

Id Cendoj: 28079230061999100187
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0022/1997
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Acuerdo contrario a la libre competencia.

SENTENCIA

Madrid, a veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 6/22/1997 se tramita a instancia de DIRECCION000 representados por el

Procurador D JOSE FERNANDEZ RUBIO MARTINEZ contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de noviembre de 1996, por el concepto de acuerdo contrario a la libre competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Señor Abogado del Estado, siendo la cuantía de 30.000.000 de pts.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo por los mencionados anteriormente frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Señor Abogado del Estado.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda, consta literalmente. Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el juicio a prueba.

CUARTO.- Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo para lo que se acordó señalar el día 19 de mayo de 1999.

Ha sido Ponente el Ilustrísimo Señor D. MANUEL GARCIA FERNANDEZ-LOMANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para resolver el presente litigio, conviene precisar los siguientes hechos:

1.- La DIRECCION000 es una entidad constituida al amparo de lo dispuesto en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre Regularización del Derecho de Asociación Sindical y real Decreto 873/1977, de 22 de abril, y demás disposiciones complementarias. Su ámbito territorial es nacional, pudiendo ser miembros de la

misma las Asociaciones Provinciales de **Pescado** de España cuyos integrantes realicen sus operaciones comerciales dentro de los mercados centrales. Integran la Asociación Nacional las siguientes: DIRECCION001 ; DIRECCION002 , DIRECCION003 , DIRECCION004 , DIRECCION005 , DIRECCION006 .

2.- La Junta Directiva de la indicada ASOCIACION NACIONAL, reunida el 28 de mayo de 1994, adoptó el siguiente acuerdo: "Todo el **pescado** transportado desde los puertos de origen con destino a las provincias de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Vizcaya y Zaragoza, deberá ser recepcionado y descargado en los mercados de las provincias indicadas y consignado exclusivamente a nombre de los mayoristas titulares de puestos en el mercado de destino". Después de ratificado dicho acuerdo por las Asambleas Generales de las distintas Asociaciones Provinciales integrantes de la ASOCIACION NACIONAL, fue puesto en práctica el 15 de septiembre de 1994. A la citada reunión, de la Junta Directiva asistieron los siguientes Srs. D Lorenzo , D Jose Ramón , D Juan Pablo , D Daniel , D Juan , D Jose María , D Juan Pedro , D Cristobal , D Jon , DO Jose Miguel Y D Ángel Jesús .

3.- De los asistentes no tenían la condición de miembros de la Junta Directiva y, por tanto, carecían de voto para perfeccionar el acuerdo D Juan Pedro y D Cristobal .

4.- El 20 de diciembre de 1994, los mayoristas de DIRECCION007 se negaron a hacerse cargo del **pescado** transportado por un camión desde A Coruña al consignarse también **pescado** para dos grandes superficies. Asimismo a un camión de la Cooperativa de Exportadores de **Pescado** (COEXPE) que descargó **pescado** en la madrugada del 14 al 15 de octubre de 1994 en el almacén de una gran superficie en DIRECCION008 , se le negó la descarga del resto del **pescado** que transportaba para varios asentadores de DIRECCION008 , que al final se produce a las 10 horas del día 15 y tiene que ser depositado en unas cámaras frigoríficas al haber transcurrido el tiempo en que normalmente se comercializa el **pescado** .

5.-A lo anterior cabe añadir, que obra en el expediente, escrito de la DIRECCION004) de 16 de abril de 1995, en el que se indica que han detectado que "los camiones de COEXPE y de WITER TRANS" estaban incumpliendo el acuerdo, por lo que indicaban que "vamos a aconsejar a todos nuestros asociados que avisen a sus proveedores que a partir del día 10 de abril del año en curso no traigan mercancía en estas compañías para evitar situaciones desagradables".

6.- El Tribunal de Defensa de la Competencia, dictó resolución el 21 de noviembre de 1996, en la que declaraba que el acuerdo adoptado era contrario a la libre competencia; imponía a la Asociación multa de 25.000.000 de pts; intimaba a la Asociación a que cesase inmediatamente en su conducta; ordenaba la publicación e la resolución; ordenaba la comunicación a los asociados; imponía multa de 500.000 pts a varios miembros de la Junta Directiva y multa de 1.000.000 de pts al Presidente.

