

RESOLUCIÓN

(Expediente S/0289/10, INDUSTRIA CÁRNICA)

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente

D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta

D. Julio Costas Comesaña, Consejero

D^a. M^a Jesús González López, Consejera

D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

D. Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 7 de noviembre de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0289/10 tramitado por la Dirección de Investigación (en adelante DI) de la Comisión Nacional de la Competencia incoado contra la Federación Catalana de Industrias de la Carne (en adelante FECIC), la Asociación de Industrias de la Carne de España (en adelante AICE) y la Confederación de Organizaciones Empresariales del Sector Cárnico de España (en adelante CONFECARNE), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 10 de agosto de 2009 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), escrito del Director General de Ganadería del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino denunciando la posible existencia de una práctica contraria al artículo 1 de la LDC por parte de FECIC como consecuencia de haber difundido la Circular 20/09 de 15 de junio de 2009 mediante la cual se recordaba a las empresas asociadas a la misma la necesidad de proceder a cobrar a los ganaderos los costes de retirada y destrucción de los materiales específicos de riesgo o "MER".
2. Con fecha 7 de julio de 2010 tuvo entrada en la CNC denuncia por parte de la Asociación Española de Productores de Carne de Vacuno (en adelante

ASOPROVAC), la Confederación de Cooperativas Agroalimentarias de España y la Asociación Agraria Jóvenes Agricultores (en adelante ASAJA) por prácticas prohibidas por la LDC, contra OSONA VALLES CARNS, S.A. (en adelante, OSVACA), FRIGORIFICOS UNIDOS, S.A. (en adelante FRIUSA), FRIGORIFICS DE L'EMPORDA (en adelante FRIDASA), FRIMANCHA INDUSTRIAS CARNICAS, S.A. (en adelante FRIMANCHA), FRICAFOR, S.L. (en adelante FRICAFOR), FRIGORIFICS CORNELLA, S.A. (en adelante FRICORSA), FRIGORIFICS DALMAU, S.A. (en adelante FRIGORIFICS DALMAU), CÁRNICAS VALL DE BAS, S.L. (en adelante CÁRNICAS VALL DE BAS), VIÑALS SOLER, S.L. (en adelante VIÑALS SOLER), FRIBIN S.A.T. 1269 R.L. (en adelante FRIBIN), J. VIÑAS, S.A. (en adelante J. VIÑAS) y la FEDERACIÓN CATALANA DE INDUSTRIAS DE LA CARNE (FECIC). En concreto, los denunciados señalaban la existencia de una posible infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC (folios 1 a 51). Los hechos denunciados se basan, en primer lugar, en que buena parte de las industrias cárnicas españolas estarían repercutiendo a sus proveedores ganaderos de vacuno el coste derivado de la retirada y eliminación de los denominados Materiales Específicos de Riesgo (MER) vulnerando lo expresado en la distintas órdenes ministeriales existentes desde el año 2002 y, en especial, la Orden ARM/1163/2010, de 29 de abril. Y, en segundo lugar, que alguna empresa cárnica, en base a una posición dominante del mercado, al menos regional, al conocer la existencia de la Orden MARM/1163/2010, estaría obligando a sus proveedores a la firma de un acuerdo de suministro por el cual se realiza un descuento lineal de un porcentaje fijo en todas las entregas de ganado para sacrificio en dicha industria.

3. Con fecha 4 de octubre de 2010, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) dictó resolución en el expediente de vigilancia VS/556/03 con el siguiente contenido: i) declarar que la Asociación de Industrias Cárnicas (AICE), la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC) y la Asociación Profesional de Salas de Despiece y Empresas Cárnicas (APROSA) han procedido a dar cumplimiento a lo ordenado en la resolución de 13 de febrero de 2004 recaída en el expediente sancionador 556/03, INDUSTRIAS CARNICAS ii) dar por concluida la vigilancia del cumplimiento de la citada Resolución, y iii) interesar a la Dirección de Investigación la valoración de los indicios puestos de manifiesto en el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Resolución por si pudieran ser constitutivos de infracción del artículo 1 de la LDC.

En el mencionado Fundamento de Derecho Segundo, el Consejo señalaba lo siguiente:

“(...) Se somete a juicio del Consejo la valoración del cumplimiento de los dispositivos segundo, tercero y cuarto de la citada resolución 556/03. Con respecto al dispositivo segundo, el Consejo ha tenido en cuenta el Informe de Vigilancia de 2 de junio de 2010 elaborado por la Dirección de Investigación; el contenido y difusión de las circulares enviadas por AICE y FECIC a sus asociados; y la denuncia ante la CNC del 7 de julio de 2010 contra varias

industrias cárnicas y asociaciones del sector. De un análisis conjunto de estos hechos, el Consejo considera que la elaboración y difusión de las circulares emitidas por AICE y FECIC los días 8 y 15 de junio de 2009, respectivamente, no acreditan una infracción del artículo 62.4.c de la Ley 15/2007. No obstante, al concurrir nuevos elementos de hecho y nuevos actores en las conductas que actualmente, desde 2009, se están produciendo, éstas deberían ser analizadas por la Dirección de Investigación a efectos de valorar si constituyen indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia que permitan la incoación de un expediente sancionador.

Con respecto a los dispositivos tercero y cuarto el Consejo coincide con la valoración de la DI, dándose por tanto cumplidos. (...)”

4. La Dirección de Investigación de la CNC inició, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada (número de referencia S/0289/10) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador.
5. En el marco de esa información reservada, con fecha 15 de octubre de 2010, se enviaron requerimientos de información a las empresas cárnicas y a la asociación denunciadas en el escrito de fecha 7 de julio de 2010 para que aportaran información relativa al motivo, en el que caso que estuvieran llevando a cabo la repercusión del MER al ganadero, por el cual aplican a sus proveedores ganaderos de vacunos descuentos en sus liquidaciones por los gastos de eliminación y destrucción del MER, el concepto que utilizan para señalar dichos descuentos y el porcentaje de descuento que aplican; así como los acuerdos de suministro firmados con sus proveedores ganaderos vacunos, si conocen alguna empresa competidora que esté también aplicando estos tipos de descuentos, si pertenecen a la FECIC o a alguna otra asociación sectorial, si en el seno de FECIC o de cualquier otra asociación han tratado el asunto de la repercusión de los proveedores ganaderos del coste derivado de la retirada del MER, y si conocen los responsables, lugar y fecha que tomaron la decisión de publicar la circular de FECIC del 15 de junio de 2009, así como que proporcionasen las actas de las reuniones que se llevaron a cabo en el seno de la FECIC para la elaboración de esta circular. Las contestaciones a dichos requerimientos tuvieron entrada entre el 26 de octubre de 2010 y el 15 de noviembre de 2010.
6. Con fechas 10 y 26 de noviembre de 2010 tuvieron entrada en la Dirección de Investigación de la CNC sendos escrito de PORCÍCOLA MAS BLANC (empresa centrada en el sector porcino), S.L., aportando una liquidación de un cliente con fecha de 28 de octubre de 2010 y otra de otro con fecha de 18 de noviembre de 2010 en las que, según dice la propia PORCÍCOLA MAS BLANC, le descuentan los gastos de eliminación y destrucción del MER

aplicando en ambas el mismo importe. En una de ellas dichos gastos se liquidan como “Tasa residuos según Ley 4/2007” mientras que en la otra dichos gastos se liquidan por el concepto de “Tasa”. Con fechas 30 de noviembre de 2010 y 12 de diciembre de 2010, se procedió a dar contestación a los escritos presentados por PORCÍCOLA MAS BLANC.

