse, desde la fijación directa de precios y las recomendaciones de precios, a cualquier otra fórmula de determinación de los mismos que evite que se definan libremente como contraposición entre la oferta y la demanda (...).”

En efecto, sin perjuicio de las condiciones específicas de cada infracción que deberán ser tenidas en cuenta en la sanción a imponer, este Consejo reitera que los acuerdos que tienen por objeto establecer un nivel mínimo de precios por debajo del cual no se pueda ofertar o demandar, es un caso grave de infracción de las normas de competencia, que además no se ha mostrado eficaz para resolver los problemas ni permite asegurar ese objetivo buscado de una renta justa para el agricultor.

La Dirección de Investigación analiza la posibilidad de aplicación de la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE y concluye que, en este caso no es de aplicación la exención, lo que comparte el Consejo, porque no se han acreditado eficiencias asociadas al mismo, ni las partes las han alegado.

En efecto, tanto la normativa nacional como la comunitaria prevén la posibilidad de eximir de la prohibición a determinados acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o que ayuden a promover el progreso, siempre que la posible restricción no vaya más allá de lo necesario para conseguir dichos objetivos, no elimine la competencia en una parte sustancial del mercado y los beneficios del mismo se compartan con consumidores y usuarios. Esta doctrina asentada propugna que los acuerdos de fijación de precios solo estén exentos en casos muy particulares, cuando son indispensables para conseguir eficiencias significativas como pueden ser los acuerdos de producción conjunta, y en los casos de comercialización podrían ser eximidos en supuestos muy concretos, que no se dan en este caso, como es el lanzamiento de nuevos productos.

Y la situación de crisis del sector no es uno de los supuestos de exención de la normas de competencia, como ya ha reiterado este Consejo y su predecesor el TDC

en múltiples ocasiones y la Comisión Europea, entre otras en la Decisión a la que se hace referencia a continuación.

Por lo que se refiere a los participantes en el acuerdo, como se deduce del FD anterior no estamos exclusivamente ante un acuerdo entre competidores, que existe puesto que el inicio es el acuerdo entre las dos asociaciones de productores al que pretenden que se unan las asociaciones de intermediación o comercialización, haciéndolo finalmente una de ellas, sino ante un acuerdo en el que participan dos eslabones de la cadena de valor, con el objeto común de imponer unos precios mínimos distintos a los que se derivarían del normal funcionamiento del mercado. La participación en el acuerdo de agentes con distinta posición en el mercado en nada empaña la calificación jurídica de infracción del artículo 1, como ya ha tenido ocasión de declarar este Consejo en la citada RCNC de 6 de octubre de 2011, en relación con un acuerdo entre asociaciones de productores y transformadores de uva y mosto. Y dicha resolución se remite al caso comunitario en relación con los acuerdos de fijación de precios mínimos, también puntuales y de corta duración, que tuvieron lugar entre las asociaciones de productores francesas de carne de vacuno (agricultores) y la organización de empresas de comercio al por mayor, (mataderos), en el momento más grave de la crisis conocida como “de las vacas locas”. Pues bien, la *Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/C.38.279/F3 - Carnes de vacuno francesas)*, imputa conjuntamente a todas las partes del acuerdo sin distinción entre ganaderos e industriales de los mataderos, y declara que dichos acuerdos constituyen una restricción de la competencia y son por tanto una infracción del artículo 101, y los sanciona en consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas de cada una de las partes.

CUARTO.- Respuesta a las Alegaciones de las imputadas. Las partes han presentado alegaciones en algunos casos comunes y en otros específicas en función de la posición que ocupan en la cadena de valor de los productos hortofrutícolas afectados. A efectos de claridad de la Resolución se agrupan las alegaciones de forma resumida así como las consideraciones del Consejo al respecto.

A. **Situación Crisis.**- Todas las partes en el expediente alegan la situación crítica del sector hortofrutícola de Almería en el momento de los hechos, diciembre de 2009, con una caída de los precios por exceso de producción por las altas temperaturas, y unido a que los productos objeto del expediente en concretos no son susceptibles de retardar su comercialización. Alegan asimismo que las conductas tuvieron lugar en un momento concreto, difícil para el sector en el que se producen movilizaciones sindicales en defensa de los ingresos de los agricultores. Coinciden con estas apreciaciones todas las comercializadoras a las que la DI requirió información.