SEGUNDO.- Sostienen los recurrentes la anulabilidad de la resolución recurrida, por causarles indefensión, al haberse prescindido de pruebas propuestas por los recurrentes.

La solución del motivo, exige partir de los siguientes hechos: a).- En el escrito de alegaciones al pliego de concreción de hechos, la ASOCIACION realizó petición de prueba testifical, con el fin de que por el Instructor se le realizasen las preguntas que considerase oportunas sobre los contratos de transporte de los mayoristas. El Servicio de Defensa de la Competencia, no consideró necesaria la practica de tal prueba ya que "no aportaría nada nuevo a la Instrucción, pues existen suficientes datos en el expediente que permiten conocer en lo posible la realidad de los hechos". b).- Ante el TDC, se insistió en que se tomase declaración a miembro de una Cooperativa, indicándose que la "declaración pudiera tener carácter testifical o si el Tribunal I estimare más conveniente, a título de informe pericial dada su experiencia en la materia a que se refiere el presente procedimiento". El TDC dictó Auto el 13 de junio de 1996, en el que rechaza la prueba "por no estar propuesta en debida forma, ya que no se acompaña pliego de interrogatorio para el testigo ni, al menos, se señalan los aspectos sobre los que ha de ser interrogado. Además se rechaza también por considerarse intrascendente para el presente Expediente. Tampoco se concreta la alternativa pericial, ni se acredita, ni siquiera se refiere, la cualidad de perito que pueda ostentar dicho señor. A tales argumento se adhiere el Sr. Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

El recurso se centra en la denegación efectuada por el TDC. Estableciendo el art 40 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, que los interesados "podrán solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias, sobre cuya pertinencia resolverá el Tribunal". En suma, las partes tiene la facultad de proponer las pruebas que estimen necesarias para la defensa de sus intereses; pero tal petición está sometida al límite de su pertinencia, de modo que no toda prueba solicitada, debe ser necesariamente

practicada. El precepto indicado, visto el art 50 de la Ley 16/1989, debe ser integrado por lo establecido en el art 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual las pruebas propuestas por los interesados, solo podrán rechazarse cuando sean "manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

Interpretando los principios contenidos en la citada norma, la jurisprudencia ha dicho:

Que solo es posible la nulidad de las actuaciones, cuando la omisión del trámite probatorio haya causado indefensión -STS (3ª) de 23 de octubre de 1964-. En la misma línea la STS de 4 de octubre de 1982 sostiene que "La Administración, al dictar la resolución se basó en los hechos probados que estimó suficientes para motivarla, y que en todo caso no cabe alegar la indefensión del recurrente, pues los hechos cuya prueba no se practicó en vía administrativa han sido objeto de prueba en vía jurisdiccional en cuanto se han estimado necesarios para la comprobación de los hechos". Asimismo, la STS (3ª) de 1 de junio de 1976, sostiene que "no está obligada la Administración a practicar todas y cada una de las pruebas propuestas por los interesados, sino que goza de libertad para desarrollar de oficio o a instancia de parte los actos de instrucción que juzgue adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución". En el mismo sentido la STS (3ª) de 5 de noviembre de 1996 razona que "la prueba no es un trámite preceptivo....que se haya necesariamente de adoptar cualquiera que sea su contenido y el estado de las actuaciones, y de otra, porque, ha tenido la vía jurisdiccional, en la que se ha practicado parte de la prueba interesada y se ha denegado otra, sin que tal resolución se haya impugnado, debiéndose en fin, señalar, que esa posición y tesis es conforme con la jurisprudencia del TC en SS 149/1987 y 212/1990, reitera que no se produce indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido en aplicación estricta de una norma legal, ni cuando las irregularidades que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa".