7. Con fecha 18 de enero de 2011 se enviaron requerimientos de información a las empresas denunciadas, solicitando el listado de sus 10 principales proveedores ganaderos de vacuno en el año 2010 y la periodicidad con que emiten las liquidaciones a sus proveedores de vacuno. Las contestaciones a dichos requerimientos tuvieron entrada entre el 27 de enero de 2011 y el 2 de febrero de 2011.
8. Asimismo con fecha 18 de enero de 2011 se envió un requerimiento de información a FECIC, solicitando las circulares, actas de reuniones llevadas a cabo y notas de prensa emitidas entre los años 2009 y 2010 relacionadas con la gestión de los residuos de los MER. La contestación a dicho requerimiento tuvo entrada el 31 de enero de 2011 aportando la documentación solicitada.
9. Con fecha 23 de marzo de 2011 se enviaron requerimientos de información a la Asociación Nacional de Almacenes Frigoríficos de Carnes y Salas de Despiece (ANAFRIC) y a la Asociación Española de Empresas de la Carne (ASOCARNE), solicitando las circulares, actas de reuniones llevadas a cabo y notas de prensa emitidas entre los años 2009 y 2010 relacionadas con la gestión de los residuos de los MER, así como un listado de empresas asociadas. Las contestaciones a dichos requerimientos tuvieron entrada entre el 29 de marzo de 2011 y el 6 de abril de 2011, señalando ANAFRIC que tan sólo envió una circular a sus asociados con fecha 7 de mayo de 2010 comunicando el fin de la repercusión del coste de los MER a los ganaderos, mientras que ASOCARNE señaló que durante el citado periodo no envió ninguna circular a sus asociados en relación con los MER y que en la reunión de su Junta Directiva celebrada 26 de mayo de 2010 se acordó recurrir la Orden ARM/1163/2010, de 29 de abril.
10. Tras analizar la información obtenida de las empresas denunciadas y de las asociaciones requeridas, la DI consideró que se desprendía de ella la existencia de indicios racionales de la comisión de una infracción de la LDC, por lo que con fecha 9 de mayo de 2011 se acordó la incoación de expediente sancionador contra CONFECARNE, AICE y FECIC por posibles conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC. Con fecha 10 de mayo de 2011 se notificó el acuerdo de incoación a los interesados.
11. Con fecha 10 de mayo de 2011 se notificó a la Directora General de Recursos Agrícolas y Ganaderos del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino la incoación de dicho expediente sancionador como respuesta al escrito remitido el 10 de agosto de 2009, por el que se denunciaba la posible existencia de una práctica anticompetitiva por la publicación por parte de la FECIC de una circular dirigida a sus asociados con fecha de 15 de junio de 2009.

12. Con fecha 24 de mayo de 2011, tuvieron entrada sendas solicitudes de confidencialidad de AICE y FECIC. La resolución a dicha solicitud fue comunicada a los interesados por parte de la DI con fecha 15 de junio de 2011.
13. Con fecha 25 de mayo de 2011 se requirió a CONFECARNE para que aportara las circulares, actas de reuniones llevadas a cabo y notas de prensa emitidas entre los años 2009 y 2010 relacionadas con la gestión de los residuos de los MER, así como los estatutos de la Confederación. La contestación a dicho requerimiento tuvo entrada el 31 de mayo de 2011.
14. Con fecha 31 de mayo de 2011, tuvo entrada solicitud de confidencialidad de CONFECARNE. La resolución a dicha solicitud fue comunicada al interesado por parte de la DI con fecha 15 de junio de 2011.
15. Con fecha 1 de junio de 2011 se requirió a las denunciantes ASOPROVAC, ASAJA y la Confederación de Cooperativas Agroalimentarias de España para que, teniendo en cuenta los hechos por los que se había incoado el expediente S/0289/10, indicasen si seguían considerando necesaria la adopción de las medidas cautelares solicitadas en el escrito de denuncia. Todas las contestaciones a dicho requerimiento tuvieron entrada el 7 de junio de 2011 señalando las tres asociaciones que consideraban que, por el momento, no procedía la adopción de las medidas cautelares solicitadas.
16. Con fecha 10 de junio de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de CONFECARNE, en el que señala que la incoación del presente expediente sancionador crea a CONFECARNE, AICE y FECIC una grave inseguridad jurídica.
17. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), con fecha 17 de junio de 2011 la DI formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).
18. El Pliego fue notificado el 30 de junio de 2011 a ASAJA, AICE, CONFECARNE, FECIC, y el 1 de julio de 2011 a la CONFEDERACIÓN DE COOPERATIVAS AGRARIAS DE ESPAÑA y a ASOPROVAC.
19. Con fecha 21 de julio de 2011, CONFECARNE, AICE y FECIC presentaron un escrito común de alegaciones al Pliego y de proposición de prueba, así como la respuesta al requerimiento del volumen de facturación que había sido realizado con la notificación del PCH.
20. Con fecha 29 de noviembre de 2011 se procedió al cierre de la fase de instrucción que fue notificado a las partes.
21. Con fecha 20 de diciembre de 2011 la DI formuló la Propuesta de Resolución que se notificó a los interesados el 21 de diciembre de 2011.
22. Con fecha 10 de enero de 2012 tuvo entrada escrito conjunto de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por FECIC, AICE y CONFECARNE, conteniendo la solicitud de la práctica de pruebas ante el Consejo así como la solicitud de celebración de vista.

23. Con fecha 11 de enero de 2012 la DI elevó al Consejo el Informe con la Propuesta de Resolución. En el mismo PROPONE:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistentes en en llevar a cabo por FECIC y AICE, de forma coordinada en el seno de CONFECARNE, una recomendación colectiva tendente a que se repercutan a los ganaderos por parte de las empresas asociadas los costes de retirada y eliminación de los MER.

Segundo. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

Tercero. Que se declaren responsables de dicha infracción a FECIC y AICE.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

Quinto. Que se archiven las actuaciones en relación con CONFECARNE.”

24.- El Consejo terminó de deliberar y falló este Expediente en su sesión del día 30 de octubre de 2012.

25.- Son interesados en este expediente:

-FECIC,

-AICE

-CONFECARNE.

-ASOPROVAC

-La Confederación de Cooperativas Agroalimentarias de España

-ASAJA

HECHOS ACREDITADOS

De acuerdo con el contenido del Informe y la Propuesta de Resolución notificada a las partes y elevada a este Consejo se consideran Hechos Probados relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

1. LAS PARTES

Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC)

FECIC, es una asociación creada en 1978 siendo en la actualidad la organización empresarial que representa y defiende los intereses de las empresas del sector cárnico ubicadas en Cataluña.

Actualmente, la FECIC agrupa a unas 220 empresas que se dedican tanto al sacrificio de animales de las especies bovina, porcina, caprina y equina, como al despiece de sus carnes y a la transformación de estas carnes en productos cárnicos elaborados. La FECIC, a su vez, es entidad fundadora y partícipe de la Confederación de Organizaciones Empresariales del Sector Cárnico en España, CONFECARNE.

Asociación de Industrias de la Carne (AICE)

AICE es una organización empresarial que agrupa a más de 800 empresas del sector cárnico (mataderos, salas de despiece e industrias de elaborados cárnicos), distribuidas por toda la geografía española englobando a empresas cárnicas dedicadas a todo tipo de carne.

AICE es la mayor asociación cárnica de España, tanto por el número de empresas, como por su producción conjunta, que supera el 60% del total nacional, destacando en algunos productos, como los derivados del cerdo ibérico, donde se alcanza más del 90% del total.

AICE tiene como objeto informar y asesorar a sus empresas asociadas sobre temas que afectan a su funcionamiento o que pueden ser de su interés, tanto a través de circulares periódicas como mediante respuesta a las consultas que directamente le plantean sus asociados. Así como la representación y defensa de los intereses de la industria cárnica española ante las diversas instancias de la Administración, tanto nacional como en la Unión Europea.

A nivel nacional se integra en la, "Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas" (FIAB), y en la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE). Asimismo, AICE es miembro fundador de CONFECARNE.

Confederación de Organizaciones Empresariales del Sector Cárnico de España (CONFECARNE)

CONFECARNE es una organización empresarial sin ánimo de lucro que agrupa a la Asociación de Industrias de la Carne de España (AICE) y la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC). CONFECARNE es la organización más representativa del sector cárnico español, con más de 1.000 empresas participantes, ejerciendo la representación institucional ante las distintas Administraciones, tanto nacionales como internacionales.

