



Roj: **STS 2483/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2483**

Id Cendoj: **28079130032017100265**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/06/2017**

Nº de Recurso: **2468/2015**

Nº de Resolución: **1123/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2250/2015,**
STS 2483/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de junio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **2468/2015**, interpuesto por OPMEGA, Organización de Productores de Mejillón de Galicia, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Ortiz-Cañavete Levenfeld, con la asistencia letrada de don Rafael Muñiz Quintela, contra la sentencia de 1 de junio de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 297/2011, sobre infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la Asociación de Mexilloeiros de a Illa de Arousa, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Rodríguez Pechín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 1 de junio de 2015, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

« 1º.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de OPMEGA (ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES DE MEJILLÓN DE GALICIA) contra el Acuerdo dictado el día 26 de abril de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos en los extremos objeto de este recurso.

2º.- **No hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.** »

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de OPMEGA, Organización de Productores de Mejillón de Galicia, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2015, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 18 de septiembre de 2015, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta sala que dicte sentencia por la que se estime el recurso de casación interpuesto y se case y anule la sentencia recurrida, y en su lugar se dicte otra por la que, con estimación de los motivos del presente recurso, se resuelva que la resolución sancionadora dictada por la CNC es contraria a derecho.



CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las partes recurridas, para que manifestaran su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado por escrito de 24 de noviembre de 2015, en el que solicitó a la sala que dicte sentencia que desestime el recurso, imponiéndole al actor las costas de la casación.

Por diligencia de ordenación de 13 de enero de 2016, se declaró caducado el trámite de oposición concedido a la recurrida Asociación de Mexilloeiros de a Illa de Arousa.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 20 de Junio de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 1 de junio de 2015, que desestimó el recurso interpuesto por OPMEGA, Organización de Productores de Mejillón de Galicia, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 26 de abril de 2011 (expediente S/0107/08, Plataforma del Mejillón).

La indicada resolución de 26 de noviembre de 2011 de la CNC efectuó en su parte dispositiva los siguientes pronunciamientos:

«PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la fijación de las condiciones comerciales y el reparto del mercado para la venta de mejillón gallego de las que son responsables OPMEGA ... (y otras 14 asociaciones, federaciones, cooperativas, agrupaciones y sociedades de productores de mejillón),

SEGUNDO.- Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:

- 901.518,16 euros a OPMEGA por su responsabilidad en la infracción en el período 1997 a 2008.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en siete motivos, formulados todos ellos por el cauce del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción.

El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007.

El motivo segundo alega la infracción del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El motivo tercero invoca la vulneración de los artículos 5, 14 y relacionados del Reglamento 104/2000, de 17 de diciembre, en relación con el Reglamento 2318/2001, de 29 de noviembre.

El motivo cuarto aduce la infracción del artículo 68 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, en relación con el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y artículo 4.6 de la Orden de 17 de octubre de 2000, de la Consellería de Pesca, que aprueba la denominación de origen protegida, ratificada por Orden Ministerial de 2 de agosto de 2001.

El motivo quinto denuncia la vulneración del artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

El motivo sexto alega la infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Principio de confianza legítima.

El motivo séptimo aduce la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989.

TERCERO.- Los motivos primero y segundo del recurso pueden examinarse conjuntamente por su conexión argumental, pues en ellos la parte recurrente sostiene la infracción del artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC de 2007), y del artículo 101.3 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por no haber aplicado a la conducta enjuiciada la excepción que establecen ambos preceptos en términos muy similares.

El artículo 1 de la LDC de 2007, en su apartado 1º, 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".

A modo de ejemplo de acuerdos prohibidos, el mismo artículo 1.1 de la LDC de 2007 señala 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, y otros.



El apartado 3 del artículo 1 de la LDC de 2007 , que invoca la parte recurrente como infringido, señala que la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En parecidos términos el artículo 101.1 del TFUE prohíbe 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, y el apartado 3 del mismo precepto añade que las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a los acuerdos, decisiones y prácticas en similares supuestos a los descritos en el artículo 1.3 de la LDC de 2007 .