Aplicando la precedente doctrina al caso de autos, el motivo debe ser rechazado, por dos razones, en primer lugar porque la Administración, al rechazar la prueba por innecesaria obró dentro de parámetros razonables, pues obraban en el expediente datos suficientemente concluyentes como para considerar probados los hechos. Pero es que, en todo caso, la Sala ha admitido práctica de prueba pericial sobre el objeto de la prueba solicitada y otros extremos, lo que hace inviable cualquier alegación de indefensión.

TERCERO.- La adecuada solución del litigio, exige una somera descripción de la situación y problemas reales que subyacen tras el acuerdo adoptado. Para ello conviene tener presentes los siguientes extremos:

1).- El mercado relevante de producto viene constituido por la distribución al por mayor de todo tipo de **pescado** en general, que provenga de la totalidad de los puertos españoles, ya que la distribución se verá afectada por el acuerdo, en las seis provincias españolas con mayor número de habitantes que se distribuyen en distintos puntos geográficos, Por lo tanto, puede afirmarse que el acuerdo afecta a una parte sustancial del mercado nacional de **pescado**.

2).- Que el transporte de **pescado** se realiza en nuestro mercado nacional por tres medios: a).- Normalmente cuando el origen del **pescado** son lonjas del litoral peninsular, el transporte se realiza a través de camiones frigoríficos, suponiendo este sistema el 90% del transporte de **pescado** fresco que entra en los Mercas o Mercados Centrales. b).- Cuando el origen del **pescado** son caladeros lejanos, el transporte se lleva a cabo en aviones acondicionados, este sistema se aplica al 10% de los productos que llegan a la red de Mercas. c).- por último, se aplican otro tipo de transportes (ferroviario) en forma puntual, cuando faltan transportistas o existe un exceso de demanda en fechas muy puntuales (Navidad), en este caso el porcentaje no es significativo.

3.- Centrándonos en el transporte por carretera, al que se refiere el acuerdo, caven las siguientes modalidades: a).- Es posible que los armadores o los asentadores tenga su propia flota de camiones, en cuyo caso, el funcionamiento es el propio de cualquier empresa con medios de transporte propios. b).- En segundo lugar, es posible que el armador sea quien envíe las mercancías a los Mercas o a los Asentadores, en este caso contrata verbalmente un servicio de transporte que paga anticipadamente por kilos transportados y por el destino de las mercancías, en este caso el que encarga el transporte queda en manos del transportista, debiendo confiar en el buen fin de la mercancía. c).- Por último, lo más frecuente es que los asentadores compren en las lonjas y contraten entre varios el transporte de las mercancías, dividiendo así el coste del transporte proporcionalmente a la carga de cada uno. Esta contratación se hace con transportistas independientes y el contrato suele ser verbal. La cantidad a pagar por el transporte depende de la cuantía y destino y la mercancía de cada asentador debe ir perfectamente identificada y

separada del resto.

3).- Las modalidades de contratación de transporte para **pescado** fresco son las siguientes. a).- Contratación de camiones en ruta. Se contrata un camión, por uno o varios sujetos, para que vaya distribuyendo la mercancía por diversos puntos. No es obligatorio que todo el **pescado** fresco pase por la red de mercas, ya que puede ser comprado por Mayoristas directamente para sus puntos de almacenaje, a pesar de lo cual, el punto final de destino puede ser un Merca. B).- Contratación de camiones por armadores con asentadores a comisión. El armador contrata un transporte y lo envía al Merca, mandando mercancía a sus asentadores habituales sin previa petición. El asentador se encuentra con la mercancía en el Merca y pacta con el armador una comisión sobre la venta, no asumiendo así el coste de la mercancía, ya que le manda la mercancía sin su previo conocimiento y aceptación. C) Contratación de camiones por varios asentadores. Es el sistema más utilizado.