Asociación española de Productores de Carne de Vacuno (ASOPROVAC)

ASOPROVAC es la organización profesional más representativa del sector productor de vacuno de carne español, agrupando un 80% de la producción del país y con más de 3.000 asociados en todo el territorio nacional. ASOPROVAC tiene como finalidad última velar por la defensa de los intereses de los ganaderos de vacuno de carne españoles. Su principal función es, por tanto, representar y defender estos intereses ante las administraciones de rango autonómico, nacional y comunitario.

ASOPROVAC es una asociación empresarial constituida a su vez por asociaciones de ámbito autonómico, actualmente con delegaciones en Aragón, Castilla La Mancha, Castilla y León y Cataluña, así como con productores asociados en el resto de España.

Cooperativas Agroalimentarias de España.

Cooperativas Agro-alimentarias (antes llamada Confederación de Cooperativas Agrarias de España) es la organización que representa y defiende los intereses económicos y sociales del movimiento cooperativo agrario español.

Cooperativas Agro-alimentarias está formada por 16 Federaciones y Uniones Territoriales de Cooperativas Agrarias y Sergacan (Cooperativa de 2º grado de Cantabria), que ofrecen sus servicios y tienen su ámbito de actuación en sus respectivas Comunidades Autónomas. Así, Cooperativas Agro-alimentarias es el órgano común que representa a las cooperativas españolas de todas las Comunidades Autónomas del territorio español ante la Administración nacional, en la Unión Europea y ante el resto de agentes sociales y económicos de los sectores en los que desarrollan sus actividades las cooperativas agrarias, con el fin de aunar esfuerzos para defender los intereses de los agricultores y ganaderos.

Hoy por hoy, Cooperativas Agro-alimentarias representa a casi 3.000 cooperativas integradas en Federaciones y Uniones de todas las Comunidades Autónomas, que suponen una facturación total anual de más de 13.700 millones de euros

Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA)

ASAJA es una organización profesional agraria que cuenta con más de 200.000 afiliados que trabajan en las explotaciones agrarias de forma directa, tanto propietarios y arrendatarios, como los miembros de las familias que colaboran en las actividades de explotación.

ASAJA se constituye para la representación, gestión, defensa y fomento de los intereses profesionales del sector agrario en general y de sus organizaciones miembro con plena personalidad jurídica. ASAJA cuenta con una sede nacional, 15 centros regionales, 40 oficinas provinciales y 810 oficinas locales, además de una oficina de representación permanente en Bruselas.

ASAJA desarrolla su actividad en el ámbito nacional y cada vez con mayor intensidad en el internacional, especialmente en los foros comunitarios. Como Organización Profesional Agraria participa en todas las mesas de negociación con la administración española y con la industria agroalimentaria en representación de los agricultores y ganaderos (Asociaciones y Acuerdos Interprofesionales, Consejos Reguladores, Confederaciones Hidrográficas, Cámaras Agrarias, Convenios Colectivos, Consejo Asesor del Medio Ambiente, etc). Por otra parte, ASAJA representa a los profesionales agropecuarios en todos aquellos foros en donde el sector agrario y su problemática esté directa o indirectamente afectado.

2.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SECTOR CÁRNICO

El sector en el que tendrían lugar las supuestas prácticas prohibidas es el de la producción y comercialización de animales vivos con destino a la industria cárnica, concretamente, el mercado de producción y comercialización de animales vivos en mataderos.

El sector cárnico viene regulado por el Reglamento (CE) 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).

En España el sector cárnico es un pilar fundamental en la formación de la renta agraria nacional. Según el informe *“La alimentación en España 2010”* elaborado por MERCASA, en la estructura de la producción cárnica española, se observa que el porcino supone el 64% de todas las carnes obtenidas; la carne de aves el 21%; la de vacuno el 11%; las carnes de ovino el 2%; las de conejo el 1,1% y las de caprino el 0,2%, que las industrias cárnicas constituyen el cuarto sector industrial de nuestro país, y que la estructura del sector empresarial presenta un número significativo de pequeñas y medianas empresas, junto a algunos grandes grupos que tienden a controlar las cadenas alimentarias desde la producción hasta la distribución final.

En este sentido y tras el análisis de las contestaciones al requerimiento de información llevadas a cabo a las industrias cárnicas denunciadas, se puede señalar que cada matadero e industria de elaborados tienen proveedores distintos debido principalmente a la localización geográfica, existiendo tan sólo un proveedor a nivel nacional que suministra ganado vacuno a algunos mataderos. Asimismo, cada matadero emite sus liquidaciones de manera distinta, de forma que algunos de ellos lo llevan a cabo de forma diaria, otros semanalmente, otros mensualmente y otros en función de cada pedido.

Según el informe citado, se considera que actualmente en España existen más de 700 mataderos, unas 2.370 salas de despiece y más de 4.500 industrias de elaborados. Castilla y León es la primera comunidad autónoma donde se encuentra radicado el mayor número de mataderos, mientras que Cataluña ocupa la primera posición en el caso de las salas de despiece y de los almacenes frigoríficos. Asimismo, durante los últimos años está cobrando una importancia creciente la actividad de la Red de Mercas de los mataderos, con los que cuentan Mercabarna, Marcamurcia, Mercavalencia y Mercazaragoza, los Mercados de Carnes ubicados en Mercamadrid y Mercalaspalmas y las industrias cárnicas en las Zonas de Actividades Complementarias de Mercacórdoba, Mercajerez, Mercamálagá, Mercapalma y Mercasevilla.

En este sentido, desde enero hasta agosto de 2010, se sacrificaron en España un total de 525 millones de animales suponiendo un incremento del 2% respecto al mismo periodo del año anterior, siendo los principales sectores el porcino (crecimiento del 3,1% respecto al año anterior), el ovino (descenso del 0,6%), el caprino (incremento del 12%) y el avícola (incremento del 11,3%), de acuerdo con

el Boletín Mensual de Estadística de octubre 2010 publicado por el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino.

La normativa reguladora de los Materiales Específicos de Riesgo (MER).

Las prácticas denunciadas tienen relación directa con la traslación del coste derivado de la retirada y destrucción de los Materiales Específicos de Riesgo (MER) en el sector cárnico. Hasta 2010, la traslación de ese coste de los MER estaba regulado por la Orden APA/1556/2002, de tal forma que en sus artículos 2 y 3 se señala lo siguiente:

“(...) Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Lo dispuesto en la presente Orden se aplicará a las operaciones que se realicen en la cadena alimentaria cárnica a partir de la venta del animal vivo a cualquier tipo de empresa cárnica, sin incluir esta venta. (...)”

Artículo 3. Soporte documental de control

1. Las operaciones comprendidas en el artículo anterior deberán documentarse bien en la propia factura, si así lo decidiera el expedidor del producto, o en su caso, en documento anejo a la misma. (...)”

(...) 3. Los datos a consignar respecto de cada una de las operaciones serán los siguientes:

a) (...)”

b) Costes totales derivados de la gestión y eliminación de los subproductos expresados como euros por kilo. (...)”

No obstante, en los últimos años se han producido los siguientes hitos en relación con la traslación de esos costes:

Proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2008 que aprobó por unanimidad que el Congreso instase al Gobierno que se asegurase que los costes de destrucción de los MER no se repercuten a los ganaderos, con el fin de que esos costes se desplacen hacia delante a lo largo de la cadena alimentaria.

En ese mismo sentido se pronunció la Comisión Nacional de Subproductos Animales No Destinados A Consumo Humano (SANDACH) el 3 de marzo de 2009, en línea con un informe emitido al respecto por la Abogacía del Estado, al señalar que no procede la repercusión de los costes a los ganaderos, ya que la Orden APA/1556/2002 no es aplicable a la operación de primera venta del animal a cualquier empresa cárnica.