Se trata, por tanto, de determinar si una práctica restrictiva de la competencia, con arreglo a los artículos 1.1 de la LDC de 2007 y 101.1 TFUE , puede declararse exenta por concurrir los requisitos de los apartados 3 de dichos preceptos.

En la aplicación de las normas que acabamos de citar rigen las reglas ordinarias de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la LEC , que asignan a cada una de las partes el peso de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión.

En concreto, la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), señala (apartado 48) que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3. Añade el precepto, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que *"la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es"* .

Esta regla sobre la carga de la prueba de la excepción está recogida igualmente en el artículo 50.2 de la LDC de 2007 , que señala que *"la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado"* .

La sala de instancia consideró acreditados los acuerdos restrictivos de la competencia que sancionó la resolución de la CNC, y así declaró en el FD 4º):

«Entrando ya en el fondo del debate, lo cierto es que debemos fijar como punto de partida que la conducta por la que se sanciona a la recurrente, la coordinación para el reparto de mercado entre los productores de mejillón de Galicia, y la fijación de condiciones comerciales como precios, cantidades y tamaños entre los años 1997 y 2008, es resumida por la CNC en estos términos:

- *Entre 1997 y 2008, el sector productor del mejillón ha desarrollado múltiples iniciativas para coordinar sus actuaciones comerciales, con distinto grado de éxito.*
- *Estas iniciativas suponían la coordinación de las actuaciones comerciales de los sancionados, con la finalidad de coartar la libertad comercial de los operadores.*
- *Se llevó a cabo un alineamiento de estrategias comerciales que limitaron la capacidad de los clientes para optar entre una diversidad de ofertas.*
- *En resumen: tuvo lugar "la coordinación de determinados aspectos de la actividad comercial que deberían haberse determinado de forma autónoma por parte de cada una de las empresas, en vez de sustituirse por una pauta común de comportamiento homogeneizadora de las condiciones de la oferta en el mercado cuya máxima expresión se alcanzó a través de la constitución de las distintas centrales de venta que han quedado acreditadas en el expediente"*



Se concluye que se ha cometido una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE porque ha tenido lugar una sucesión de negociaciones y acuerdos con el mismo objeto y finalidad, ambos contrarios a la libre competencia: "la coordinación de aspectos fundamentales de la actividad comercial de las asociaciones productoras de mejillón, y tienen, por tanto, aptitud para generar los mismos efectos en el mercado afectado (...) Dichas acciones son, simplemente, instrumentos de un mismo acuerdo global entre las empresas imputadas, con un objetivo único, común y continuado en el tiempo, que no puede ser sino analizado en su conjunto" .»

Añade la sentencia impugnada (FD 5º):

«De la lectura de la resolución impugnada resulta que se ha acreditado que durante años, entre 1.997 y 2008 tuvo lugar diversas actuaciones dirigidas a que los operadores del sector de producción del mejillón gallego coordinaran sus actuaciones comerciales. Cuestión distinta es que tales iniciativas tuvieran mayor o menor éxito, pues como señala la CNC tuvo lugar "una permanente concordancia de voluntades" con la única finalidad de unificar la comercialización de dicho producto. Las formas utilizadas a tal fin fueron variadas: comunicaciones informales por fax y correo electrónico, reuniones formales e informales todas ellas destinadas a homogeneizar las condiciones de la oferta del mejillón gallego en el mercado, especialmente el precio y el reparto de cuotas de ventas.»

Por tanto, la sentencia recurrida y la resolución sancionadora de la CNC han considerado acreditada la existencia de acuerdos para el reparto del mercado de mejillón en Galicia y la fijación de condiciones comerciales y precios, entre 1997 y 2008, entre asociaciones y organizaciones mayoritarias, que acogen en torno al 80% de la producción y de las bateas gallegas, que para asegurar su cumplimiento han recurrido con frecuencia al intercambio de información confidencial, y a emplear mecanismos de control que, en determinados momentos, han llegado a concretarse en boicots y represalias contra otros productores que rechazaban seguir los acuerdos, lo que constituyen prácticas restrictivas por su objeto, en el sentido de las Directrices de la Comisión antes citadas (apartado 24), que entiende por restricciones de la competencia por su objeto aquéllas que, por su propia naturaleza, poseen el potencial de restringir la competencia, a tenor del artículo 101.1 TFUE, con la consecuencia de que "cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado."