El Consejo es conocedor de las circunstancias de conflicto social en que tuvo lugar la conducta y es sensible a las situaciones cíclicas de exceso de oferta y caídas de precios que sufre el sector hortofrutícola y los pequeños productores, pero como ya

ha reiterado este Consejo en múltiples ocasiones, la última la citada RCNC de 6 de octubre de 2011, Productores Uva y Mosto de Jerez, la fijación de precios mínimos no puede ser ni es la solución a dichos problemas de la agricultura.

Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado claramente respecto a la utilización de medidas anticompetitivas para responder a situaciones de crisis en el sector agrario, por todas la *Sentencia del TPI de 13 de diciembre de 2006, asuntos T-217/03 y T-245/03, FNCBV/Comisión, relativa a la Decisión de la Comisión, Carnes de Vacuno francesas*, ya citada, en la que afirma el Alto tribunal que *“las partes no pueden prevalecerse, para justificar el acuerdo controvertido, de la crisis en que se encontraba el sector bovino en el momento de los hechos (...)”* y aunque tuvo en cuenta esta circunstancia a la hora de calcular las multas a imponer a los participantes en el cártel, no fue considerada como atenuante.

Y en igual sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de noviembre de 2010, en el recurso contra la *“Resolución del Consejo de la CNC de 4 de junio de 2009, Expte 2779/07, Consejo Regulador de denominación de origen de Vinos de Jerez y manzanilla de Sanlúcar*. Ante la alegación de la crisis estructural que padece el marco de Jerez, dice la AN:

“Tal restricción de la competencia no encuentra, frente a lo alegado por la actora, justificación que permita entender que el sacrificio de la libre competencia es proporcionado con el fin buscado: la propia práctica del Consejo Regulador ha puesto de manifiesto que para preservar la calidad de los vinos de Jerez otras actuaciones son no solo posibles sino indicadas, máxime cuando la crisis es definida una y otra vez como estructural”.

B. Sometimiento de las partes a las normas de competencia. Tanto ASAJA como COAG alegan que no son operadores económicos, sino organizaciones profesionales de carácter sindical, por lo que su actividad es la acción sindical, excluida del ámbito de la LDC, etc. Y ambas alegan que no tiene capacidad alguna para imponer ni recomendar precios a sus asociados, aspecto éste que está fuera de su ámbito de competencia como asociaciones, como lo reconoce la propia DI.

El Consejo coincide con la DI en que los sujetos implicados en este acuerdo, COAG-Almería, ASAJA-Almería y ALHÓNDIGAS, están actuando como operadores económicos de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta de la LDC, donde expresamente se señala que se entiende por empresa, cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

Por otra parte, según la reiterada jurisprudencia comunitaria el concepto de operador económico o empresa, sujeto por tanto a las normas de competencia, es toda entidad que ejerza una actividad económica o reúna a operadores que ejerzan dicha actividad, como es el caso que nos ocupa, en el que las asociaciones de productores están formadas por operadores económicos, los agricultores, que ejercen una actividad económica como empresas o como personas físicas, pero en todo caso sometidas a las normas de competencia. Porque como dice la Comisión

en la citada decisión de las *Carnes de vacuno francesas*, si los agricultores no ejercieran una actividad económica, no tendría sentido que la normativa agrícola contemplara determinadas exenciones, puesto que las normas de competencia no se aplicarían al sector.

Y es que además el predecesor de este Consejo, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Resolución de 16 de diciembre de 1996 en el caso 377/96, Pan de Barcelona, que es firme, ya decía lo siguiente:

“A este respecto el Tribunal considera que no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio. En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso, podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia”.

Alega COAG-Almería que como Organizaciones profesionales no están facultados para negociar acuerdos que afecten a sus miembros, como queda recogido en los estatutos que constan en el expediente.