4.- En todos los Mercas dependientes de la empresa nacional MERCASA existe el correspondiente Servicio Oficial de carga y descarga, que es el único autorizado para llevar a cabo estas operaciones. Cobrándose una suma por los servicios prestados a los destinatarios de las mercancías (los asentadores) por bultos descargados. Las mercancías se descargan en los muelles que a tal fin existen en los respectivos pabellones de los Pescadores de los Mercas. Una vez que los camiones entran en los Mercas, debe ir al pabellón de **pescados**, en cuyos muelles se descarga la mercancía. Esta operación se debe realizar ante de una hora de terminada - las 5.00 a.m. en DIRECCION008 -. Si un camión quiere descargar después de la hora máxima de descarga deberá pagar una sanción pecuniaria o esperar a descargar el día siguiente, con lo que la mercancía queda perjudicada.

5.- Las Grandes Cadenas de Distribución Alimentaria tiene en los Mercas unas superficies aparte donde almacenan las mercancías adquiridas en el Merca, para su posterior distribución entre los establecimientos de su cadena. Este procedimiento, que supone la compra a los mayoristas o asentadores, no siempre es el utilizado, pues al parecer y según la pericia obrante en autos, en ocasiones (cuya extensión y frecuencia desconocemos) las cadenas adquieren los productos directamente en las Lonjas y una vez que entran en los Mercas, descargan, previamente la parte de la mercancía suya en sus propios almacenes, sin pasar por el control del Merca; y de este modo evitan que la descarga se haga por el Servicio Oficial de carga y Descarga del merca, evitando el coste que esta descarga supone, obteniendo el producto a una mejor precio, ya que los asentadores tendrían el coste añadido del abono de los honorarios del Servicio Oficial de Carga y Descarga del Merca, que lógicamente implica una mayor precio del final del producto tanto para los mayoristas o asentadores como para los minoristas.

6.- Según la pericia las Grandes Cadenas de Distribución Alimentaria, que también tienen la condición de asentadores, entran antes de la hora fijada para la compra y adquieren los productos antes de la hora de compra en los Mercas, lo que les permite comprar y negociar a precios más bajos y dejar desabastecido el mercado en ciertas especies. Por último, conviene precisar que el número de asentadores es cerrado, pero, según la pericia, se da el caso de que los puestos de los asentadores son subarrendados a terceros para la venta de productos específicos, y también se da el que asentadores compren en nombre propio mercancías que luego venden a minoristas en uno de esos espacios de puestos subarrendados, lo que supone un incremento del precio cuando llega al minorista.

CUARTO.- Centrado el problema en estos términos, procede ahora analizar si estamos ante un acuerdo prohibido por la ley 16/1989, y en concreto si estamos ante una práctica colisoria prohibida por el art 1 de la mencionada ley; para luego analizar las argumentaciones exculpativas de los recurrentes. En concreto y conforme al art 1 "Se 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".

De la lectura del texto se infiere que para que se produzca la existencia de practica colusoria es preciso:

a).- La existencia de un acuerdo, decisión, recomendación o práctica concertada o conscientemente paralela. Que tal nota da en el caso de autos es evidente, pues consta en autos que la Asociación, integrada por empresarios mayoristas, a través de sus órganos y cauces internos, adoptó la decisión o acuerdo que ha sido sancionado -STJCEE IAZ, de 8 de noviembre de 1983-.

b).- Es preciso además que el acuerdo o práctica tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Es decir, que obstaculice (impedir), limite (restringir) o modifique las condiciones de los intercambios, tal y como resultaría de la estructura de mercado (falsear).

Es decir que lo proscribe la Ley es el establecimiento de obstáculos artificiales; obstáculos que como su propio nombre indica, no surgen de la propia estructura del mercado, sino que son creados para eliminar, restringir, limitar o falsear la competencia, normalmente en beneficio propio de quien lo crea y en perjuicio de los demás competidores y consumidores. Que tales notas se dan en el caso de autos, es también evidente, pues el acuerdo pretende introducir, una práctica, por mecanismos distintos a los propios o naturales del mercado. En efecto, la libertad de competencia exige la concurrencia de tres libertades, la libertad de iniciativa o acceso a la actividad económica; la libertad para determinar las circunstancias y el modo o forma de la actividad; y la igualdad de los competidores ante la ley; solo así se consigue que las leyes del mercado operen en beneficio final del consumidor. Pues bien, en el caso de autos, el acuerdo sancionado, pretende imponer una restricción a la libertad para determinar las circunstancias y el modo o forma de la actividad, al exigir que todo el **pescado** con destino a determinadas provincias, sea recepcionado y descargado en los Mercas de dichas provincias y consignado exclusivamente a nombre de los mayoristas titulares de puestos en el Merca de destino.

c).- Por último, es preciso que el acuerdo falsee la competencia en todo o parte del territorio nacional. Siendo evidente como razona el TDC que el precitado acuerdo, referido a Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Vizcaya y Zaragoza, que el acuerdo afecta a una parte sustancial del mercado nacional de la distribución de **pescado**.