CUARTO.- La parte recurrente manifiesta, en distintos apartados de estos motivos primero y segundo que examinamos, su desacuerdo con la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada, pues en su criterio "toda la sentencia está plagada de conclusiones subjetivas extraídas sin el menor rigor de la prueba practicada que evidencia en todo caso lo contrario."

Como hemos anticipado, la sala de instancia acogió la amplia y detallada narración de hechos probados de la resolución sancionadora de la CNC, razonando su aceptación por estar basados en la prueba documental aportada por la denunciante, la obtenida en las inspecciones practicadas, las actas de reuniones, faxes y comunicaciones entre las asociaciones imputadas, y otros documentos obrantes en el expediente, razonando dicha valoración probatoria con cita expresa de los documentos que soportan sus conclusiones en la forma siguiente:

«La participación de la recurrente ha quedado acreditada no tanto por las noticias de prensa sino por el contenido de la documental aportada por la denunciante y la obtenida en las inspecciones practicadas, que ponen de relieve la participación de la recurrente en los distintos acuerdos y prácticas encaminadas a la comercialización conjunta del mejillón, fijando precios y repartiendo el mercado. Así se deduce expresamente, entre otros, de los folios 378 a 381, 464, 4072, 4831, 4893, 4886, 4919, 4978 y 5.064, que esencialmente contienen actas de reuniones que reflejan dicho reparto de mercado, o notas manuscritas (folios 166), sin olvidar los correos electrónicos de fecha 6.4.2006 y 19.4.2006 (folio 4830), y otros documentos que contienen tablas de precios. E incluso esas reuniones en las que participaba OPMEGA eran anteriores a 2.005, como se deduce de los folios 886 (reunión de 30.3.2000, donde se habla de compensaciones), 894 (de 18.8.2000), 901 y 902 (reunión de 17.11.2001, en la que se habla de unificar precios), 1095 (reunión de 27.9.2005 en la que acuerda fijar precios mínimos), y 3394 (reunión de 27.6.2003, para unificar precios), folio 3568 (reunión de 4.2.2005, igualmente para fijar precios), folio 3895 (reunión de 17.1.2002 con el mismo objeto), 3953 (reunión de 20.2.2004) y 3973 (reunión de 25.10.2004). Y como expondremos a continuación no se trata de centrales de ventas amparadas en la normativa comunitaria.»

Esta sala ha señalado en reiteradísimas ocasiones que el recurso de casación no puede fundarse en el error en que hubiese podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar la prueba, salvo que se haya alegado por el recurrente que se incurrió en infracción de normas o jurisprudencia reguladoras del valor tasado de determinadas pruebas, en los contados casos en que la apreciación de la prueba no es libre, sino tasada, o se alegue y acredite que la valoración ha sido ilógica, arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles, sin que baste con argumentar que el resultado probatorio obtenido por la sala de instancia pudo ser, a juicio de



la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, lo que no se ha hecho en el presente recurso de casación.

La sentencia recurrida apreció, como decimos, que los acuerdos y prácticas llevados a cabo por la organización recurrente eran objetivamente restrictivos de la competencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, por lo que procedió seguidamente a examinar, de acuerdo con las alegaciones de la demanda, la posibilidad de declarar exentos los acuerdos restrictivos de la competencia si cumplían las condiciones establecidas en los apartados 3 de dichos preceptos.

Sobre esta cuestión, con apoyo en las Directrices de la Comisión, antes citadas, la sentencia recurrida señala que el apartado 101.3 ampara determinados acuerdos restrictivos, como los de comercialización, que se justifican por presentar ventajas como las de acceso a nuevos mercados.

«Si comprobamos las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DOUE 14.1.2011) fácilmente puede deducirse que la admisibilidad este tipo de acuerdos tiene su justificación en la medida en que con ellos se pretenda acceder a nuevos mercados a los que las empresas no pudieran acceder individualmente (apartado 237) y siempre y cuando, las partes no dispongan de un cierto grado de poder de mercado.»