En efecto, como bien dice COAG las Asociaciones Profesionales Agrarias no están facultadas para acordar y fijar unos precios mínimos, y es precisamente eso lo que se juzga en este expediente, esas actuaciones de las Asociaciones Agrarias que, extralimitándose por tanto, de la función sindical que les es propia y que este Consejo les reconoce, distorsionan la competencia en los mercados. Porque a pesar de no estar facultados, está acreditado en el expediente que la fijación por estas organizaciones de unos precios mínimos, aunque no vincule a sus propios afiliados, tiene un alcance general, puesto que funciona como precio recomendado, al que como se ha visto también se acogen las comercializadoras o las subastas, extendiéndose por tanto, incluso más allá, de los propios afiliados de las Asociaciones Profesionales Agrarias que los acordaron.

El Consejo no se opone a que las organizaciones agrarias alcancen acuerdos de acción conjunta en defensa de los intereses de sus asociados, pero no puede aceptar que bajo el título de acción sindical, se amparen conductas contrarias a las normas vigentes, en concreto 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.

El informe ya mencionado sobre la competencia en el sector agroalimentario dice en relación con este tema lo siguiente: *“...el logro de diversos objetivos de interés público, tales como la seguridad alimenticia, la preservación del ámbito rural o la protección del medio ambiente, a través de la fijación de precios mínimos o la garantía de rentas a los productores en condiciones contrarias a la competencia, resultaría desproporcionado en comparación con el perjuicio causado a los consumidores, que tendrían que enfrentarse a mayores precios y eventualmente menos calidad de los productos agrarios, así como a los desincentivos a la mejora del funcionamiento y la innovación del propio sector, además de establecer un trato discriminatorio en relación con otros sectores.”* [...] En particular, el establecimiento

de precios mínimos a un nivel superior al determinado por el libre funcionamiento del mercado es una de las causas principales de la creación de excedentes de oferta - de difícil y costosa gestión y señal manifiesta de una asignación ineficiente de recursos -, y no garantiza necesariamente la renta de los agricultores, porque el encarecimiento de los productos tiende a producir una disminución de su demanda a medio plazo que puede erosionar los ingresos de los agricultores. Los costes de producción, a su vez, tienden a incrementarse, a medida que los mayores precios de los productos agrícolas fomentan la demanda de inputs para producirlos, tanto por parte de los agricultores ya establecidos en el sector como de los que acuden atraídos por el mayor precio a que pueden vender el producto.”

Y el Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido en la aplicación de las normas sancionadoras, entre otras, en su Resolución de 24 de septiembre de 2009, EMPRESAS ESTIBADORAS (EXPTE. 2805/07), en la que apoyándose en la jurisprudencia comunitaria, *Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, asunto C 67/96.- Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.-* Petición de decisión prejudicial sobre la compatibilidad con las normas de la competencia de la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones en los Países Bajos, concluye que la extralimitación de una actuación sindical y la afectación del mercado por esa conducta, ajena a la legítima acción sindical, no puede estar exenta de la aplicación de las normas de competencia.

C. Amparo en la normativa comunitaria agrícola.- Alega ASAJA-Almería el amparo del Reglamento (CE) 1234/2007, 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), que en su artículo 176, hace una excepción a la regla general recogida en el artículo 175, según el cual las normas de competencia comunitarias se aplican a los acuerdos y dispone que, no se aplicarán *“a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 175 del presente Reglamento que sean parte integral de una organización nacional de mercados o necesarios para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 33”*, siempre que no exista la obligación de aplicar precios idénticos.

Dice ASAJA que una interpretación no restrictiva de estas disposiciones debería permitir considerar esta conducta de precios mínimos (no idénticos) y por un corto periodo de tiempo, amparada por el Reglamento y añade que el propio legislador español ha reflejado las dudas que plantea la aplicación estricta de las normas de competencia en el sector agroalimentario cuando, como consecuencia de la comparecencia anual en el Congreso de los Diputados del Presidente de la CNC el 1 de diciembre de 2009, solicitó formalmente al mismo la elaboración de un informe sobre esta cuestión.