Publicación de la Orden ARM/1163/2010, de 29 de abril (entrada en vigor el 8 de mayo de 2010) por la que se modifica la Orden APA/1556/2002. En la nueva Orden se establece:

“(…) Esta orden tiene por objeto establecer los requisitos mínimos que deberán cumplir los documentos relativos a las operaciones que se realicen entre los sujetos que participan en la cadena alimentaria cárnica en relación con la producción, retirada y transporte, tratamiento y destrucción o destino autorizado, de los subproductos regulados por el Real Decreto 1429/2003, de 21 de noviembre, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de subproductos de origen animal no destinado a consumo humano, así como delimitar el momento a partir del cual se generan estos subproductos. (…)

Lo dispuesto en la presente orden se aplicará a las operaciones que se realicen en la cadena alimentaria cárnica a partir del momento de sacrificio del animal en matadero u otra instalación autorizada para el sacrificio de animales con destino a consumo humano, momento de inicio de la generación de los subproductos y de la correspondiente repercusión de costes hacia delante a lo largo del resto de la cadena alimentaria, quedando fuera del ámbito de aplicación de esta Orden la operación por la cual el ganadero entrega el animal a un operador comercial o a una empresa o industria cárnica para su sacrificio. (…)

3. LOS HECHOS

3.1.- Con fecha 4 de junio de 2009, se emitió un informe jurídico a petición de CONFECARNE en relación con la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER bajo el título “Proyecto de Nota Informativa a nuestras empresas asociadas”. Se transcriben a continuación determinados párrafos del informe jurídico (negrita y subrayados originales):

“(…) Ante las informaciones contradictorias y noticias difundidas por la Comisión Nacional de Subproductos de Origen Animal No Destinados al Consumo Humano (SANDACH) en relación a la práctica de la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de Materiales Específicos de Riesgo (MER), creemos necesario clarificar lo siguiente:

Sobre la gestión de los MER:

- 1. La práctica consistente en la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER tiene un sólido apoyo jurídico en el hecho de que los MER no tienen su origen o causa en las empresas cárnicas sino en los ganaderos, **cuyos animales generan el riesgo**, por tanto, son ellos los que deben soportar sus consecuencias jurídicas y el coste de su eliminación para que los animales puedan ser vendidos y puedan acceder a la cadena alimentaria.(…)*
- 2. La necesidad de soportar el coste de la retirada y destrucción de los MER no es sólo una consecuencia de la responsabilidad general de los*

*ganaderos, como propietarios de los animales que contienen los MER (...) sino también de la normativa en materia de residuos (. ..) y del principio general de que **"quien contamina paga"**. (...). En nuestro caso está claro que el ganadero es el productor o poseedor, por ser la persona cuya actividad produce los residuos, al criar y engordar los animales, y los tiene en su poder, junto con los animales, hasta que los vende. Por ello su obligación es (...) la de hacerse cargo de la gestión de los residuos pagando su importe, o contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión.*

- 3. "El error en el informe del abogado del Estado que al parecer cita la comisión SANDACH, radica en negar que los ganaderos tengan la condición de productores (...). Los ganaderos sí realizan esa actividad de producción (cría y engorde de los animales) que tiene que ver con la generación de los MER (...). Los ganaderos son los generadores del riesgo derivado de la existencia de los MER. Las empresas cárnicas contribuyen a la eliminación del riesgo aislando y extrayendo los MER y gestionando su destrucción en la forma oficialmente autorizada, cargando el importe de este servicio a parte del coste general de su actividad como empresa cárnica.*
- 4. Ni la Orden APA/1556/2002 (...) alteran para nada los anteriores comentarios.*
- 5. Desde 1998 se está descontando por las empresas cárnicas a los ganaderos el coste de la extracción de los MER, siendo estos actos propios de extraordinaria importancia para comprender la corrección de la actuación de las empresas cárnicas. (...)"*

3.2.- Con fecha 8 de junio de 2009, AICE publicó la circular 59/09 dirigida a sus asociados y titulada "Diversas aclaraciones sobre la gestión de los MER. Posteriormente, con fecha 15 de junio de 2009, FECIC publicó la circular 20/09 dirigida a sus asociados y titulada "Gestión de los materiales específicos de riesgo". En ambas Circulares, se transcriben directamente de forma literal y completa todos los párrafos del "Proyecto de Nota Informativa a nuestras empresas asociadas" referidos en el Hecho Acreditado **3.1** anterior, y en la de AICE figura el siguiente encabezamiento:

"RESUMEN: Adjunto les trasladamos unas aclaraciones sobre la legalidad y fiscalidad de la gestión de los materiales específicos de riesgo (MER)".

3.3.- Con fecha 9 de julio de 2009, tuvo lugar una reunión de la Junta General de CONFECARNE en la que se informa de las novedades sobre la repercusión del

coste de la extracción y eliminación de los MER y se exponen las implicaciones que una modificación normativa podría suponer en materia de defensa de la competencia. En concreto, en el acta de dicha reunión se señala lo siguiente:

“(...) 4.- NOVEDADES SOBRE LA REPERCUSIÓN DEL COSTE DE LAS HARINAS

[D. XXX y D. XXX], , quienes se han incorporado a la reunión de la Junta General, en su calidad de Asesores Jurídicos, informan a los asistentes de la propuesta de la Administración de evitar en el futuro la repercusión del coste de la extracción y eliminación de los MER a los ganaderos. [D. XXX] hace referencia a su informe jurídico, elaborado a petición de Confecarne, donde se manifiesta de manera inequívoca la plena legalidad de las actuaciones de los mataderos de vacuno. (...). En relación a la posible modificación de la Orden APA 1556/2002, que modificará el actual estatus de la traslación del coste de las harinas de carne hacia la distribución comercial, [D. XXX] expone las connotaciones que ello podría suponer en materia de defensa de la competencia, acordándose efectuar un puntual seguimiento de esta cuestión por si, en un futuro próximo, el MARM procediera a modificar dicha Orden Ministerial.

El informe elaborado por [D. XXX] con el título “*Proyecto de Nota Informativa a nuestras empresas asociadas*”, y emitido con fecha 04.06.09, se unió como uno de los antecedentes al Orden del día de la Junta.

3.4.- Para determinar si, de conformidad con lo denunciado por ASOPROVAC, la Confederación de Cooperativas Agroalimentarias de España y ASAJA, las industrias cárnicas denunciadas en el escrito de 7 de julio de 2010 habían descontado en sus liquidaciones a los ganaderos los gastos de eliminación y destrucción de MER, utilizando otros conceptos análogos o similares, tales como “descuento comercial”, “descuento pactado”, “descuento servicios varios”, etc., la DI llevó a cabo un análisis de una muestra de las facturas emitidas por las empresas denunciadas a sus proveedores.

Del análisis de las facturas disponibles, si bien se observa que en las liquidaciones realizadas por las empresas cárnicas a sus proveedores, aportadas por los denunciados, aparecen conceptos como “DESCUENTO COMERCIAL”, “DESCUENTO”, “GASTOS MATANZA”, dichos conceptos tienen importes variables entre las empresas con diferencias de hasta 0,4€/kg entre alguna de ellas, y en ningún caso aparece un concepto que se denomine MER u otro análogo que pudiera indicar que los descuentos previstos en esas facturas se refieran al traslado de los MER al ganadero.

Por otra parte, todas las empresas cárnicas denunciadas, en contestación a los requerimientos de información realizados el 15 de octubre de 2010, señalan que

tras la publicación de la Orden ARM/1163/2010 no están repercutiendo el coste de la retirada y eliminación de los MER a sus proveedores, y prácticamente todas, salvo FRIBIN, que ha aportado un acuerdo comercial donde aparece un descuento del 1% como “bonificación comercial acordada”, señalan que no tienen acuerdos de suministro con los ganaderos en los que pudiera aplicarse un descuento lineal de un porcentaje fijo en todas las entregas de ganado para sacrificio. Las respuestas a cada una de las cuestiones planteadas se resumen en la siguiente tabla elaborada por la DI:

EMPRESAS DENUNCIADAS						
	CORNELLÁ	FRIBIN	FRIMANCHA	J. VIÑAS	FRICAFOR	VALL DE BAS
Aplicación MER	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Concepto utilizado	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Porcentaje aplicado	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Acuerdos suministro	NO	Sólo en determinadas ocasiones	NO	NO	NO	NO Acuerdo verbal
Competidores	NS/NC	NS/NC	NS/NC	NS/NC	NS/NC	NS/NC
Pertenece FECIC	SI	NO	NO	NO	SI	NO
Pertenece otra asociación	NO	ASOCARNE AICE	ASOCARNE	NO	NO	NO
Adopción acuerdo FECIC	NO	NS/NC.	NO	NS/NC	NS/NC	NS/NC
Circular FECIC 15 junio 2009	NS/NC	NS/NC	NS/NC	NS/NC	NS/NC	NS/NC

EMPRESAS DENUNCIADAS					
	OSONA	VIÑALS SOLER	FRIDASA	FRIUSA	DALMAU
Aplicación MER	NO	NO	NO	NO	NO
Concepto utilizado	NO	NO	NO	NO	NO
Porcentaje aplicado	NO	NO	NO	NO	0,03 €/kg.