QUINTO.- El acuerdo, como bien razona el TDC tiene dos partes. Una por la que se dispone que todo el **pescado** transportado desde los puertos de origen con destino a las provincias antes relatadas, deberá ser recepcionado y descargado en los Mercas de dichas provincias - es decir no podrá serlo fuera de los Mercas -. Y otra parte, por la que se acuerda que el **pescado** transportado deberá ser exclusivamente consignado a nombre de los mayoristas titulares de puestos en el Meca de destino - es decir, no podrá consignarse a nombre de otros mayoristas, o no mayoristas que no sean titulares de un puesto en el Merca -.

Los recurrentes, no aportan argumentos que rebatan la primera parte del acuerdo; se limitan a decir que no era esa su intención. Sin embargo, la literalidad del acuerdo es clara, por lo que debemos estar a sus términos literales - art 1281 CC-; máxime cuando no existe prueba alguna que permite inferir que era otra la intención.

El segundo extremo del acuerdo, es rebatido, esencialmente con los siguiente argumentos:

a).- En primer lugar, se señala que el transporte no tiene porque tener como destino el Merca, y que los destinatarios del **pescado** pueden obtenerlo, bien a través de rutas directa -con sus propias líneas- o bien a través del sistema de rutas, pactando que el **pescado** llegue directamente a sus puntos de destino sin pasar por el Merca. Dicho de otro modo, existen formas de transporte alternativo que el acuerdo no suprime, de lo que infieren los recurrentes que el acuerdo no supone un ataque a la competencia. Pero tal conclusión no es cierta; porque conforme hemos razonado, lo que están haciendo los recurrentes, es imponer una forma de distribución por mecanismos distintos a los que derivan, de forma natural, de la libre competencia en el mercado; que es precisamente lo que la Ley prohíbe. Acierta por ello el TDC cuando razona que "Cada cual puede escoger el medio de transporte que crea conveniente y apropiado a sus necesidades, no siendo habilitada la Asociación para optimizar éste según sus intereses y en perjuicio de otros legítimos competidores".

b).- En segundo lugar, razona que el acuerdo trata de corregir el problema que plantea a los mayoristas de los Mercas, el transporte a la ruta, ya que, y parece ser cierto conforme a la pericial, en estos casos las paradas en ruta, introducen un grado de incertidumbre en los tiempos de transporte, generado retrasos con cierta frecuencia; lo que unido a la existencia de una rigidez horaria en la recepción de las mercancías en los Mercas, hace que la carga no pueda descargarse, en estos casos, hasta el día siguiente, lo que perjudica el género y a los mayoristas de los Mercas. Pretendiendo los recurrentes que esta razón, en unión de que el transporte puede ser realizado por medios propios (sobre todo las grandes cadenas de alimentación) o mediante transporte en rutas que no tengan por destino los Mercas; justifica el acuerdo adoptado. La Sala, con el TDC, no niega que existan intereses legítimos de los recurrentes; intereses que entran dentro de lo razonable, pero lo que no es de recibo, es utilizar en defensa de tales intereses un mecanismo prohibido por la Ley, cual es un acuerdo colisorio. La existencia de un problema, no justifica la adopción de un medio ilícito para resolverlo. Deberán las partes buscar una solución dentro de los mecanismos del mercado; en este sentido el TDC razona que "ese retraso originante del perjuicio puede evitarse previniendo la hora en que el transporte tiene que encontrarse en su punto de destino".