Ahora bien, en este caso, la sentencia impugnada, al igual que la resolución sancionadora de la CNC, llegan a la conclusión de que no se ha justificado las condiciones en las que la coordinación en la comercialización del producto por las asociaciones de productores de primer nivel puede generar eficiencias, teniendo en cuenta para soportar esta conclusión que: i) las asociaciones agrupaban a la práctica totalidad de los productores, ii) se introducen restricciones por objeto injustificadas y iii) no se ha acreditado que la finalidad de los acuerdos fuera lograr precisamente el listado de posibles eficiencias.

Hemos de recordar que, como antes hemos indicado, incumbe a la CNC la acreditación de las conductas restrictivas de la competencia del artículo 1.1 LDC, lo que ha llevado a cabo en este caso en la resolución sancionadora y el expediente instruido al efecto y, a su vez, a la empresa recurrente le corresponde la prueba de las condiciones a que el artículo 1.3 de la LDC de 2007 supedita la exención, sin que en este caso la recurrente haya cumplido con dicha carga probatoria.

Así resulta de la valoración de la prueba efectuada por la sentencia impugnada (FD 6º):

No se ha acreditado en ningún momento del expediente o de este recurso, que por las recurrentes tuvieran lugar la organización de sistemas para hacer frente a las paralizaciones provocadas por las mareas rojas, ni para casar la oferta y la demanda. Se ha acreditado que, por el contrario, se organizó un reparto proporcional de la extracción y se estableció una única tabla de precios, junto con un sistema de control del respeto de dichos acuerdos.

En el caso de la organización de la plataforma del mejillón enjuiciada ahora, no tuvo la finalidad de mejorar la calidad del producto, ni menos aún, de acceder a un mercado al que ya había accedido, sino de sostener las ventas y el precio del producto.

La sala comparte las anteriores apreciaciones sobre la falta de concurrencia de las condiciones de aplicación de la exención del artículo 1.3 de la LDC de 2007 y del artículo 101.3 TFUE, pues además de no constatarse de forma clara cuales eran las eficiencias perseguidas con los acuerdos anticompetitivos, no se justifican de modo coherente las razones por las que eran necesarios los acuerdos objetivamente restrictivos de la competencia de fijación de precios y de reparto del mercado, con intercambio de información confidencial, y mecanismos de control en forma de boicots y represalias frente a otros productores, que fueron llevados a cabo entre asociaciones y organizaciones que representan en torno al 80% de la producción.

Por tanto, no cabe estimar en este caso que los acuerdos restrictivos de la competencia, en los que participó la organización recurrente, cumplan las condiciones exigidas por los artículo 1.3 de la LDC de 2007 y 101.3 del TFUE, en particular que sean indispensables para la realización de determinados objetivos y que no den a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate.

De acuerdo con lo razonado, se desestiman los motivos primero y segundo del recurso de casación.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso de casación alega que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 5 y 15 del Reglamento 104/2000, en relación con el Reglamento 2318/2009, porque Pladimega se constituyó oficialmente en octubre de 2008 como una organización de productores, al igual que la entidad recurrente, y supone una infracción de los citados reglamentos considerar que la existencia de Pladimega haya supuesto una práctica restrictiva de la competencia, ya que una organización de productores que defienda la adecuación de la oferta a la demanda, en calidad y cantidad, y que además mejore la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado es el objetivo legalmente amparado de su constitución, debiendo examinarse las conductas enjuiciadas a la luz de la normativa aplicable a este tipo de organizaciones,

habiendo incurrido la sentencia impugnada en un claro error, al aplicar indebidamente a la organización recurrente el artículo 14 del Reglamento 104/2000 , cuando dicho precepto es aplicable a las organizaciones interprofesionales.

El motivo debe desestimarse, pues se basa en la consideración de que las conductas restrictivas que se han declarado probadas tienen amparo en el Reglamento 104/2009 del Consejo, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, lo que no podemos compartir.