Acuerdos suministro	<i>NO</i> <i>Acuerdo verbal</i>	<i>NO</i> <i>Acuerdo verbal</i>	<i>NO</i>	<i>NO</i> <i>Acuerdo verbal</i>	<i>NO</i>
Competidores	<i>NS/NC</i>	<i>NS/NC</i>	<i>NS/NC</i>	<i>NS/NC</i>	<i>NS/NC</i>
Pertenece FECIC	<i>NO</i>	<i>SI</i>	<i>SI</i>	<i>SI</i>	<i>NO</i>
Pertenece otra asociación	<i>ANAFRIC</i> <i>ASOVAC</i>	<i>ASOCARNE</i>	<i>NO</i>	<i>ANAFRIC</i>	<i>ANAFRIC</i>
Adopción acuerdo ECIC	<i>NO</i>	<i>NO</i>	<i>NS/NC</i>	<i>NS/NC</i>	<i>NS/NS</i>

Teniendo en cuenta lo anterior, no existen en el expediente indicios de la repercusión del coste de la extracción y eliminación de los MER por parte de las industrias cárnicas denunciadas en el escrito de 7 de julio de 2010 a sus proveedores de ganado de vacuno y porcino en los meses de mayo y junio de 2010.

3.5.- Tras analizar las contestaciones a los requerimientos de información efectuados el 23 de marzo de 2011 a ASOCARNE y ANAFRIC, pues determinadas empresas denunciadas en el escrito de 7 de julio de 2010, declararon que pertenecen a estas asociaciones, no ha quedado acreditado que dichas asociaciones llevaran a cabo, durante los años 2009 y 2010, comunicaciones similares a las de FECIC y AICE a sus asociados en relación con la repercusión al ganadero del coste de retirada de MER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto de la presente Resolución.

En la presente Resolución el Consejo debe pronunciarse sobre la propuesta que la Dirección de Investigación le ha elevado en aplicación del artículo 50.5 de la LDC.

La Dirección de Investigación llega a la conclusión de que la conducta llevada a cabo por AICE y FECIC de forma coordinada en tanto que ambas son socias de CONFECARNE, consistente en recomendar a sus empresas asociadas que repercutiesen a los ganaderos los costes de retirada y eliminación de los MER mediante el envío de las Circulares que justificaban la legalidad de dicha repercusión, constituye una infracción tipificada en el artículo 1.1.a) de la LDC y considera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC, responsables de dicha recomendación a AICE y a FECIC.

El Consejo debe determinar si la conducta imputada constituye una infracción del artículo 1.1 a) de la LDC como propone la Dirección de Investigación. Para ello ha tomado en consideración la totalidad de la documentación que forma parte del expediente administrativo y, dentro de ésta, las alegaciones presentadas conjuntamente por CONFECARNE, AICE y FECIC a la Propuesta de Resolución, junto con los documentos que se aportan como prueba documental privada que, por acompañarse a los escritos de alegaciones, se han considerado también parte de la argumentación esgrimida por los imputados.

SEGUNDO.- Sobre la calificación de la conducta

El artículo 1.1 de la LDC 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.”*

Para determinar si una conducta se puede tipificar como recomendación colectiva a efectos de la prohibición establecida en este artículo, el Consejo, en diversas resoluciones, entre otras RCNC S/053/08 FIAB y ASOCIADOS y CEOPAN, de 14 de octubre de 2009, RCNC S/0055/08 INPROVO, de 28 de septiembre de 2009, y RCNC S/0336/11 CEOE, de 26 de septiembre de 2012, ha procedido al análisis del contenido de la recomendación, de la difusión de que ha sido objeto y de quién la realiza. Para que exista infracción del artículo 1 de la LDC es suficiente con comprobar si del análisis de estos tres factores se deduce que la conducta tiene por objeto restringir la competencia y *“...no es preciso analizar factores adicionales, como el contexto en el que se realiza la conducta, la intencionalidad, el grado de seguimiento, ni tampoco delimitar el mercado relevante.”* (RCNC INPROVO, Fundamento de Derecho Cuarto).

Sobre el contenido

Como se refleja en el HECHO ACREDITADO 3.2, el contenido de las dos Circulares, la 59/09 de AICE, de 8 de junio y la 20/09 de FECIC, de 15 de junio, es el mismo, variando únicamente el encabezamiento de la de AICE. Por ello, la valoración que el Consejo realiza a continuación debe entenderse referido a ambas.

El origen de las Circulares está en la petición de un informe jurídico por parte de FECIC, AICE y CONFECARNE al mismo asesor. La solicitud del informe se

produce después que la Comisión SANDACH hiciese pública, el 3 de marzo de 2009, una interpretación señalando que no se podían trasladar los costes de eliminación de los MER a los ganaderos. El resultado del informe requerido por las tres asociaciones lleva fecha de 4 de junio de 2009 y tiene como título *“Proyecto de nota informativa a nuestras empresas asociadas”* y de su contenido que figura en el HECHO ACREDITADO 3.1 podemos destacar el punto 1, *“La práctica consistente en la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER tiene un sólido apoyo jurídico en el hecho de que los MER no tienen su origen o causa en las empresas cárnicas sino en los ganaderos, **cuyos animales generan el riesgo, por tanto, son ellos los que deben soportar sus consecuencias jurídicas y el coste de su eliminación** para que los animales puedan ser vendidos y puedan acceder a la cadena alimentaria.(...)”*.

Cuatro días más tarde de la fecha del Informe AICE traslada íntegramente su contenido en la Circular 59/09 y once días es lo que tarda FECIC en hacer lo mismo en su Circular 20/09.

Por tanto, con ambas circulares que transcribían el Informe, se comunicaba a los asociados que la repercusión a los ganaderos del coste de las operaciones de retirada y destrucción de los MER era legal, fomentando una pauta común de comportamiento entre aquellos. La señal que se trasladaba a los asociados era muy concreta, orientando así una respuesta común por parte de operadores económicos competidores entre sí, las industrias cárnicas pertenecientes a las dos asociaciones. Y todo ello como reacción a la interpretación de un órgano oficial como la Comisión SANDACH.

La difusión

Las Circulares se dirigieron a todos los asociados de AICE y FECIC. La intención de llevar a cabo la difusión del informe jurídico está implícita en su mismo título *“Proyecto de nota informativa a nuestras empresas asociadas”*. Por otra parte, dicha difusión fue inmediata, pues AICE y FECIC no esperaron para difundirlo ni siquiera a que fuese conocido formalmente por la Junta General de CONFECARNE, que lo incluyó en el orden del día de su reunión de 9 de julio.

Acerca de la autoría

Finalmente, respecto del “quien” difundió el finalmente denominado *“Proyecto de nota informativa a nuestras empresas asociadas”* está suficientemente acreditado que lo hicieron AECL y FECIC. Este Consejo ya ha fundamentado que para calificar una recomendación como colectiva *“...basta con que la recomendación sea adoptada o manifestada por un órgano interno del ente colectivo, cualquiera que sea su composición (colegiada o unipersonal), pues lo relevante a efectos de la prohibición del art. 1.1 LDC es la naturaleza colectiva de la entidad que*

formalmente adopta la conducta, y la aptitud objetivamente restrictiva de la competencia de ésta.”(RCNC INPROVO). En el caso que nos ocupa es indiscutible que los autores de la difusión son AECI y FECIC, dos asociaciones de industrias cárnicas.