El Consejo entiende que el uso del condicional por ASAJA-Almería, *“debería considerarse”* y la petición de una interpretación no restrictiva, muestran que es consciente de que el acuerdo de fijación de precios mínimos objeto de este

expediente, en ningún caso podría estar entre los previstos en el artículo 176 de Reglamento (CE) 1234/2007R. La primera razón porque, como recoge el propio artículo 176 citado, queda excluida la fijación de precios y en todo caso, el Reglamento da a la Comisión la competencia exclusiva para decidir que acuerdos, decisiones o prácticas cumplen los requisitos para ser eximidos de las normas de competencia por ser imprescindibles para la obtención del artículo 39 del TFUE (antes 33 del TCE). Y como es notorio, éste no ha sido el caso.

No pueden por tanto las partes acogerse a una exención de la normativa agrícola comunitaria.

D) 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.

E) Alegaciones de ALHÓNDIGAS respecto a su consideración como competidor, estado de necesidad y diligencia debida.- Alega ALHÓNDIGAS que no se le puede considerar competidor puesto que la producción que se le puede imputar de los terrenos, de escasa dimensión, que tiene alguno de sus asociados, son para prácticas y no compite con producción en el mercado ni por tanto se beneficia del posible incremento de precios. Añade que su actividad es poner el lugar y/o medios para el contacto entre oferta y demanda para la primera transmisión (centros de manipulación y subasta).

La respuesta a esta alegación está recogida en el Fundamento de Derecho Tercero dedicado a la infracción. Solo reiterar aquí que el artículo 1 de la LDC no exige que el acuerdo sea entre competidores, solo exige que el acuerdo al que llegan las partes tenga por objeto, produzca o pueda producir un falseamiento de la competencia en el mercado.

En todo caso la alegación fundamental de ALHÓNDIGAS, reconocida la publicación de la Nota de prensa adhiriéndose al acuerdo, se dirige en un doble sentido a que se le exima de responsabilidad, argumentando: a) que la publicación de la Nota de prensa es consecuencia de un *estado de necesidad*, dada la situación de conflicto en la zona, para preservar la integridad de sus locales, cumpliéndose los requisitos del artículo 20 del código Penal, a saber: que el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar, que no son los causantes del mal y que por tanto no están obligados a asumir sus efectos, y b) que encargó dicha nota con el objetivo, más arriba citado, de evitar daños a un profesional que debería conocer las normas de competencia, y que por tanto la responsabilidad de los términos anticompetitivos de la misma deberían ser responsabilidad del profesional, puesto que ALHÓNDIGAS ha practicado la *diligencia debida* hasta tal punto que al conocer los efectos de la misma rompió con el citado profesional.

El Consejo aceptó la prueba propuesta por ALHÓNDIGAS y solicitó a la Subdelegación del Gobierno en Almería que remitiera toda la información que considerara relevante sobre la conflictividad en el sector agroalimentario en los primeros días de diciembre, así como si tenía conocimiento de posibles reuniones realizadas entre los implicados y, en su caso, las denuncias presentadas.

Los resultados de la prueba se recogen en los hechos acreditados (HP C 20 y 21) donde se deduce que en efecto, los días 7, 8 y 9 las organizaciones agrarias recorrieron en las distintas alhóndigas y almacenes provocando el cierre voluntario de una serie de empresas. También acredita la solicitud de presencia de las fuerzas públicas por parte de algunas comercializadoras miembros de ALHÓNDIGAS como AGROPONIENTE S.A.; y E.H FEMAGO, S.A.

El Consejo es concedor, porque así consta acreditado en el expediente, de la situación de conflicto social existente en la zona del Ejido en los días 7 a 10 de diciembre de 2009, pero no puede en modo alguno aceptar que dicha situación situara a ALHÓNDIGAS en un estado de necesidad tal que la única solución fuera publicar la Nota de prensa de adhesión al acuerdo.

Obviando el hecho de que la circunstancia eximente en cuestión, propia del ámbito penal, es de dudosa aplicación en el ámbito administrativo sancionador, lo cierto es que ni se ha razonado la inevitabilidad del mal que dice haber movido su actuación ni se ha justificado por parte del alegante haber puesto todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. Lo cierto es que no se puede argumentar que no existiera otra alternativa a infringir, puesto que el resto de asociaciones de comercializadoras no lo suscribieran, ni que dicha alternativa no se le pudiera exigir a la imputada, de suerte que ya sea con plena consciencia, o por no poner los medios necesarios para evitar su comisión, se puede entender que la actuación de ALHÓNDIGAS es culpable y, por lo tanto, punible.