c).- Por último, se razona que los servicios de descarga de los Mercas, los abonan los mayoristas

titulares de los Mercas; de modo que abonan, en ocasiones, los gastos de descarga de mercancías de productos que no van destinados a los mayoristas titulares de los mercas. Esta hecho, según la pericial, es cierto, en ocasiones se descarga en los Mercas **pescado** que no va dirigido a los mayoristas titulares, sin que estos paguen los gastos de descarga que son abonados en su totalidad por los mayoristas titulares. De nuevo debemos decir lo mismo, sin perjuicio de que tras el acuerdo exista la defensa de un interés legítimo, tal defensa no cabe realizarla por medios prohibidos por el ordenamiento jurídico. Máxime adoptando un acuerdo que tiene una proyección sin duda desproporcionada con la finalidad perseguida y que afecta a empresas que nada tiene que ver con la práctica que mediante el acuerdo se pretende erradicar. Debiendo hacerse constar que conforme informó el Subdirector general de la DIRECCION008, "no existe norma laguna emitida por esta Empresa Mixta por la que se impida que los camiones que descargan su mercancía en el Mercado Central de **Pescados** de la Unidad Alimentaria de Madrid, puedan transportar mercancía destinada a otros mayoristas ni fuera del recinto del citado Mercado, ni fuera de la Unidad Alimentaria".

SEXTO.- Se alega por la entidad recurrente, bajo la rúbrica de "violación del principio de presunción de inocencia", una serie de argumentos de diversa índole que es preciso analizar, todos ellos referidos a la sanción impuesta; pues es claro por lo anterior que la práctica colusoria existe.

a).- En primer lugar, se razona que la administración ha realizado una interpretación extensiva del tipo de infracción dibujado por la legalidad.

Tal argumento, no puede ser compartido. En efecto, la Administración, ha aplicado rigurosamente el tipo regulado en el art 1 de la Ley, analizando la concurrencia de los elementos que configuran la aplicación de la norma; otra cosa es que, el tipo, para cubrir la función que pretende, de reprimir las prácticas contra la competencia, y dada la enorme variedad de las mismas tenga que poseer una configuración abierta. Pero de tal hecho necesario desde la óptica de la función y no puede entenderse que suponga una violación del principio de legalidad pues existe una descripción normativa que permite "predecir con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que pueda hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas" - STC 219/1989, de 21 de diciembre -. Por lo demás, en materia de Defensa de la Competencia, el tema es analizado y estudiado por la STS (3ª) de 26 de diciembre de 1996, donde se dice que el principio de tipicidad exige que "la norma punitiva aplicable permita predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen la infracción, el tipo y la sanción"; añadiendo que en materia de competencia "las infracciones y sus sanciones aparecen claramente definidas.... por lo que no cabe hablar de que se vulnere el citado precepto constitucional".

b).- En segundo lugar se razona que existe error de Derecho, pues en ningún caso se creyó estar cometiendo una infracción; existiendo en todo caso una duda razonable en la interpretación de la norma que supone la ausencia de culpabilidad.

También debemos rechazar este argumento por las siguientes razones. Como establece el art 10, la multa sancionadora se podrá imponer a quien realice una práctica prohibida "deliberadamente o por negligencia". En el presente caso, ha quedado claro que el acuerdo se adoptó en forma consciente y con una clara finalidad, de hecho la propia recurrente razona sobre la finalidad de los mismos, que como hemos expuesto era contraria a la libre competencia. No cabe duda, por lo tanto, de que el elemento de la culpabilidad concurre.

No obstante, se razona que aunque es cierto que conscientemente se tomó el acuerdo con los fines más arriba descrito, no sabían que se trataba de una práctica prohibida, y por lo tanto, el error de derecho padecido, hace que no deba imponerse la sanción.