En definitiva, se cumplen los presupuestos que la doctrina de la Audiencia Nacional, expresada entre otras en su SAN de 29 de junio de 2011, refleja: *“Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Tal conducta consiste en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. Pues bien, en el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de varias entidades que integran a los principales profesionales en el sector de la alimentación, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo a los entes del que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento. Y a ello no es obstáculo que los profesionales del sector tuviesen libertad para fijar los precios, porque lo importante es la eliminación de la incertidumbre mediante la recomendación”.*

Por todo ello, el Consejo considera que la conducta, por su contenido, enviar sendas Circulares por parte de AECI y de FECIC defendiendo la legalidad de trasladar los costes de retirada de los MER, por su difusión, pues se dirigieron a todos los asociados, y por quien las efectúa, dos asociaciones representativas del sector, tiene por objeto propiciar el alineamiento en el comportamiento de las industrias cárnicas en su relación con los ganaderos en lo que se refiere a la repercusión a estos del coste de los MER. Por lo tanto, es apta para falsear la libre competencia, al facilitar la unificación de la conducta de empresas competidoras de manera objetiva.

En definitiva, el Consejo considera que la conducta imputada es una recomendación colectiva tipificada como infracción en el artículo 1.1.a) de la LDC.

La infracción del artículo 1 de la LDC existe desde el momento en que AICE y FECIC realizan una recomendación colectiva cuyo objeto se ha probado anticompetitivo con independencia del grado de seguimiento que finalmente tenga lugar. Como queda reflejado en el Fundamento de Derecho anterior, las declaraciones tuvieron aptitud para restringir la competencia, aptitud que se vio reforzada por el alto nivel de representatividad de ambas asociaciones tal como ha quedado recogido en la descripción de las partes interesadas en este expediente.

Aunque no se haya podido acreditar que la conducta ha tenido efectos, en el sentido de que en las facturas analizadas en el expediente no aparecen conceptos que se denominen MER o similares, el Consejo quiere observar que si se han encontrado conceptos que incluyen el término descuento sin mayores concreciones,”.

TERCERO.- Sobre las alegaciones

Las alegaciones a la Propuesta de Resolución (PR) se han presentado conjuntamente por CONFECARNE, AICE y FECIC y reproducen prácticamente las formuladas al Pliego de Concreción de Hechos. A continuación se hace una exposición resumida de todas ellas.

En la alegación PRIMERA las imputadas afirman que los antecedentes del expediente expuestos por la DI en la PR son incompletos, omitiendo información relevante al no mencionarlos. Los doce primeros antecedentes que cita se refieren a que no figuran los hechos por los que llevó a cabo la información reservada, que tampoco figuran los hechos por los que decidió incoar el presente expediente y que la DI no menciona determinadas cuestiones recogidas en la Resolución del Consejo de 4 de octubre de 2010 que cerró el expediente de vigilancia del expediente sancionador 556/03, así como otras cuestiones conexas con la citada Resolución que, según interpretan, ya valoró la conducta que ahora se les imputa. En concreto se refieren a que cuando se dictó la citada Resolución el Consejo ya conocía la existencia de las Circulares de AICE y FECIC de 8 y 15 de junio de 2009 y decidió que no acreditaban una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC, interpretando que eso es calificar la conducta. Otro tanto interpretan respecto a que se cerrase el expediente de vigilancia aunque el Consejo conocía la denuncia del Director General de Ganadería del MARM de 10 de agosto de 2009 y la denuncia presentada el 7 de julio de 2010 por ASOPRAVAC y otros.

El último antecedente que consideran que la DI ha omitido en su PR es que FECIC y AICE presentaron escritos de denuncia contra empresas y asociaciones ganaderas y el propio MAPA, por prácticas cuasi idénticas a las que la DI les atribuye ahora. Concretamente hacen referencia al que FECIC presentó el 26 de julio ante la CNC contra ASOPRAVAC y otras asociaciones de ganaderos y que dio origen al expediente sancionador S/0290/10, expediente que fue finalmente archivado mediante Resolución de 29 de diciembre de 2010 que no es firme por haber sido recurrida por parte de FECIC. Según las imputadas, hay un paralelismo entre aquel expediente de archivo y el que ahora nos ocupa

En la alegación SEGUNDA desarrollan lo alegado antes respecto a las actuaciones de la DI. Reiteran que la información reservada se inició como consecuencia de la Resolución de cierre de vigilancia de 4 de octubre de 2010, en la que el Consejo instaba a la DI analizar si los nuevos elementos de hecho y nuevos actores que desde 2009 se estaban produciendo pudieran constituir una

infracción de la LDC. E insisten en interpretar que AICE y FECIC fueron exculpados en dicha Resolución por la difusión de sus respectivas Circulares. También alegan que los nuevos elementos y actores solo podrían ser los denunciados en el escrito de 7 de julio y que la DI ha considerado no acreditados los hechos denunciados. Finalmente, consideran que la notificación de la incoación de este expediente, el 10 de mayo de 2011, a la Directora General de Recursos Agrícolas y Ganaderos del MARM, no siendo parte interesada en el procedimiento, vulnera el principio de seguridad jurídica, provocando por si misma la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento

En la alegación TERCERA, sobre las partes, las imputadas expresan su conformidad con la propuesta de la DI de archivar las actuaciones contra CONFECARNE y manifiestan su disconformidad con la notificación de la incoación del expediente a la Directora General de Recursos Agrícolas y Ganaderos no siendo parte interesada en el procedimiento, lo que consideran que vulnera el principio de seguridad jurídica. Consideran que la diferencia de criterio mantenida en este expediente respecto al archivo de actuaciones con que concluyó el expediente S/0290/10, que tiene evidentes paralelismos con el que nos ocupa, vulnera el principio de igualdad.

En la alegación CUARTA discuten el análisis del sector realizado por la DI, alegando que el mercado afectado en el caso de AICE y FECIC se limita a la producción de vacuno y que su representación en el sacrificio de ovino y caprino es nulo. Aportan datos para defender que la aportación del vacuno dentro del total de la producción cárnica española es del 10,6% y no del 11% como afirma la DI. Finalmente terminan argumentando que la Comisión SANDACH también hace una interpretación y reiteran que es relevante en este expediente la Resolución del Consejo de 10 de enero de 2011 de archivo del expediente S/0290/10.

En la alegación QUINTA, sobre los hechos acreditados y su valoración jurídica, reiteran su interpretación de que la conducta valorada en este expediente ya lo fue en el expediente de vigilancia VS/556/03 en la que, según las imputadas, el Consejo llegó a la conclusión de que las Circulares de AECI y FECIC no contenían recomendación colectiva alguna. También alegan que la Resolución de este expediente de vigilancia valoró la denuncia contra FECIC, entre otras, presentada el 7 de julio de 2010.

En la alegación SEXTA, las imputadas alegan la nulidad de pleno derecho de la incoación del presente expediente por vulneración de los principios de cosa juzgada administrativa, “*Non Bis In Idem*” e igualdad en la aplicación de la ley. Reiteran que el Consejo ya valoró las conductas imputadas en la Resolución de 4 de octubre de 2010, de vigilancia del expediente 556/03 y que este expediente

debe ser resuelto con los mismos criterios que se resolvió el S/0290/10 porque los elementos en ambos son coincidentes. Finalmente, hacen reserva de la posible exigencia de responsabilidad.

En la alegación SEPTIMA, las imputadas niegan la existencia objetiva de recomendación colectiva basándose de nuevo en que las Circulares ya fueron valoradas por el Consejo en su Resolución de 4 de octubre de 2010, reiterando que la Comisión SANDACH hizo una interpretación de la legislación reguladora de los MER, y que las citadas Circulares son la expresión de su derecho a la libertad de expresión.

En la OCTAVA alegación las imputadas consideran que no hay circunstancias agravantes y que hay que tener en cuenta las siguientes atenuantes: el complejo contexto jurídico y económico del mercado afectado; la posición ventajosa y privilegiada que ha tenido la industria ganadera frente a la industria cárnica; la limitada proporción que representa la actividad productiva del vacuno sobre la totalidad del sector cárnico; la falta de intencionalidad y/o negligencia; la falta de consciencia o voluntad de infringir la LDC; la sólida fundamentación jurídica del informe encargado por las imputadas; la ausencia de coordinación; la inexistencia de mecanismos de control, de carácter coercitivo, de finalidad anticompetitiva, de efectos, daños y beneficios ilícitos; la colaboración y falta de obstrucción; el carácter puntual de la conducta así como el compromiso formal de las imputadas de seguir vigilando no emitir comunicaciones en el mismo sentido.