Alega asimismo Alhóndigas *diligencia debida*, pues según su argumentación para hacer frente a los problemas anteriormente citados de la situación de conflicto solicitó a una Agencia de comunicación externa que hiciese un comunicado que los *congraciase con los agricultores*, sin darle instrucciones exactas y dando por hecho los conocimientos de dicha empresa para “*ejercer la autorregulación de las conductas en materia de Derecho de la Competencia*”, de los que ellos carecen.

El Consejo no puede aceptar como eximente la falta de conocimiento de ALHÓNDIGAS de las normas de competencia y desde luego no puede admitir el traslado de responsabilidad en la autoría de la Nota hacia la Agencia de noticias contratada, que en este caso ha actuado cumpliendo órdenes de la Asociación, sin perjuicio de que en otras situaciones o condiciones pudiera ser considerada también responsable de infracción a la LDC.

El Consejo no puede aceptar como eximente estas alegaciones relativas al estado de necesidad o a la diligencia debida, sin perjuicio de tener en cuenta el conflicto social existente en diciembre de 2009 a la hora de calcular la sanción.

Finalmente Alhóndigas en sus alegaciones a la PR solicitó que el Consejo oyera la testifical del personal de las Alhóndigas sobre la situación social en el momento de la Nota de adhesión. Así mismo solicitaba vista.

El Consejo no ha considerado necesaria la celebración de Vista, y respecto a la testifical, ya obra en el expediente aportada por Alhóndigas declaración de directivos de la citada entidad, que el Consejo ha considerado, así como la solicitud de la Subdelegación del Gobierno.

QUINTO.- Responsabilidad. La DI propone al Consejo que declare culpables de la infracción a la Coordinadora de Agricultores y Ganaderos de Almería (COAG-Almería), a la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores de Almería (ASAJA-Almería) y a la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS).

Aunque en el documento denominado “*Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas*” aparecen COAG y ASAJA, sin más matizaciones, tras las alegaciones presentadas por COAG y ASAJA nacional y por las organizaciones

provinciales del mismo nombre, (HA C 4) la DI considera que ha de entenderse que la referencia genérica se refiere a ASAJA-Almería y COAG-Almería, al igual que ocurre con el documento previo de *“Acuerdo de unidad de acción sindical entre ASAJA-Almería y COAG-Almería en relación con la crisis del sector hortofrutícola de la provincia”*, del día 6 de diciembre. Por otra parte como consta en la descripción de las Partes, tanto ASAJA-Almería como COAG-Almería son asociaciones con plena personalidad jurídica, capacidad de obrar y con autonomía en el cumplimiento de sus fines.

El Consejo está de acuerdo y suscribe la propuesta de la DI puesto que ha quedado acreditado en el expediente que las Asociaciones agrarias que tienen actividad en la provincia de Almería son ASAJA-Almería y COAG-Almería y no las nacionales. En efecto son las Asociaciones que el día 6 de diciembre acuerdan la unidad de acción sindical tal como consta en el documento que obra en el expediente reconocido por las partes (HP C 1). Por tanto cuando el *“Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas”*, difundido entre los agricultores y los comercializadores por distintos medios, también a través de los medios de comunicación, hace referencia a ASAJA y COAG, al tratarse de un documento fechado en Almería y con precios de los productos de la zona, debe entenderse que se refiere a las Asociaciones provinciales y no nacionales. Las actas de ASAJA-Almería lo confirman y no se ha aportado de contrario elemento probatorio alguno que desvirtúe esta apreciación.

También está acreditado, y no lo niega la interesada, que ALHÓNDIGAS se adhirió de forma pública y notoria a dicho documento mediante la publicación de una Nota de prensa el día 9 de diciembre de 2009.

La existencia del documento con lo que denomina *precios de partida* no admite duda puesto que, al margen de ser mencionado por todos los diarios de la zona consta físicamente en el expediente. Tampoco debe ser objeto de controversia la virtualidad del contenido de dicho documento, es decir la aplicabilidad de los precios a que se refiere, puesto que como está acreditado y reconocido por ALHÓNDIGAS, ésta se adhiere al mismo.