Sin perjuicio de que los fines previstos en los Estatutos de la Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia (Pladimega) fueran los de defender la adecuación de la oferta a la demanda, en cantidad y calidad, y la mejoría de la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado, otra cosa son las conductas enjuiciadas en este proceso, que se alejaron notablemente de los fines estatutarios, pues como ha declarado la resolución sancionadora y ha sido recogido en la sentencia impugnada con la condición de hechos probados, en el seno de Pladimega las principales organizaciones y asociaciones de productores de mejillón, que aglutinaban en torno al 80% de las bateas gallegas, fijaron precios de venta y acordaron el reparto de la producción, con intercambio de información detallada acerca de su producción y medidas de presión, como paralizaciones de suministro de mejillón a la industria, sin que la recurrente haya justificado la necesidad de dichas conductas para alcanzar los objetivos que autoriza el Reglamento 104/2009.

Debe señalarse al respecto que el Reglamento 104/2000 no declara al sector de los productos de la pesca y la acuicultura al margen o exento de la aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE , y en este sentido el Considerando 6 del Reglamento indica que la aplicación de las normas comunes de comercialización que se prevén en el Reglamento, *"debería tener por efecto eliminar del mercado los productos de calidad insuficiente y facilitar las relaciones comerciales basadas en una competencia leal"* .

La sentencia impugnada efectúa una cita del artículo 14 del Reglamento, en relación no únicamente con las organizaciones de productores, como alega la parte recurrente, sino de manera más general con *"las organizaciones de este sector"* , que deben entenderse en el sentido mencionado de que no pueden considerarse ajenas dichas organizaciones a las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Así resulta con claridad del Reglamento (UE) 1379/2013, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, que derogó de forma expresa el Reglamento (CE) 104/2000, que en su Considerando 24 recuerda que los acuerdos, decisiones y prácticas en la producción o comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura están sujetos a las normas sobre competencia del artículo 101 del TFUE , en la medida en que su aplicación no impida el funcionamiento de la organización común de mercados ni comprometa el logro de los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE , del Consejo, y en su Capítulo V establece normas sobre competencia, que tienen como punto común en el artículo 40 la aplicación de las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TUE a la producción y comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura, con las excepciones que se establecen en el artículo 41, aplicables a las organizaciones de productores, que son similares a las definidas en el artículo 14 del Reglamento (CE) 104/2000, que exigen que se trate de acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE , no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos, no entrañen una compartimentación de mercados, no excluyan la competencia y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión, habiendo señalado la sentencia impugnada que la actividad desarrollada por la recurrente consistió precisamente en algunas de estas actividades prohibidas por el artículo 101 del TFUE , que como hemos indicado, no pueden considerarse exceptuadas ni por el Reglamento (CE) 104/2000, del Consejo, ni por el Reglamento (UE) 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Se desestima el motivo tercero del recurso de casación.

SEXTO.- El motivo cuarto del recurso de casación considera que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 68 de la LDC de 2007 , que establece en cuatro años el plazo de prescripción de las faltas muy graves, en relación con el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, relativo a infracciones continuadas, y la Orden de la Consellería de Pesca, de 17 de octubre de 2000, que aprobó la denominación de origen protegida, ratificada por orden de 2 de agosto de 2001.

La sentencia impugnada razonó en los FD 4º y 5º la apreciación de una infracción continuada, en los términos del artículo 4.6 del RD 1398/1993 , que señala que:



«Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.»

El desacuerdo de la parte recurrente se basa en que no concurren en este caso la mayor parte de los elementos o requisitos de la infracción continuada, de acuerdo con la sentencia de la propia Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2009, sin advertir que, como esta sala ha dicho con reiteración, las sentencias de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia carecen de valor de doctrina jurisprudencial, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, que atribuye tal carácter a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, examinamos los argumentos de la parte recurrente, el primero de los cuales estima que aunque concurren en este caso distintos hechos diferenciales, no obstante, los mismos no pueden ser calificados como prácticas contrarias a la competencia, y señala que no se alcanza a entender como la aplicación de la Orden de 17 de octubre de 2000, de la Consejería de Pesca, y las conversaciones posteriores pueden suponer una práctica restrictiva de la competencia, ni tampoco pueden considerarse las conversaciones de los años 2000 a 2003 como una infracción del derecho de la competencia.