En la alegación NOVENA solicitan la incorporación como prueba al expediente el Informe y Propuesta de Resolución que la DI elevó al Consejo en el expediente S/0290/10

En la alegación DECIMA reiteran las alegaciones a la calificación jurídica que hace la DI y vuelven a manifestar su conformidad con la propuesta de archivo de las actuaciones contra CONFECARNE.

En la UNDECIMA reiteran que no ha habido efectos en el mercado como consecuencia de la difusión de las Circulares, y en la DUODECIMA, respecto a la determinación del importe de la multa, también reiteran sus argumentos respecto a las características del mercado, la cuota de mercado, los efectos o alcance de la infracción, la duración de la misma y sobre la existencia de agravantes y atenuantes.

Respecto de la contestación a las alegaciones, en varias ocasiones el Consejo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre que el derecho de defensa de las partes no requiere la respuesta motivada individualmente a cada una de las alegaciones

presentadas, sino que éstas pueden ser merecedoras de una valoración conjunta, y consecuentemente ser objeto de un rechazo o aceptación motivado conjuntamente, lo que entiende el Consejo que concurre en este caso. Dicho pronunciamiento ha sido ratificado por la Audiencia Nacional, quien en Sentencia de 4 de mayo de 2010 de recurso presentado contra la RCNC 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS de 24 de noviembre de 2009, argumenta que: *“El derecho cuya infracción se alega no comprende el derecho del sujeto a un expediente administrativo sancionador a que se admitan y se acepten por la Administración sus alegaciones, como parece entender la actora. Las alegaciones fueron contestadas, y, como indica la CNC, por el hecho de no ser mencionadas expresamente, o de no indicarse que se está contestando a las alegaciones de CETM no puede entenderse que fueron ignoradas.”*

En este sentido el Consejo procede a continuación a contestar las alegaciones presentadas excepto las UNDECIMA y DUODECIMA que, por referirse a las circunstancias a tener en cuenta en el cálculo de la multa se contestaran en el Fundamento de Derecho siguiente.

Los argumentos en los que se basan las alegaciones, tienen su origen en la interpretación que realizan las imputadas de la Resolución del Consejo de 4 de octubre de 2010 en el Expediente de Vigilancia VS/556/03. Mantienen las imputadas que en dicha Resolución el Consejo, al considerar en el Fundamento de Derecho SEGUNDO que *“la difusión de las Circulares emitidas por AICE y FECIC los días 8 y 15 de junio de 2009, respectivamente, no acreditan una infracción del artículo 62.4 c) de la Ley 15/2007.”*, resolvió que tales Circulares no constituían recomendaciones colectivas como las que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en la Resolución del Expediente sancionador 556/03 de 13 de febrero de 2004, consideró una infracción de la LDC. Y a esta conclusión llegan partiendo de que en la Resolución de 4 de octubre de 2010 el Consejo valoró que no se habían producido decisiones semejantes a las sancionadas en el Expediente 556/03, conociendo de la existencia de las Circulares, y acordando que se había cumplido la intimación al cese.

El artículo 62. 4 c) establece que es infracción muy grave *“incumplir o contravenir lo establecido en una Resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*. El Consejo, para adoptar la Resolución de 4 de octubre 2010, solo podía determinar si se había cumplido o no la Resolución de 13 de febrero de 2004 de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Un expediente de vigilancia no es el marco jurídico adecuado para valorar la existencia de una infracción de la LDC, puesto que,

como con meridiana nitidez señala el artículo 134 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, *“el ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido”*. En el caso de infracciones de la LDC, el procedimiento legalmente establecido será el sancionador previsto en la citada norma o, para determinadas infracciones (como es el incumplimiento de Resoluciones) el regulado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Desde esta perspectiva, las apreciaciones que el Consejo pueda realizar durante la tramitación del procedimiento de vigilancia lo son a únicamente efectos de que, si considera que existe incumplimiento, se pueda incoar el correspondiente procedimiento sancionador.

En el caso que nos ocupa la DI propone al Consejo en el Expediente de Vigilancia VS/556/03 que declare el incumplimiento de la Resolución de 13 de febrero de 2004 porque considera que no se ha llevado a cabo la intimación al cese de la conducta en tanto que las Circulares de AECl y CECIC son una reiteración de la conducta que fue sancionada en dicha Resolución. Lo que el Consejo resuelve respecto a esta propuesta no es que la remisión de las circulares en cuestión no sea constitutiva de infracción alguna de la LDC (fundamentalmente porque no podría hacerlo), sino que no se aprecian indicios del concreto incumplimiento que se proponía por el órgano instructor a efectos de incoarse el correspondiente procedimiento sancionador por infracción del artículo 62. 4 c) de la LDC. La inexistencia de indicios de incumplimiento de resolución y el correspondiente cierre de vigilancia no obsta a que si se entiende que los hechos en cuestión pudieran ser constitutivos de una infracción de los artículos 1 a 3 de la LDC, se pueda incoar el correspondiente procedimiento sancionador para decidir, con todas las garantías, que calificación se debe dar a la actuación en cuestión. Como es evidente, en este caso ya no se estaríamos en el marco de la vigilancia de la resolución sino en un marco distinto e independiente.

En este sentido, el Consejo, en la Resolución de 4 de octubre de 2010, continua su fundamento de Derecho SEGUNDO diciendo *“No obstante, al concurrir nuevos elementos de Hecho y nuevos actores en las conductas que actualmente, desde 2009 se está produciendo, estas deberían ser analizadas por la Dirección de Investigación a efectos de valorar si constituyen indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia que permitan la incoación de un expediente sancionador”*. Esta afirmación del Consejo también es utilizada por las imputadas para interpretar que la difusión de las Circulares no es un nuevo elemento de hecho en tanto que eran conocidas por el Consejo en el momento de dictar esta Resolución y que AICE y FECIC no son nuevos actores pues también era

conocido por el Consejo que fueron las asociaciones que difundieron las Circulares. Sin embargo, a juicio de este Consejo no cabe la menor duda de que la referencia a nuevos elementos de hecho y nuevos actores incluyen a las citadas Circulares de 2009 de AECI y FECIC y a la denuncia presentada por una serie de asociaciones el 7 de julio de 2010. Pero es que, aunque no fuera así, la inclusión de las circulares como hechos a valorar en el presente procedimiento no constituye infracción alguna en la medida en que, como se ha expuesto previamente, su compatibilidad con la LDC, más allá de la existencia de indicios de una concreta infracción directamente ligada a un procedimiento de vigilancia, no ha sido analizada hasta ahora.

Por todo lo anterior, este Consejo considera que en este expediente no se está produciendo una vulneración del principio "*Non Bis in Idem*" como alegan las imputadas.

Otro de los pilares en los que pretenden sustentarse las alegaciones es que la DI vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley porque consideran que el criterio aplicado en este expediente es diferente al utilizado para proponer el archivo de actuaciones en el expediente S/290/10 en el que se defendió la inexistencia de recomendación colectiva. A este respecto el Consejo ya consideró, en su Resolución de 29 de diciembre de 2010, que los hechos denunciados en aquel expediente no presentaban indicios de infracción de la LDC valorando que lo que las asociaciones de ganaderos habían hecho mediante las cartas objeto de la denuncia era difundir el contenido de una norma aprobada por el MARM.

En el expediente que ahora nos ocupa el Consejo tiene que resolver sobre la difusión de Circulares en las que se propicia una práctica comercial común entre los asociados a AICE y FECIC trasladando un informe jurídico solicitado por ambas asociaciones, en tanto que ambas integran CONFECARNE, en el que se mantienen interpretaciones en contra de las hechas públicas por un órgano oficial como es la Comisión SANDACH.

Por otra parte resulta sorprendente que AICE y FECIC invoquen este principio cuando, a la vez que rechazan la imputación de haber llevado a cabo una recomendación colectiva en este expediente, recurren ante la Audiencia Nacional la Resolución del S/290/10, que estiman paralelo, porque consideran que la conducta enjuiciada era una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 de la LDC.