Ahora bien, lo que las Asociaciones agrarias alegan no se refiere tanto a la existencia del documento y de unos precios mínimos en aquel diciembre de 2009, cuanto a la suficiencia sobre la prueba de la autoría del mismo. Todas alegan que dicho documento no está firmado por los autores ni por los que se adhieren.

Así, COAG-Almería ha alegado de forma reiterada que la DI no ha identificado el sujeto que hizo entrega de la Nota a los medios de comunicación, lo que a su juicio pone en duda la autenticidad del documento y la autoría.

ASAJA-Almería, que en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución no había aportado ninguna argumentación en relación con la identificación de los autores, como puede comprobarse en las mismas en las que el epígrafe *“PRUEBAS EN QUE SE FUNDA LA IMPUTACION A ASAJA-ALMERIA”* aparece sin contenido (folio 2.137), en sus alegaciones en la fase de valoración de prueba, y sin tener relación con la misma que se refiere a los disturbios sociales acaecidos, se remite al

contenido de una carta que transcribe, pero que no aporta. En dicha carta que se atribuye al periodista al que le fue entregado el “*Documento de acuerdo de precios de productos hortícolas*”, y que lo aportó al diario El IDEAL, éste declara a petición de ASAJA que la persona que se lo dio la vio por primera y última vez en ese momento y que no puede relacionarlo con las organizaciones agrarias.

La DI no ha considerado necesaria la identificación de la persona o personas que repartían el documento y que lo entregaron a los medios de comunicación porque dicha entrega se produjo en una asamblea de agricultores celebrada en El Ejido convocada por las organizaciones ASAJA y COAG (HP C 2) y el Consejo considera que dicha autoría está suficientemente acreditada en la información que obra en el expediente sin que quede lugar a dudas, tal como se razona en los hechos acreditados que se recogen a continuación.

ALHÓNDIGAS se refiere en su comunicado de adhesión a los *sindicatos*, título en el que se reconocen ambas organizaciones agrarias. Más aún de no tener el acuerdo de precios mínimos una autoría perfectamente identificada con dichas organizaciones y fiable a los ojos de ALHÓNDIGAS, ésta no habría sentido la necesidad a que alude de sumarse al acuerdo.

ASAJA y COAG reconocen su asistencia a la reunión de 10 de diciembre de 2010, en la que reparten una Nota de prensa (HP C 11). Esta reunión y la nota de prensa difundida por ambas organizaciones solo tienen sentido como continuadora del anterior documento.

Por último todas las noticias de prensa atribuyen a ASAJA-Almería y COAG-Almería la celebración de reuniones y la autoría del documento, sin que estas desmintieran en ningún momento, sino al contrario, dichas informaciones. (HP C.12).

Pero más aún en el trámite de Prueba y Vista se ha incorporado al expediente el escrito de 4 de agosto de 2011 de la Subdelegación de Gobierno en Almería, acompañado de los informes de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía sobre los hechos relacionados con el orden público acaecidos en aquellos días de diciembre de 2009.

Pues bien, de los informes se concluye entre otras cosas, la celebración de la concentración el día 7 de diciembre de más de 1000 agricultores en una explanada del polígono Industrial de la Redonda de El Ejido convocados por representantes de las organizaciones agrarias o sindicatos, sin especificar. Pero la Subdelegación en su escrito sí concreta en los Secretarios Provinciales de COAG Y ASAJA las denuncias por las concentraciones del citado día 7, abriéndose expediente que finalizó, informa, con sanción de 1.800 euros a cada uno de los denunciados.

Por tanto, aunque el documento del acuerdo no esté firmado por las partes, en este caso los indicios existentes de la autoría por parte de ASAJA y COAG Almería están plenamente probados, no son meras sospechas sino que está acreditada por diversas fuentes su participación en los hechos. Y además partiendo de esos indicios probados con los razonamientos más arriba recogidos solo cabe concluir que los imputados son los autores del documento. Cumple por tanto todos los

criterios exigidos por el Tribunal Constitucional tal como los recoge la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, en su Sentencia de 20 enero 2007, Recurso de casación 6991/2003, TDC 432/98, ACUERDOS INTERLINEAS Cias. Aéreas, según las cuales los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, sin que, por cierto, se haya ofrecido explicación alternativa alguna.