La resolución sancionadora de la CNC y la sentencia impugnada tuvieron por acreditado que entre 1997 y 2008, diversas asociaciones del sector productor del mejillón, entre las que se encuentra la organización recurrente, han desarrollado múltiples iniciativas para coordinar el reparto del mercado y la fijación de condiciones comerciales y precios, que deben considerarse como instrumentos de un mismo acuerdo global entre las empresas imputadas, con un objetivo único, común y continuado en el tiempo.

En cuanto a las actuaciones a que se refiere la recurrente, sobre aplicación de la Orden de 17 de octubre de 2000, de la Consejería de Pesca, sobre Denominación de Origen de comercialización, en el período entre 2000 a 2003, la declaración de hechos probados de la resolución sancionadora (apartado 5.3), detalla la existencia de numerosas reuniones de las asociaciones y organizaciones de productores, entre los que se encontraba la recurrente, con el objeto de fijación de precios y sistemas de control, que exceden del carácter de conversaciones para la homogeneización de las condiciones del mejillón que tuviese el marchamo de la Denominación de Origen, teniendo en cuenta además que desde el indicado año 2000 se había extendido el sello de calidad de la Denominación de Origen Protegida a todo el mejillón gallego.

La negación por la recurrente de la concurrencia de un dolo unitario no puede prosperar, pues se basa en que la sentencia acoge argumentos "carentes de prueba", es decir, en una revisión de la valoración de la prueba que está vedada en esta vía jurisdiccional. Concretamente, para la determinación de la concurrencia de este requisito de la infracción continuada ha señalado esta sala, en sentencia de 19 de marzo de 2008 (recurso 3063/2005), que corresponde a los tribunales de instancia determinar, a la vista de las pruebas aportadas, si existe o no un plan preconcebido o unidad de designio.

En todo caso, las prácticas declaradas probadas tienen un mismo objetivo y finalidad anticompetitivos, la coordinación de la actividad comercial de las asociaciones de productores, y dicho objetivo y finalidad se han mantenido por las asociaciones implicadas a lo largo del tiempo, mostrando la existencia de un designio unitario y continuado.

Alega también la parte recurrente que las supuestas conductas infractoras no se encuentran próximas, sin ofrecer mayor detalle, ni hacer indicación de fechas y actuaciones con una separación en el tiempo tal que impida la apreciación de la infracción continuada.

El mismo rechazo merece el argumento de la parte recurrente de que, como no existe práctica restrictiva, no puede sostenerse que el bien jurídico atacado sea el mismo, pues tanto la resolución impugnada como la sentencia impugnada han detallado con precisión las conductas que se consideran infractoras y los preceptos legales que dichas conductas vulneraron.

La circunstancia de que intervinieran en los hechos enjuiciados numerosas asociaciones y organizaciones no impide la apreciación del requisito de la identidad de los sujetos infractores, pues se trata de acuerdos contrarios a la competencia que se mantuvieron a lo largo de un período largo de tiempo, entre 1997 y 2008, en los que participaron numerosas asociaciones y organizaciones de productores, si bien no todas ellas por el mismo tiempo, y en todo caso, por lo que se refiere a la organización recurrente concurre el indicado requisito de identidad del infractor, pues participó en las conductas prohibidas durante todo el tiempo de la infracción continuada.

Tampoco puede prosperar el argumento que niega la homogeneidad de las actuaciones, pues ya se ha indicado que las asociaciones y organizaciones de productores llevaron a cabo acuerdos y prácticas que respondían al



propósito unitario de fijación de precios y otras condiciones comerciales y reparto de los mercados en forma contraria a derecho.

En conclusión sobre este extremo, considera la sala que están presentes los elementos para apreciar una infracción continuada desde 1997 a 2008, con la consecuencia sobre el cómputo del plazo de prescripción prevista en el artículo 68.1 de la LDC de 2007 de que el mismo se iniciará el día que los hechos constitutivos de la infracción hayan cesado.

Se desestima el motivo cuarto del recurso de casación.

SÉPTIMO.- Expone la parte recurrente, como motivo quinto de su recurso, que el intervalo de tiempo de inactividad administrativa por parte de la CNC, entre el período de solicitud de información y la incoación del procedimiento sancionador, es difícilmente conciliable con la figura de la caducidad prevista en el artículo 44 de la Ley 30/1992 .

De conformidad con el artículo 36.1 de la LDC de 2007 , el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, que el propio precepto fija en 18 meses, se cuenta "*desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo*", y en este caso, el procedimiento sancionador se inició por acuerdo de incoación de la Directora de Investigación de la CNC, de 24 de julio de 2009 (folios 1136 a 1139 del expediente).

Es doctrina muy reiterada de esta sala, en la materia específica que nos ocupa de expedientes sancionadores seguidos por la CNC por conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, que el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad es la fecha de incoación del procedimiento sancionador, no la fecha de comienzo de la información reservada.

En este sentido, la sentencia de esta sala de 26 de diciembre de 2007 (recurso 1907/2005), recuerda que el procedimiento sancionador propiamente dicho es el único sujeto a las exigencias de caducidad por la LDC, sin que sea admisible que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos señalados por la LDC para el procedimiento.

En igual sentido, las sentencias de esta sala de 14 de junio de 2013 (recurso 3568/2010) y 30 de septiembre de 2014 (recurso 4327/2011), reiteran que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad es la fecha de incoación del procedimiento sancionador, y que el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar de investigación.

En cuanto a la "*información reservada*" anterior a la incoación del procedimiento sancionador, que la parte recurrente quiere incluir en el cómputo de la caducidad, en nuestra sentencia de fecha 24 de noviembre de 2014 (recurso 4816/2011) hemos indicado que dicha información reservada tiene su propia regulación legal en el artículo 36.3 de la Ley 16/1989 y en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007 , como fase previa a la iniciación del expediente sancionador, donde no queda sujeta a plazos de caducidad,

Cuestión distinta es que esas actuaciones previas queden desvirtuadas porque, como indica la citada sentencia de 28 de noviembre de 2014, "*dejen de servir al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último*".

En el presente caso, la parte recurrente no razona ni justifica la desnaturalización de la información reservada, pues la referencia a la duración excesiva, como dijimos en la sentencia de la sala que acabamos de citar, "*no es, por sí sola, un elemento que transmute el carácter de las diligencias preliminares*" y la indicación de que no se abrió el procedimiento sancionador en el caso de unas diligencias llevadas a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia en el año 2006, a pesar de la posible existencia de actuaciones contrarias a la ley, carece de cualquier explicación y justificación para considerar que dichas diligencias excedieron del fin que las justifica.

Se desestima el motivo quinto del recurso de casación.

OCTAVO.- Como sexto motivo del recurso, la parte recurrente aduce que se ha vulnerado el principio de confianza legítima, como consecuencia de la actuación llevada a cabo por la Xunta de Galicia y por el Servicio de Defensa de la Competencia.

El motivo descansa, como la propia parte reconoce de forma expresa, en la discrepancia con la valoración de la prueba realizada por la sala de instancia, cuyo criterio no puede compartir "*de acuerdo con la prueba que consta en el procedimiento*", con nuevo olvido de que, como se ha reiterado en esta sentencia, en el recurso de casación no cabe la revisión de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, salvo en los casos excepcionales en que se alegue y pruebe la infracción de normas o jurisprudencia sobre el valor tasado de determinadas pruebas, o se alegue y acredite que la valoración ha sido irrazonable, ilógica o conduce a resultados inverosímiles, lo que no ha sucedido en el presente recurso de casación.



De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto T#549/08 , apartado 71), 16 de septiembre de 2013 (asunto T-3/07 , apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto T-260/11 , apartado 84), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada en sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C#213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto C-611/13 , apartado 44), que ha sido seguida por esta sala en sentencias de 7 de noviembre de 2016 (recurso 1047/2016) y 28 de noviembre de 2016 (recurso 699/2016), el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos, en primer lugar, la Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables, en segundo lugar, estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen, y en tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables.