En cualquier caso, y como ha venido señalando de forma constante el Tribunal Constitucional, por todas en su sentencia nº 27/2001, "*desde nuestra temprana*

STC 37/1982, de 16 de junio, hemos venido afirmando (FJ 3) que la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. En definitiva (SSTC 17/1984, de 7 de febrero, FJ 2 ; 1/1990, de 15 de enero, FJ 2 , y 157/1996, de 15 de octubre , FJ 4), no existe un derecho a que se dispense un trato igualitario en la ilegalidad, pues el carácter individual e intransferible de la responsabilidad disciplinaria exige que cada cual responda por su propia conducta, con independencia de lo que haya de suceder con otros”.

Respecto a que la propuesta de archivo de las actuaciones contra CONFECARNE, el Consejo coincide con la DI en que, si bien fue quien solicitó el informe, no ha quedado acreditado en el expediente que CONFECARNE haya participado en la difusión del mismo, faltando por tanto al menos uno de los elementos para considerar que existe recomendación.

Sobre la notificación a la Directora General del MARM de la incoación del presente expediente, este Consejo considera que dicha notificación no vulnera ningún derecho de parte pues el hecho de la incoación es público de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.3 del RDC y dicha notificación se ha incorporado al expediente en defensa de la transparencia en el procedimiento.

Respecto a la incorporación al expediente del Informe y Propuesta de archivo que elevó la DI al Consejo en el expediente S/0290/10 como prueba documental pública, el Consejo considera que no se trata de una prueba y que con la incorporación de la Resolución del citado expediente es suficiente pues en ella se resumen los antecedentes y hechos y se establecen los fundamentos de derecho, siendo el documento relevante a todos los efectos ya que es el que refleja la valoración del caso por el órgano competente para resolver. Además, como la Resolución del expediente S/0290/10 ha sido recurrida por FECIC ante la Audiencia Nacional, a la que se ha remitido la documentación obrante en el mismo, el Informe y Propuesta solicitado ya obra en poder del órgano judicial y de la propia FECIC.

Por otra parte, el Consejo, a la vista de lo dispuesto por el artículo 37.2 del RDC no ha estimado necesario la realización de la vista solicitada.

CUARTO- Cálculo de la multa

El artículo 63.1 de la LDC dispone que la autoridad de competencia puede sancionar con multa a las personas y entidades que, deliberadamente o por negligencia, realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia Ley.

Este Consejo comparte con la Dirección de Investigación que concurre cuando menos negligencia en la realización de la conducta infractora declarada en el

Fundamento de Derecho Segundo de esta Resolución. Los hechos acreditados dan fe de la voluntariedad en la realización de la conducta típica (principio de culpabilidad) desde el objetivo que persigue el encargo del informe jurídico, coordinado por AECI y FECIC en el seno de CONFECARNE, hasta su difusión efectiva y, dada la relevancia de dichas asociaciones, no cabe sino concluir que AECI y FECIC se han conducido en relación con la infracción declarada en este expediente omitiendo toda diligencia en la observación de la obligación que les impone el art. 1.1 de la LDC.

Por lo demás, como ha señalado en Resoluciones anteriores este Consejo y los tribunales han confirmado, la falta de intencionalidad en la realización de la infracción no priva de antijuridicidad a las conducta de las asociaciones, pues el artículo 1 de la LDC tipifica una infracción de resultado o ilícito objetivo, por cuanto la infracción administrativa tendrá lugar cuando se produzca o pueda producir un resultado lesivo para la competencia con independencia de que éste haya sido el fin buscado. En este sentido se ha manifestado, por ejemplo, la Audiencia Nacional en el Fundamento de Derecho 6 de la Sentencia de 10 de noviembre de 2010 recaída en el expediente S/0044/08 PROPOLLO, “(...) *ello no es óbice a que la conducta sea por su naturaleza **objetivamente restrictiva de la competencia**, (...), ya que la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o **negligente-**, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, **la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.**” (el subrayado es de la Sentencia).*

De conformidad con lo establecido en el artículo 62.4 a) de la LDC la conducta debe ser calificada como muy grave. El artículo 63.1 de la LDC determina que las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio económico anterior al de aquel en que se imponga la multa. A la hora de fijar la sanción se ha de tener en cuenta los criterios establecidos en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC.

El Consejo en este caso no aprecia la existencia de los atenuantes que alegan las imputadas. Respecto al contexto jurídico y económico el Consejo considera que estaba suficientemente claro en el momento de difusión de las Circulares , a la vista de lo sostenido por la Comisión SANDACH, por lo que la motivación de solicitar el informe objeto de difusión solo puede atribuirse al objetivo de incentivar una practica comercial anticompetitiva. Porque lo que en este expediente se valora no es que las imputadas encargasen en el seno de CONFECARNE un

informe jurídico sino su difusión con el fin de propiciar una práctica comercial común mediante una interpretación de una norma jurídica de forma contraria a lo explicitado por una comisión oficial. Sobre la existencia de una posición ventajosa de la industria ganadera, el Consejo considera que es una afirmación inadmisibles en tanto que subjetiva, pues no se aporta documento probatorio alguno. Respecto a la limitada proporción que representa el vacuno dentro de la totalidad del sector cárnico, se trata de un elemento que se tiene en cuenta en la determinación del volumen de negocio afectado por la infracción. Sobre la sólida argumentación del informe jurídico que difundieron, el Consejo considera, como la DI, que las imputadas incurren en una contradicción al alegar en primer lugar que la situación jurídica es compleja y ahora alegar que su informe es incuestionable. En todo caso la valoración que merezca el informe no varía la intencionalidad de la conducta y la difusión masiva entre los asociados de que fue objeto. El resto de alegaciones se refieren a circunstancias, el carácter puntual de la conducta, la inexistencia de mecanismos de seguimiento del cumplimiento de la recomendación, de actuaciones coercitivas, de acreditación de efectos y de obtención de beneficios ilícitos, que deben tenerse en cuenta en la determinación de la sanción pero en ningún caso son circunstancias atenuantes de acuerdo con el artículo 64.3 de la LDC. Finalmente respecto de la alegación de colaboración, el Consejo considera que la actuación de las imputadas se ha limitado al deber genérico de colaboración previsto en artículo 39 de la LDC sin que hayan aportado información adicional con valor añadido como para determinar la existencia de una atenuante en este sentido. Tampoco puede tomarse en consideración como atenuante las declaraciones genéricas de cumplimiento de la ley a lo que están obligadas en todo caso.

Sin embargo, tanto AICE como FECIC ya habían cometido una infracción tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en recomendar la repercusión del coste de retirada de las harinas cárnicas a los ganaderos, sancionada por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 13 de febrero de 2004, expediente 556/03 sanción que devino firme por Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2006. Por lo tanto, este Consejo considera que en este caso se produce el agravante de reiteración prevista en el artículo 64.2 a) de la LDC.

Con el fin de que en este caso el carácter disuasorio de la multa sea compatible con el principio de proporcionalidad, a la vista de la duración de la infracción, la falta de acreditación de que se haya llevado a cabo un seguimiento de sus efectos ni de que los haya tenido, el Consejo fija la sanción a AICE y FECIC en 30.000 euros a cada una, cantidad que considera que permite alcanzar los objetivos contenidos en el epígrafe (3) de la Comunicación de la CNC sobre cuantificación

de sanciones de 6 de febrero de 2009, respetando el principio de proporcionalidad.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el agravante de reiteración en la conducta, el Consejo considera que debe aplicarse un recargo del 5% a la cifra anterior por lo que la multa final a imponer a AICE y FECIC es de 31.500 euros a cada una.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que son responsables la Asociación de Industrias de la Carne (AICE) y la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC)

SEGUNDO.- Imponer a la Asociación de Industrias de la Carne (AICE) una multa sancionadora por importe de treinta y un mil quinientos euros (31.500 €) y a la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC) una multa sancionadora por importe de treinta y un mil quinientos euros (31.500 €)

TERCERO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que en este expediente no ha resultado acreditada la existencia de una infracción del Artículo 1 de la citada Ley, por parte de CONFECARNE

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a los interesados 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 su notificación