SEXTO.- Cálculo de la multa. Ha quedado probado que COAG-Almería y ASAJA-Almería han acordado y difundido el 7 de diciembre de 2009, un documento en el que se estipulaban los precios mínimos de determinados productos hortofrutícolas. Asimismo está acreditado y aceptado por ALHÓNDIGAS que el 9 de diciembre de 2009 publicó una nota de prensa adhiriéndose a dicho acuerdo.

De acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, esta infracción es calificada de muy grave y acreedora de una sanción de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

En relación con la cuantificación de la multa todos los imputados solicitan la no imposición de sanción basándose en la situación de crisis, la escasa cuota afectada, la corta duración del acuerdo y la falta de efectos acreditados. Y se remiten a precedentes del Consejo (antes TDC) y de la Audiencia Nacional en los que por apreciar condiciones supuestamente similares, no imponen multa, como en los administradores de fincas, o la impuesta es mínima, como en el expediente S/0094/08 Asociación Menorquina de Automóviles sin Conductor y 328/04, Freixenet.

El Consejo ya se ha pronunciado sobre algunas de estas cuestiones como la situación de crisis, y en todo caso considera que la conducta llevada a cabo por COAG-Almería y ASAJA-Almería de querer imponer unos precios mínimos, así como la adhesión a la misma ALHÓNDIGAS, debe ser sancionada con una multa punitiva y disuasoria adecuada y proporcional en función de las características y circunstancias del caso, tal y como a continuación se hará, sin que los expedientes a que hacen referencia las partes puedan ser utilizados como precedente.

Los criterios del artículo 64 para la determinación del importe de las sanciones se remiten a la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción y en su caso, los efectos sobre los derechos legítimos de consumidores y usuarios y de otros operadores económicos.

Además de los criterios de la LDC, este Consejo tendrá en cuenta, asimismo, la consideración del Tribunal Supremo según la cual este Consejo a la hora de fijar la multa ha de tener, *“...como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las*

infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas”.

Por tanto a la hora de calcular la sanción en este expediente, el Consejo debe de tener en cuenta que la fijación de precios mínimos constituye una de las infracciones más graves contra la competencia y que la conducta incide de forma directa sobre el mercado de productos hortofrutícolas (pimiento, calabacín, berenjena, pepino y tomate), producidos en la provincia de Almería, así como que el acuerdo se produce a mitad de la campaña 2009/2010.

Por otra parte, y de acuerdo con la información que obra en el expediente el Consejo tendrá asimismo en cuenta que si bien se trata de una infracción por objeto, con aptitud de distorsionar el mercado, y por tanto sancionable, el escaso peso de las asociaciones que han promovido el acuerdo y el poder que frente a ellos presenta el sector comercializador minimiza el alcance del mismo y condiciona su efectividad. Consistentemente con ello, la DI no ha constatado efectos del mismo.

Para el cálculo del importe de la multa el Consejo ha utilizado la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, publicada en el año 2009, en la que, en aras de la transparencia y la seguridad jurídica, esta CNC dio a conocer la forma que tenía pensado aplicar en el cálculo de las multas en cumplimiento de los criterios de la LDC y al objeto de potenciar el efecto disuasorio de la misma.

Dado que, tal como se recoge en el punto 21 de los Antecedentes de Hecho, las imputadas no han sido capaces de aportar la información que les fue solicitada sobre volumen de negocios, o producción y comercialización realizada en estos productos, el Consejo ha tenido que utilizar la información disponible en el expediente para estimar la base de cálculo que le permita fijar una multa que, cumpliendo los requisitos punitivos y disuasorios que dispone la LDC, sea al mismo tiempo proporcionada.

Para ello el Consejo, ha tomado la información aportada por las partes y que consta en los Hechos Probados según la cual la producción de hortofrutícolas de COAG-Almería en el año 2009 fue de 65.220 toneladas, la de ASAJA-ALMERIA de 56.155 toneladas y la comercialización de ALOHÓNDIGAS ascendió a 424.276 toneladas. Puestas estas cantidades en relación con la producción de Almería que según consta en los Hechos Probados estaría en el entorno de los 2,5 millones de toneladas, nos da la participación de las imputadas en el mercado de hortofrutícolas.