Al respecto debemos decir, que no cabe duda de que la teoría del error, puede trasladarse al campo del Derecho Administrativo sancionador - STS (3ª) de 10 de julio de 1989-. Ahora bien, en opinión de la Sala, no todo error de prohibición, excluye el reproche de culpabilidad, en efecto, cuando se opera dentro del marco de un determinado tráfico jurídico, es preciso obrar con diligencia y reflexionar e informarse sobre lo que se piensa hacer. En esta línea, entiende la Sala que debe valorar las siguientes cuestiones: a).- En primer lugar, si concurrieron una serie de circunstancias que hacían razonable que el sujeto sancionado fuese movido a la reflexión y a la solicitud de información, conforme a parámetros de diligencia media en el ámbito mercantil -STS (2ª) de 8 de julio y 5 de noviembre de 1991-. b).- En segundo lugar, entendemos que no basta con alegar el error, sino que es preciso, que tal error y su modalidad de vencible o invencible se prueben -STS (2ª) de 22 de abril y 12 de julio de 1991-; pues debe aplicar el principio "ignorantia iure non excusat", salvo supuestos excepcionales cuyas circunstancias queden debidamente acreditadas. Y c).- es dato fundamental a considerar la profesión o ámbito habitual en el tráfico del sujeto a quien se sanciona -STS (2ª) de 26 de junio de 1985-.

Aplicando todos estos criterios, es en nuestra opinión evidente que no cabe sostener que la doctrina del error resulte aplicable al caso de autos. En efecto, la Asociación que adoptó el acuerdo, desarrolla su actividad dentro del campo mercantil, por lo que debemos ser especialmente rigurosos al valorar la existencia de error. La Asociación sabía que adoptaba un acuerdo "atípico", que implicaba una ruptura del sistema vigente, por lo que era exigible conforme a parámetros de diligencia media, la adopción de medidas de información antes de adoptar el acuerdo. Y por último, no existen pruebas de circunstancias o hechos que permitan inferir, pese a lo anterior, algún grado de disculpabilidad; pues los recurrentes se limitan a indicar que han padecido error y que la práctica acordada es discutible que sea subsumible en el tipo del art 1 de la Ley; entendiendo la Sala, por el contrario que la subsunción es bastante clara.

SEPTIMO.- Por último, se alega violación del principio de proporcionalidad, se realiza una alegación general, que no puede discutirse, diciendo que el principio de proporcionalidad rige en materia sancionadora. La Sala comparte esa opinión, si bien lo esencial, es determinar no si el principio es aplicable, lo que nadie discute, sino si ha sido correctamente aplicado.

Pues bien, conforme al art 10.1 de la norma, el TDC podía haber impuesto una sanción de hasta 150.000.000 de pts a la persona jurídica y de hasta 5.000.000 de pta a las personas físicas que integran los órganos directivos o han intervenido en la decisión -art 10.3-; imponiendo, sin embargo, como multa de 25.000.000 de pts a la persona jurídica y de 1.000.000 y 500.000 ptas a las personas físicas.

Para ello, y respecto de la persona jurídica el TDC ha valorado que la práctica acordada es grave, pues afecta a la distribución de **pescado** al por mayor que es un producto de gran consumo - España es el segundo país consumidor de **pescado** en el mundo -, siendo tal práctica grave al producir efectos verticales en la distribución minorista y en el colectivo de consumidores, siendo puesto en práctica. No obstante, el número acreditado de practicas ha sido limitado y se ha dejado sin efecto el acuerdo, no existiendo reiteración. Por ello, se impuso la multa de 25.000.000 de pts, lo que lejos de ser una decisión irracional o arbitraria entra dentro de parámetros razonables, por lo que la Sala entiende que no se produce violación del principio de proporcionalidad. Lo propio cabe decir de la sanción impuesta a las personas físicas, estando justificada la agravación impuesta a uno de ellos (1.000.000 de pts) pues el así sancionado es el Presidente de la Asociación y tiene la representación de la misma, lo que implica una mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo.

OCTAVO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a lo criterios contenidos en el art 131.1 de la LRJCA.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de DIRECCION003 , D Lorenzo , D Jose Ramón , D Juan Pablo , D Daniel , D Juan , D Jose María , D Jon , D Jose Miguel Y D Ángel Jesús contra la Resolución de Defensa de la Competencia de fecha 21 de noviembre de 1996, a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art 284.4 de la LOPJ.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.