En este caso no estimamos que concurren tales requisitos, pues la parte recurrente se limita a citar la presencia ocasional de la Consellería del Mar de la Xunta de Galicia en las llamadas mesas de producción, citando al efecto dos únicas reuniones, de 17 y 24 de octubre de 2008 (folios 378 y 381 del expediente administrativo), que contaron con la presencia de un representante de la citada Consellería y dos notas de prensa, que hacen referencia a una reunión celebrada el 9 de noviembre de 2007 entre una representación del sector productor de mejillón y el Director General de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos de la Junta de Galicia (folios 734 y 735 el expediente), indicando que los productores de mejillón plantearon al representante de la Administración la posibilidad de crear una mesa de precios, similar a las que existen en otros sectores, en la que la Administración actúa de catalizador y árbitro, con manifestación del representante de la Consejería de su apoyo a la iniciativa.

Por razones temporales, la intervención de la Administración que cita la parte recurrente, que tuvo lugar en 2007 y 2008, no puede justificar la invocación de confianza legítima respecto de unos acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia que se iniciaron en 1997.

Además, y a mayor abundamiento, las dos citadas reuniones de 2008 y la nota de prensa de 2007 sobre el apoyo de la Consejería a una mesa de precios sin mayor precisión, y sin constancia de que la misma se hubiera reunido con presencia de la Administración y los asuntos tratados, no constituyen garantías precisas a los efectos de invocación de la confianza legítima, ni pueden eximir de antijuridicidad a unas actuaciones claramente colusorias y contrarias al artículo 1 de la LDC y 101.1 del TFUE .

Se desestima el motivo sexto del recurso de casación.

NOVENO.- El último motivo del recurso de casación alega la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 , por dos razones, la primera por falta de intencionalidad y la segunda por vulneración del principio de proporcionalidad.

En este caso, la resolución sancionadora impuso a la organización recurrente una multa de 901.588,16 euros, sin hacer uso de la posibilidad de incrementar la multa hasta el 10% del volumen de ventas, que en este caso podría alcanzar la suma de dos millones y medio de euros, y con la expresa indicación de que no se hizo aplicación de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones.

La resolución sancionadora explicó las circunstancias concurrentes que ponderó para la imposición de la multa en la cuantía que se ha indicado, que fueron el carácter de muy grave de la infracción, su prolongación en el tiempo durante 11 años, que la recurrente es la mayor asociación de productores y que es claramente quien ha tenido un papel más vivo para la celebración de los acuerdos y el liderazgo a la hora de fijar los precios.

En cuanto a la falta de intencionalidad que se alega en este motivo, en la resolución sancionadora y en la sentencia impugnada se declaró acreditado que la organización recurrente mantuvo la conducta restrictiva de la competencia a lo largo de 11 años, y además desempeñó un papel activo y de liderazgo respecto de otras asociaciones de productores en la fijación de precios, circunstancias que son incompatibles con la ausencia del elemento subjetivo de la infracción que alega la parte recurrente que, en todo caso, no invoca en su recurso ningún hecho o dato de entidad para excluir o disminuir el elemento de culpa, al menos a título de negligencia, de su participación y liderazgo en los acuerdos y conductas infractoras de la competencia.

Las alegaciones sobre la proporcionalidad a fin de minoración del importe de la multa que invoca la parte recurrente en este motivo no pueden prosperar, pues se basan en cuestiones que han sido rechazadas en este recurso, como la inexistencia de infracción en determinadas prácticas y acuerdos y la prescripción de otros.

De acuerdo con lo razonado, el séptimo motivo del recurso de casación no puede prosperar.

DÉCIMO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con el artículo 139.2 LJCA , si bien la sala, haciendo uso de la facultad que le



confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 4.000 ? el importe máximo a reclamar por la parte recurrida por todos los conceptos como costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número **2468/2015**, interpuesto por la representación procesal de OPMEGA, Organización de Productores de Mejillón de Galicia, contra la sentencia de 1 de junio de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 297/2011 , con imposición a la parte recurrente de las costas de casación, hasta el límite señalado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en audiencia pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CIUDOS