Por lo que se refiere al mercado en el que se enmarcan las prácticas, se trata del de producción y comercialización de productos hortofrutícolas, en concreto, de pimiento california, lamuyo e italiano, calabacín, pepino, berenjena, y tomate, que son los productos a los que se refiere el acuerdo de fijación de precios mínimos. La producción en este mercado para la campaña 2009/2010, así como el valor de la misma, viene recogida en la información pública del Observatorio de Precios y Mercados de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. Esta información de producción total del mercado afectado, junto a la participación de los

imputados en el mercado hortofrutícola recogida más arriba, ha sido utilizada por este Consejo para estimar el volumen de negocios gestionado por las imputadas.

En cuanto a la duración de la infracción el Consejo ha tenido en cuenta que en los Hechos Acreditados existen evidencias de acciones de la partes a partir del día 7 de diciembre de 2009, en concreto los días 7 y 10, así como noticias publicadas en la prensa a lo largo del mes de diciembre. También ha tenido en cuenta lo que dice la DI en su propuesta de determinación del cálculo de la multa, remitiéndose al Informe de la Agencia de Competencia Andaluza, respecto a que las actuaciones que buscaban la imposición del acuerdo tuvieron una duración muy limitada en el tiempo, además de por otras razones, como son fundamentalmente la dificultad de implementación del mismo, y la rápida detección de la conducta por la CNC. En efecto con fecha 11 de enero de 2010, la DI remitió a las partes un requerimiento de información sobre la noticias aparecidas en prensa, sin que haya constancia en el expediente de actuación alguna de las partes respecto a la virtualidad del acuerdo con posterioridad a dicha fecha.

Finalmente y por lo que se refiere a la fijación del porcentaje para el cálculo de la sanción, aunque la infracción por su objeto debe ser calificada como muy grave, como se señalaba anteriormente, el Consejo ha tomado en consideración la falta de efectividad del acuerdo, dado el escaso peso de las asociaciones que lo han promovido, y el poder que frente a ellos presenta el sector comercializador, lo que lleva a considerar proporcionado la fijación de un tipo del 1%.

Por tanto para el cálculo del volumen de ventas afectado por la infracción el Consejo ha tomado el valor de la producción/comercialización imputable a las partes en el período que va desde la reunión del día 7 de diciembre de 2009 hasta el requerimiento realizado por la DI el 11 de enero del año 2010. Y sobre dicha base ha aplicado el tipo del 1% siendo por tanto la resultante unas multas de: 29.662 euros (veintinueve mil seiscientos sesenta y dos euros) a COAG-Almería; 25.570 euros (veinticinco mil quinientos setenta euros) a ASAJA-Almería y 192.857 (ciento noventa y dos mil ochocientos cincuenta y siete) para ALHÓNDIGAS.

Por lo que se refiere a atenuantes y agravantes el Consejo coincide con la DI en que no se aprecian circunstancias agravantes en ninguno de los imputados. Por el contrario a diferencia de la DI, el Consejo no considera que en el caso de COAG-Almería y ASAJA-Almería se den ninguna de las circunstancias atenuantes a que se refiere el artículo 64.3 de la LDC, ni ninguno asimilable, puesto que si bien no está acreditado que se hayan producido efectos, y así se ha tenido en cuenta a la hora de fijar la sanción, las partes tenían voluntad de aplicar el acuerdo y lo intentaron.

El Consejo ha tenido en cuenta que la autoridad pública ha confirmado, e incluso sancionado, determinados actos de presión ejercidos sobre ALHÓNDIGAS por parte de las Asociaciones imputadas. Esta circunstancia, si bien no afecta a la culpabilidad de la conducta por los motivos expuestos previamente, si puede, atendidas las circunstancias concretas del caso, moderar ligeramente su responsabilidad. Por ello procede su reconocimiento como atenuante, reduciéndose en un 5% la sanción de

ALHONDIGAS, que ascendería a la cuantía de 183.214 euros (ciento ochenta y tres mil doscientos catorce euros).

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

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 california, 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las interesadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en Vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación.