

RESOLUCIÓN
EXPTE. S/0181/09, Conserveras

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 31 de marzo 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0181/09 Conserveras, incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra la ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS DE PESCADOS Y MARISCOS (ANFACO) y CONSERVAS GARAVILLA, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 5 de agosto de 2009 se iniciaron las actuaciones del expediente S/0181/09 mediante la incorporación de determinada información procedente de las actuaciones del expediente sancionador S/0128/09. Esa información incorporada contenía la denuncia que con fecha 30 de diciembre de 2008 la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (FIAB) había presentado en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) contra determinadas empresas metalgráficas, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 81 del TCE (actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TFUE), así como un documento recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de una de las empresas denunciadas por la FIAB.

2. Con fecha 1 de septiembre de 2009, la DI acordó la incoación de expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, registrado con el número S/0181/09, por una posible infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, contra la ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS DE PESCADOS Y MARISCOS (ANFACO) y CONSERVAS GARAVILLA, S.A., (CONSERVAS GARAVILLA).
3. A la vista de las actuaciones practicadas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 16 de julio de 2010, la DI procedió a formular el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a todos los interesados, y en el que concluye considerando que:

“La actuación consistente en los intercambios de información comercial sensible, fundamentalmente, en la reunión de ANFACO de 20 de noviembre de 2008, supone una infracción del artículo del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Se considera responsable de dicha actuación a la Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescado y Mariscos (ANFACO).”

La actuación consistente en una recomendación colectiva tendente a la actuación conjunta para repercutir el incremento del precio del envase metálico entre noviembre y diciembre de 2008, supone una infracción del artículo 1 de la LDC. Se considera responsable de dicha actuación a la Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescado y Mariscos (ANFACO).

Asimismo, de conformidad con el artículo 33.3 del RDC, se considera que Conservas Garavilla no es responsable por sí misma (sino como miembro de ANFACO y a través de ésta) de ninguna de las actuaciones anteriores.”

4. Con fecha de 10 de agosto de 2010, la DI procedió al cierre de la fase de instrucción y a formular Propuesta de Resolución (PR), que fue notificada a las partes.
5. El 1 de septiembre de 2010, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC y del artículo 43.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), la DI remitió a este Consejo de la CNC el expediente de referencia, junto con un Informe en el que se incluye la Propuesta de Resolución (IPR). En particular, la DI propone:

“Primero. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y el artículo 101 del TFUE, por la actuación de ANFACO consistente en intercambios de información comercial sensible, fundamentalmente en la reunión de ANFACO de 20 de noviembre de 2008.

Segundo. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y del artículo 101 del TFUE, por la actuación de ANFACO consistente en una recomendación colectiva tendente a la actuación conjunta para repercutir el incremento del precio del envase metálico entre noviembre y diciembre de 2008.

Tercero. Que ambas conductas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.

Cuarto. Que se declare responsable de dichas infracciones a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS DE PESCADOS Y MARISCOS (ANFACO).

Quinto. Que se impongan las sanciones previstas en el artículo 63.1.c) de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC y, en particular, los atenuantes valorados en el apartado 4 de esta Propuesta.

Sexto. Que se declare que CONSERVAS GARAVILLA, S.A. no es responsable por sí misma, sino como miembro de ANFACO y a través de ésta, de las actuaciones anteriores.”

6. El 28 de diciembre de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de ANFACO relativo al volumen de negocios total de ANFACO correspondiente al año 2009, una vez que todas las empresas asociadas han depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil.
7. Con fecha de 4 de enero de 2011, el Consejo dictó Acuerdo por el que resolvió informar a las partes que con fecha 29 de diciembre de 2010 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, y que con igual fecha y en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se dé respuesta a la información remitida, o transcurra el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, y no habiendo realizado la Comisión Europea ninguna observación, por Acuerdo de 2 de febrero de 2011, y con efectos desde el 31 de enero de 2010, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.
8. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y falló este expediente en su reunión del 23 de marzo de 2011.
9. Son partes en este expediente:
 - ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS DE PESCADOS Y MARISCOS (ANFACO)
 - CONSERVAS GARAVILLA, S.A.

HECHOS PROBADOS

Conforme al Pliego de Concreción de Hechos formulado por la Dirección de Investigación, el Consejo considera como hechos probados relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

LAS PARTES

1. ANFACO es una asociación empresarial, sin ánimo de lucro, con más de un siglo de trayectoria (sus orígenes se remontan a la Unión de Fabricantes de Conservas de la Ría de Vigo, fundada en 1904), representativa de los intereses de sus más de 220 empresas vinculadas al sector industrial transformador de productos de la pesca y de la acuicultura y de conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos, congelados, refrigerados y elaborados de productos del mar, aceites y harinas de pescado, bacalao y salazones, ahumados de pescado, materias primas, envases y embalajes, maquinaria, comercializadores de productos del mar, organizaciones y asociaciones, servicios auxiliares y productos conservados. Todas ellas empresas representativas de un "cluster" plurisectorial importante para la economía gallega y española, el sector Industrial Transformador y Conservero de Productos del Mar.

La Asamblea General es el órgano máximo de decisión de ANFACO y está integrada por los asociados de pleno derecho. Periódicamente se reúne para aprobar la gestión realizada por la Junta Directiva, que es el órgano de dirección delegado, encargado de tratar los asuntos generales de la sociedad. La Junta Directiva de ANFACO está formada por el Secretario General de ANFACO y dieciocho representantes de las empresas asociadas de pleno derecho. La Secretaría General se encarga de prestar servicios a sus asociados (véanse los párrafos 12 a 16 de la PR).

2. CONSERVAS GARAVILLA, S.A. es una empresa, fundada en 1887, dedicada a la fabricación y comercialización de conservas alimenticias creando la marca Isabel en los años 60. Posee instalaciones estratégicamente distribuidas por la geografía nacional, próximas a los principales puertos. Su actividad comercial se centra, por una parte, en la comercialización de conservas de pescados y mariscos, entre las que destacan las conservas de atún, atún claro, bonito, anchoas, sardinas, caballa y mejillones, y, por otra parte, en la comercialización de ensaladas envasadas y platos preparados.

CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

3. Las conductas que se analizan en este expediente afectan al **sector de la producción y comercialización de conservas alimentarias en España**, y, en concreto, al sector de **conservas de pescados y mariscos**, donde están presentes las entidades contra las que se ha incoado el expediente.

Las empresas que se encuentran presentes en este sector son conocidas como **empresas conserveras**, por lo que a lo largo del PCH se hace referencia indistintamente tanto a empresas productoras y comercializadoras de conservas alimentarias como a empresas conserveras.

Las conservas de pescados y mariscos tienen como materia prima principal para su fabricación los envases metálicos con destino a la industria alimentaria, ya que con ellos se producen el cuerpo principal del envase, las anillas, así como las tapas y cierres. Por tanto, por su elevada importancia, tanto en la fabricación como en el precio final de la conserva alimentaria, previamente se describirá con más detalle el mercado de producción y comercialización del envase metálico con destino a la industria alimentaria para caracterizar a continuación el mercado de fabricación y comercialización de conservas de pescado y mariscos.

4. Sector de fabricación y comercialización de los envases metálicos con destino a la industria alimentaria

Los principales tipos de envases fabricados con hojalata y TFS por las industrias metalgráficas son latas, bidones, cubas, cisternas y botes, mientras que con aluminio lo son preferentemente botes, aerosoles, latas, cápsulas y semirrígidos.

En el caso de las empresas metalgráficas que fabrican los envases para la industria alimentaria, los principales productos que producen son botes, latas, tapas y cierres, que se emplean para el envasado de conservas de pescados, mariscos, hortalizas, frutas, aceites y salsas.

Los tipos de envases más fabricados por las empresas metalgráficas para la industria conservera son los envases de 2 y 3 piezas, en formatos redondos y ovalados, siendo en el caso de las tapas la “abrefáciles”, “Peel-off” y normales.

En el mercado español del sector de fabricación y comercialización de envases para alimentación y bebidas operan cerca de 50 empresas, destacando cinco grandes grupos empresariales que controlan más del 90% del mercado.

En relación con los clientes de las empresas metalgráficas, hemos de señalar que dentro de los principales clientes se encuentran los primeros fabricantes de la industria conservera española.

5. Sector de fabricación y comercialización de conservas de pescado y mariscos

El sector de conservas de pescado y marisco se enmarca en un macro-segmento integrado por empresas fabricantes/comercializadores de conservas alimentarias. Dentro de este macro-segmento, tal y como se ha comentado anteriormente, las prácticas que se analizan en este expediente afectan al sector de la producción y comercialización de conservas de pescados y mariscos.

El sector de conservas de pescados y mariscos en España cuenta actualmente con 147 empresas operativas, 66 de las cuales se encuentran situadas en Galicia, siendo por tanto un sector muy localizado geográficamente representando la Comunidad Autónoma de Galicia el 84% del total de la producción de conservas de pescados y mariscos.

En el año 2009, el volumen de negocios de la industria española de conservas de pescados y mariscos se situó en 2.257.071.000 €, en tanto que el volumen de negocios de las empresas asociadas a ANFACO alcanzó la cifra de 1.769.734.000 €, lo que representa el 78% del total (folio 2073).

Conforme al Informe “*El sector industrial, transformador, conservero y semiconservero de productos del mar y de la acuicultura. Año 2009*”, elaborado por ANFACO en Marzo 2010, el sector de la fabricación y comercialización de conservas de pescados y mariscos se centra en cinco productos principales: conservas de atún (43,9%), conservas de atún blanco (8,4%), conservas de mejillones (7,7%), conservas de sardinas y sardinillas (7,1%), conservas de berberechos (7,0%) y conservas de anchoas (6,9%).

Este sector se caracteriza también por el peso de las exportaciones, que en el año 2009 representaron prácticamente el 73% del total de las conservas de pescados y mariscos producidas. La mayoría de estas exportaciones (90%) tienen como destino la Unión Europea. En consecuencia, las principales empresas españolas tienen una elevada presencia en mercados internacionales.

Conforme al citado Informe de ANFACO, las exportaciones españolas de conservas de pescados y mariscos se concentran principalmente en un producto, las conservas de atún, que representan el 64% en valor del total exportado.

HECHOS ACREDITADOS

6. En el período comprendido entre julio de 2008 y enero de 2009 se produjo en España un incremento considerable del precio de los envases metálicos ligeros con destino a la industria alimentaria.

Durante este periodo, las principales empresas dedicadas a la fabricación de envases y tapas metálicas con destino a la industria alimentaria (también conocidas como empresas metalgráficas) remitieron a sus clientes españoles (empresas conserveras) comunicaciones para anunciar una subida de precio de sus productos.

Entre los meses de septiembre de 2008 y enero de 2009, ANFACO llevó a cabo actuaciones dentro del sector de la industria conservera tendentes a analizar las nuevas condiciones de venta de los envases metálicos con destino a la industria alimentaria (principal materia prima de este sector. En los párrafos 41 a 51 de la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación se da cuenta de forma extensa de un buen número de reuniones (hasta 12) celebradas por ANFACO (de su junta directiva o de su asamblea), o en las que participa ANFACO (en el seno de la FIAB, con otras patronales europeas e incluso con la Asociación de empresas metalgráficas), que acreditan la preocupación de los miembros de ANFACO por el incremento de los precios de los envases metálicos ligeros para la industria conservera, planteando la necesidad de una actuación conjunta, en la que se enmarcaría la presentación de una denuncia ante la CNC frente a la industria metalgráfica, que finalmente presenta formalmente la FIAB.

7. En el marco de estas reuniones celebradas por ANFACO para abordar la situación del incremento del precio de los envases metálicos de las conservas, en noviembre de 2008, se produjo un intento concreto en el seno de ANFACO de repercutir de manera conjunta este incremento de precio de la materia prima sufrido mediante la creación

de un nuevo concepto en las tarifas y cotizaciones de conservas de marcas blancas, denominado TAF (Tinplate Factor Adjustment):

Con fecha 14 de noviembre de 2008, el Consejero Delegado de Conservas Garavilla–Isabel (XXX), envió un correo electrónico al Adjunto de la Secretaría General de ANFACO, con copia a determinados Miembros de la Junta Directiva de ANFACO, al Secretario General de ANFACO, y a un competidor (los destinatarios se relacionan posteriormente), en relación con la reunión de la Mesa de Directores de la FIAB a celebrar el 17 de noviembre de 2008, proponiendo lo siguiente (folio 156):

“Asunto: Temas Envases y traslado al mercado

Estimado XXX,

Sé que el lunes vais a tener una reunión en FIAB y tenemos el tema de la subida de envases encima de la mesa.

Os propongo y creo que sería interesante adoptar sectorialmente por todos los fabricantes de conservas que hagamos aparecer un nuevo concepto en nuestras tarifas y cotizaciones de MDD [marcas de distribución o marcas blancas], que recogería esta posible subida que nos están anticipando y que tiene visos de pasar. Le podemos denominar TAF

TAF = Tinplate Adjustment Factor

En las cotizaciones para el año que viene cotizaríamos:

Producto xxx

TAF xx

Total xxx

El TAF sería por el momento el cálculo de la subida del 15% que nos hemos tragado en Septiembre más la anunciada para Enero 30, y en unos cálculos sencillos podríamos hablar de:

Para un pack de 3x80 grs 0,09€

OL120 0,045€

Para un Ro1000 0,20€

Estos números ya los he comentado con alguno más de nuestros asociados y parece que le encajan a todo el mundo.

Mirar si esto podría tener encaje también para el resto de los sectores fabricantes de conservas, porque si no es de alguna manera de estas me parece que nos va a resultar imposible trasladar este tipo de subidas a nuestros clientes.

Os propondría que luego lo tratemos en la reunión del día 20, y que nos digáis si lo habéis podido plantear en FIAB y si ha caído bien.

Si queréis podéis llamarme estos días o hablamos el lunes cuando ya estés por aquí.

Gracias y saludos”.

Los destinatarios de este correo electrónico fueron los siguientes: XXX, Secretario General de ANFACO; XXX, Adjunto Secretaría General de ANFACO; XXX Presidente de la Junta Directiva de ANFACO y Director Comercial de Conservas XXX, S.A.; XXX, Vicepresidente 1º de la Junta Directiva de ANFACO y Presidente del Consejo de Administración de Jealsa Rianxeira, S.A.; XXX, Vocal de la Junta Directiva de ANFACO y Gerente de Conservas Isabel de Galicia, S.L.; XXX, representación en la Junta Directiva de ANFACO si bien no a través de esta persona.

8. En la reunión que tuvo lugar en la sede de ANFACO el 20 de noviembre de 2008, convocada por la Asociación para analizar las nuevas condiciones de venta de los envases metálicos ligeros para la industria conservera, asistieron los asociados siguientes XXX: Orbe, S.A. Vocal de ANFACO; XXX: Consejo de Administración del Grupo Calvo; XXX: Friscos, S.L.; XXX: Director Gerente de Rodríguez Pascual & Cía, S.L.; XXX: Presidente de Ramón Franco, S.A.; XXX: Director Adjunto de Connorsa (Conservas del Noroeste, S.A.); XXX: Director Comercial de Elaborados Frigolouro - Grupo Coren; XXX: Gerente de Isabel de Galicia, S.L, empresa que pertenece a Conservas Garavilla, S.A. Vocal de la Junta Directiva de ANFACO; XXX: Jealsa- Rianxeira, S.A.; XXX: Consejero Delegado Grupo Calvo; XXX: Conservas Pescamar, S.A.; XXX: Conservas Dani, S.A.; XXX: Justo López Valcarcel, S.A. Tesorero de ANFACO; XXX: Consejero de Conservas Antonio Alonso, S.A.; XXX: Director de Compras de Bernardo Alfageme, S.A.; XXX: Frinsa (Frigoríficos del Noroeste, S.A.); XXX: Frinsa (Frigoríficos del Noroeste, S.A.); XXX: Gerente de Conservas Daporta, S.L.; XXX: Ignacio G. Montes, S.A.; XXX: Thenaisie Provote, S.A.; XXX: Hijos de Carlos Albo, S.A. Secretario de ANFACO; XXX: Conservas Antonio Pérez-Lafuente, S.A. Presidente de ANFACO; XXX: Secretario General ANFACO; XXX: Adjunto a la Secretaría General de ANFACO; XXX: ANFACO (folio 289):

En el acta de esta reunión se recoge expresamente que cualquier actuación deberá respetar la normativa de defensa de la competencia (folios 289-291), pero también las intervenciones de algunas conserveras proponiendo medidas para hacer frente a la subida anunciada por la industria metalgráfica, así como la decisión adoptada unánimemente por los asistentes relativa a la comunicaciones a la prensa: (folios 289-291):

“(...) Por XXX Gerente de Isabel de Galicia SL, integrada en Conservas Garavilla SAD], se informa que si el precio del acero baja y también su consumo por la crisis, no se justifica la subida del precio. Además estima que la subida del R-85 será de 8-9 céntimos en cada lata, y en el envase oval será de 25 céntimos si no se consigue remediar la situación.

La propuesta de Conservas Garavilla es intentar que esta subida del precio no sea absorbida íntegramente por el margen de negocio de la industria conservera, como ocurrió en la subida de Septiembre de 2009[esta es la fecha que se indica en el acta de 20/11/2008, pero probablemente se está refiriendo a septiembre de

2007 o años anteriores], sino que propone incluir una variable ligada al incremento porcentual del precio del envase, que se incluiría en las cotizaciones que se pasasen a gran distribución y que se podría denominar TAF – Tinplate Adjustment Factor.

Por XXX [Jealsa – Rianxeira SA], se coincide en la necesidad de informar sobre esta subida del precio del envase a los medios de comunicación para sensibilizar a la distribución y a los consumidores de lo que se avecina, proponiendo promover una reunión en Vigo entre las industrias alimentarias que demandan envases metálicos ligeros.

En relación a esta propuesta se acuerda unánimemente intentar coordinar con la FIAB esta posible acción, con una repercusión muy significativa en la prensa.

En otro orden de cosas, XXX señala que el incremento de precios está haciendo que Jealsa-Rianxeira, S.A. valore la posibilidad de prescindir del soapin y promocionar en mayor medida otros envases como el “tetrapack”.

Como conclusión se acuerda unánimemente realizar las siguientes actuaciones:

- Elaborar una nota de prensa en la que se informe de la imposibilidad de que la industria conservera de pescados y mariscos asuma nuevos incrementos de precios de los envases metálicos ligeros. (...)

(Subrayado añadido por la CNC).

9. Durante los meses de noviembre y diciembre de 2008, y en cumplimiento, tanto de lo establecido en el Informe titulado “*Estudio sobre el incremento del precio de los envases metálicos para la industria conservera anunciados por proveedores del sector metalgráfico para el 2008 y 2009*”, presentado en la reunión de la Junta Directiva del 7 de noviembre de 2008, como de lo acordado en la citada reunión del 20 de noviembre de 2008, ANFACO elaboró y publicó diversas notas de prensa y artículos en los que se informaba de la imposibilidad de que la industria conservera de pescados y mariscos asumiera nuevos incrementos de precios de los envases metálicos de hojalata con destino a la industria alimentaria, haciéndose eco diversos medios de comunicación de esas comunicaciones de ANFACO:
10. Con fecha 7 de noviembre de 2008, ANFACO emitió un comunicado oficial titulado: “*El anuncio de nuevos e importantes incrementos en los precios de los envases metálicos ligeros amenaza la competitividad de la industria conservera de pescados y mariscos*”.

La realización de esta nota de prensa estaba prevista en el informe titulado “*Estudio sobre el incremento del precio de los envases metálicos para la industria conservera anunciados por proveedores del sector metalgráfico para el 2008 y 2009*”, presentado en la reunión de la Junta Directiva del 7 de noviembre de 2008, y en la misma se señala lo siguiente (folios 1166, 1241 a 1273):

“La industria conservera de pescados y mariscos quiere expresar su preocupación por el fuerte incremento de los precios que ha experimentado durante el año 2008 un componente esencial de la conserva como es el envase metálico ligero, así como por el anuncio de nuevos incrementos de precios que se harían efectivos en Diciembre del 2008 y Abril del 2009, puesto que la suma del incremento realizado en el 2008 y los nuevos incrementos anunciados para el próximo año supondrían un alza del precio del envase metálico cercano al 50%, lo cual es inasumible para la industria conservera de pescados y mariscos dada la actual coyuntura económica.”

(...)

Asimismo, la industria conservera de pescados y mariscos entiende que la empresa ArcelorMittal, con una posición dominante en el mercado y por tanto una gran capacidad para influir en el mercado del acero y los envases metálicos, debe mostrar una transparencia total para explicar los motivos que les han llevado a incrementar unilateralmente y de forma tan exagerada sus precios, puesto que el sector conservero y transformador de productos del mar y sus proveedores de envases metálicos necesitan una estabilidad en los precios de la materias primas que emplean, a fin de asegurarse unas condiciones de aprovisionamiento razonables y que permitan mantener unos niveles de costes competitivos, (...)

Dada la importancia de este tema para distintas asociaciones de la industria alimentaria, la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) analizará el mismo en la reunión de su Comité de Directores del próximo 17.11.08, con el fin de coordinar las actuaciones a realizar en común por el sector alimentario español, sin descartarse la posibilidad de presentar una denuncia ante la Comisión Nacional de la Competencia...”

(Subrayado añadido por la CNC)

La nota de prensa emitida por ANFACO se publicó en diversos medios de comunicación, como muestra la Tabla 1, en la que se recogen también la fecha de publicación y el titular de la noticia.

TABLA 1: PUBLICACIÓN DE LA NOTA DE PRENSA EMITIDA POR ANFACO			
Medio de Comunicación	Fecha de Publicación	Titular	Folios
Cotizalia (Edición digital)	7 noviembre 2008	“ANFACO advierte que subida precio envase amenaza la competitividad de la industria”	1168
Atlántico (Edición en papel)	8 noviembre 2008	“Las conserveras dicen que no pueden asumir las subidas de los envases”	1169
La Opinión de Coruña (Edición)	8 noviembre 2008	“Las conserveras critican que el coste de los envases suba un 50%”	1170

digital)			
----------	--	--	--

Fuente: Elaboración propia (CNC) a partir de datos que constan en el expediente

11. Posteriormente, con fecha 20 de noviembre de 2008, ANFACO emitió otro comunicado oficial titulado: “*La industria conservera de pescados y mariscos no puede asumir nuevos incrementos en los precios de los envases metálicos ligeros*”. La elaboración de esta nota de prensa se decidió en la reunión convocada y organizada por ANFACO ese mismo 20 de noviembre de 2008. En el comunicado se señala lo siguiente (folio 1164):

“(…) Las empresas metalgráficas anuncian nuevos incrementos de precios que se harían efectivos en Diciembre del 2008 y Abril del 2009, y que se unirían al incremento ya realizado en el 2008, de tal forma que el incremento total ascendería a cerca del 50%, habiéndose realizado en un periodo inferior a un año.

(…)

Es especialmente llamativo que estos incrementos de precios e inclusive los anuncios de futuros incrementos se realicen al unísono, en las mismas fechas, con total coincidencia de los porcentajes de subida e inclusive llegando al detalle de aspectos como los plazos de pago que siempre han sido objeto de la lógica negociación comercial entre cliente y proveedor.

Asimismo, la necesidad de repercutir este notable aumento de coste al producto final podría redundar en un incremento de los precios de una amplia gama de alimentos que se presenten en envases metálicos y que son un componente básico en la cesta de la compra del consumidor de hoy en día, por lo que podría acabar afectando al cálculo del IPC.

Por esto motivo, consideramos que la Comisión Nacional de la Competencia a nivel nacional y que la DG Competencia a nivel comunitario deben actuar de oficio ante esta situación para poner coto a actuaciones tan graves como las anteriores descritas”

(subrayado añadido por la CNC).

Esta nota de prensa se publicó en diversos medios de comunicación, que se recogen en la Tabla 2, junto con la fecha de publicación y el titular de la noticia.

TABLA 2: PUBLICACIÓN DE LA NOTA DE PRENSA EMITIDA POR ANFACO			
Medio de Comunicación	Fecha de Publicación	Titular	Folios
Diario de Arousa (Edición digital)	11 diciembre 2008	“Anfaco alerta que la subida de precios de los envases hace peligrar los empleos”	145,146

Industria Conservera (Revista)	Diciembre 2008	“El empleo generado por la industria conservera de pescados y mariscos se ve amenazado por el anuncio de nuevos incrementos de precios de los envases de hojalata”	1400
-----------------------------------	----------------	--	------

Fuente: Elaboración propia (CNC) a partir de datos que constan en el expediente

- 12.** Con fecha 11 de diciembre de 2008, aparecieron publicados en la edición digital del periódico Diario de Arousa y en una página web del sector de la pesca y pescado congelado (www.pesca2.com), las siguientes noticias sobre ANFACO (folios 145,146):

“Anfaco alerta que la subida de precios de los envases hace peligrar los empleos. (...)

Anfaco asegura que el empleo generado por la industria conservera de pescados y mariscos se ve amenazado por el anuncio de nuevos incrementos de precios de los envases de hojalata que en el segundo trimestre del año experimentó una subida del 15 por ciento (...)

Además, la industria metalgráfica “amparándose en el incremento del precio de los envases” [Se trata de un error a la hora de redactar la noticia de prensa. Realmente hace referencia al incremento del precio de la hojalata (materia prima utilizada para la fabricación de envases metálicos ligeros)], anuncia nuevas subidas de precios que se harán efectivas en diciembre de 2008 y abril de 2009. “El incremento total realizado en un periodo inferior a un año alcanzaría cifras que no tienen precedentes similares en la historia de la industria conservera”, señala Anfaco en un comunicado.

En este sentido, asegura que entre la actual situación económica y las negativas expectativas para los próximos años, “el mercado de ninguna manera puede asumir estos incrementos de precios de las materias primas en los últimos tiempos” (...).

(Subrayado añadido por la CNC)

- 13.** Finalmente, en el número 75 de la revista Industria Conservera [editada por ANFACO y disponible en su página web: www.anfaco.es] publicada en el mes de diciembre de 2008 se publicó un artículo, titulado: “El empleo generado por la industria conservera de pescados y mariscos se ve amenazado por el anuncio de nuevos incrementos de precios de los envases de hojalata”, en el que se señala (folio 1400):

“Durante un año tan complicado económicamente hablando como el 2008, la industria conservera de pescados y mariscos ha visto incrementado notablemente el coste de un componente esencial de su estructura de costes, como es el envase de hojalata, asumiendo una subida del 15% realizada durante el segundo semestre del año.

Por si esto no fuera poco, la industria metalgráfica, amparándose en el incremento de precios de la hojalata que según señalan les ha sido repercutido por el sector siderúrgico, anuncia nuevos incrementos de precios que se harían efectivos en Diciembre del 2008 y Abril del 2009, y que se añadirían al incremento ya realizado en 2008, de tal forma que el incremento total realizado en un periodo inferior a un año alcanzaría cifras que no tienen precedente similar en la historia de la industria conservera de pescados y mariscos.

Si consideramos la actual situación económica que vivimos y las negativas expectativas que se anuncian para los próximos años, el mercado de ninguna manera puede asumir estos incrementos de precios, difícilmente explicables tras el drástico descenso experimentado por los precios de las materias primas en los últimos tiempos, precisamente por la crisis económica que vivimos. (...)

(Subrayado añadido por la CNC).

- 14.** A partir del mes de enero de 2009, las principales empresas conserveras llevaron a cabo un incremento de los precios de las conservas de marcas de distribución (MDD). De la documentación analizada, se observa una disparidad en la cuantía del incremento del precio entre las conserveras, que no se ajusta al factor de ajuste (TAF) propuesto en la reunión de ANFACO de 20 de noviembre de 2008.

La DI ha analizado las facturas emitidas en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2008, así como enero, junio y julio de 2009 a los tres principales clientes de las seis principales empresas conserveras que comercializan sus productos en España y que están asociadas a ANFACO [Grupo Calvo, Conservas Garavilla, S.A., Jealsa Rianxeira, S.A, Conservas del Noroeste, S.A.; Hijos de Carlos Albo, S.A. y Bernardo Alfageme, S.A.]. Folios 641 a 652, 691 a 697, 766 a 773, 820 a 825, 1014 a 1022. Ha examinado el precio en los tres tipos de conservas de marca de distribución (MDD): Pack 3x80 (TAF propuesto de 0,09€), Conservas OL-120 (TAF propuesta de 0,045€), Conservas RO-1000 (TAF propuesto de 0,20€) señalados en el correo de fecha 14 de noviembre de 2008 (folio 156) enviado por el Consejero Delegado de Conservas Garavilla – Isabel (XXX) relativo al TAF.

De la tabla y de los gráficos elaborados por la DI que constan en los párrafos 74, 75, 77 y 79 de la Propuesta de Resolución, se puede observar que para las conservas de marca de distribución OL-120 sólo tres de las seis compañías llevaron a cabo un incremento de precios de las mismas en el mes de enero de 2009, de las cuales dos de ellas aplicaron un incremento de precios semejante al factor de ajuste de la hojalata (TAF) propuesto para este tipo de conserva que se situaba en un incremento del 0,045€ud. En concreto, la compañía Conservas Garavilla, cuyo Consejero delegado propuso el TAF, aplicó precisamente el incremento propuesto de 0,045€ud a sus conservas comercializadas a su cliente Lidl, e Hijos de Carlos Albo aplicó un incremento de 0,050€ud a dos de sus clientes: Carrefour y El Corte Inglés, mientras que a Alimerka para ese mismo periodo le aplicó un reducción del precio en 0,1€ud.

Que del resultado de comparar el incremento de precios de las conservas de marca de distribución Pack 3x80 gr. efectuado en el mes de enero de 2009 por las seis

principales empresas conserveras de España con el factor de ajuste de la hojalata (TAF) propuesto, se puede observar que sólo una de las seis compañías (Connorsa) llevó a cabo un incremento de precios de las mismas. Como anteriormente se ha comentado, esta compañía quedó excluida del análisis realizado porque no comercializa marcas de distribución. Y que del resultado de comparar el incremento de precios de las conservas de marca de distribución RO-1000 efectuado en el mes de enero de 2009 por las seis principales empresas conserveras de España con el factor de ajuste de la hojalata (TAF) propuesto, se puede observar que sólo dos de las seis compañías llevó a cabo un incremento de precios de las mismas en el mes de enero de 2009, de las cuales una de ellas aplicó un incremento de precios semejante al factor de ajuste de la hojalata (TAF) propuesto para este tipo de conserva que se situaba en un incremento del 0,20€ud. En concreto, la compañía Conservas Garavilla aplicó un incremento de 0,22 €ud a sus conservas comercializadas a su cliente Lidl.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Normativa aplicable

Los artículos 1.1 de la Ley 15/2007 (LDC) y 101.1 del TFUE prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, siempre que además puedan afectar al comercio entre los Estados miembros (art. 101.1 TFUE).

En cuanto a la aptitud de las conductas imputadas a ANFACO para infringir la prohibición del art. 101 del TFUE, la Comunicación-Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio (DOUE C 101 de 27 de abril de 2004), señala que: *“El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del Derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso”,* y que *“el acuerdo o la práctica debe afectar al comercio entre Estados Miembros de manera “significativa”.* A estos efectos añade la Comunicación que *“al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos: a) el concepto de “comercio entre los Estados miembros”, b) la noción de “puede afectar” y c) el concepto de “apreciabilidad”.*

En el caso del presente expediente, tal y como resulta del Hecho Probado (HP) 5 relativo a la caracterización del mercado, el producto en cuestión, la conserva de pescados y mariscos, es un producto que por su propia naturaleza es susceptible de generar un comercio entre Estados miembros, como de hecho ocurre en atención al elevado volumen de exportaciones registradas por parte de las principales empresas conserveras en España. Sobre la noción de la “posibilidad” de afectar al comercio entre Estados miembros, las prácticas investigadas son llevadas a cabo por empresas en su mayoría multinacionales, presentes en prácticamente todos los países de la UE, representando las exportaciones en el año 2009 prácticamente el 73% del total. En este

contexto, si bien el principal mercado afectado por las conductas investigadas es el mercado español, la existencia de un elevado volumen de exportaciones permite concluir que concurre en sentido positivo el segundo elemento a tener en cuenta, el de la posibilidad de afectar al comercio entre Estados miembros. Por último en lo que respecta al concepto de la apreciabilidad, las empresas asociadas a ANFACO representan un elevado porcentaje del tamaño del mercado de producto, por lo que cabe concluir que las conductas imputadas son adecuadas para afectar de forma apreciable los intercambios comunitarios. Del expediente se deduce que los fabricantes de conservas alimentarias comercializan una parte importante de sus productos en distintos países de la UE, teniendo en algunos casos como principales clientes a empresas localizadas en territorio comunitario. Por tanto, analizadas las características de la conducta en el contexto económico en el que desarrollan las relaciones comerciales entre el fabricante y sus clientes, cabe apreciar indicios de afectación significativa del comercio intracomunitario, y por tanto resulta de plena aplicación el artículo 101 del TFUE.

Segundo.- Objeto del expediente: valoración jurídica de la Dirección de Investigación

En su Propuesta de Resolución, la Dirección de Investigación valora que de los hechos acreditados en el expediente se deduce la existencia de dos conductas de ANFACO contrarias a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Una consistente en un intercambio de información comercial sensible entre competidores en el seno de dicha asociación, con el objetivo de llevar a cabo una actuación común para hacer frente a la subida de precios de los envases metálicos anunciada por la industria metalgráfica. La otra una recomendación colectiva de ANFACO a través, fundamentalmente, de la nota de prensa de 20 de noviembre de 2008, en la que ANFACO comunica la necesidad de repercutir el aumento del coste al producto final.

La imputación de intercambio anticompetitivo de información comercial sensible la fundamenta la DI en los siguientes hechos acreditados:

- Correo electrónico de 14 de noviembre de 2008 por parte de uno de los miembros de la Junta Directiva de ANFACO y directivo de la compañía Conservas Garavilla dirigido a otros miembros de la Junta Directiva de ANFACO (miembros, a su vez, de empresas competidoras) proponiendo repercutir de manera conjunta por todas las empresas conserveras el incremento de precio del envase metálico, mediante la creación de un nuevo concepto en la tarifas y cotizaciones de conservas de marcas blancas, denominado TA (HP 7).
- Acta de la reunión de la reunión de ANFACO celebrada el 20 de noviembre de 2008 que acredita que en esa reunión (HP 8):
 - Conservas Garavilla reitera (como ya anunciaba en el citado correo electrónico) su propuesta cuyo objetivo “...es intentar que esta subida del precio no sea

absorbida íntegramente por el margen de negocio de la industria conservera [...] sino que propone incluir una variable ligada al incremento porcentual del precio del envase, que se incluiría en las cotizaciones que se pasasen a gran distribución y que se podría denominar TAF – Tinplate Adjustment Factor”;

- por XXX, Gerente de Conservas Isabel de Galicia (Conservas Garavilla), se *“estima que la subida del R-85 será de 8-9 céntimos en cada lata, y en el envase oval será de 25 céntimos si no se consigue remediar la situación”*
- por parte de XXX se señala que *“el incremento de precios está haciendo que Jealsa-Rianxeira, S.A. valore la posibilidad de prescindir del soapin y promocionar en mayor medida otros envases como el “tetrapack”.”*

La DI considera que a través de estas propuestas realizadas por relevantes asociados de ANFACO a su Junta Directiva, en primer lugar y a través de un correo electrónico, y luego al resto de asociados de ANFACO en la reunión de 20 de noviembre, las empresas tuvieron acceso no sólo a datos básicos en cuanto al comportamiento que iba a tener su más directa competencia en aspectos tan importantes como el incremento de precio a llevar a cabo con motivo del incremento del coste del principal insumo (el envase metálico), sino también a cómo podía ser implementado por sus competidores (TAF). Y que lo mismo resulta predicable del intercambio de información sobre los precios estimados de Conservas Isabel de Galicia o sobre la política esperada de Jealsa-Rianxeira, S.A. en materia de formatos.

Apoyándose en la cita de determinada doctrina jurisprudencial comunitaria y nacional, la DI valora, en primer lugar, que esta conducta constituye un intercambio de información que por su contenido y atendido el contexto jurídico y económico en el que se inscribe tenía por objeto y era apta para homogeneizar la estrategia comercial de las conserveras asociadas ante la subida anunciada del precio del envase metálico. En segundo término, considera que tal infracción es imputable a ANFACO por cuanto si bien se trató de propuestas de algunos asociados sin que conste la adopción de un acuerdo común de todos ellos en relación a las mismas, ANFACO no se posicionó ni a favor ni en contra de la propuesta presentada sobre el TAF ni de los intercambios de información realizados tanto a través del correo electrónico de 14 de noviembre de 2008 como posteriormente en la reunión de 20 de noviembre, y, más en concreto, ANFACO no realizó ninguna manifestación pública o acto en el que señalase su postura en contra de tales prácticas, sino más bien una colaboración en la difusión del mensaje que interesaba a las empresas asociadas participantes en los mencionados intercambios, lo que constituye, como ya se ha señalado, una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

La imputación a ANFACO de una segunda infracción consistente en una recomendación colectiva prohibida por los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE la Dirección de Investigación la fundamenta en los HP 9 a 13, que acreditan que ANFACO elaboró y publicó dos notas de prensa, de 7 de noviembre y de 20 de

noviembre de 2008, en las que se informaba de la imposibilidad de que la industria conservera de pescados y mariscos asumiera nuevos incrementos de precios de la materia prima, haciendo incluso explícita la necesidad de repercutir el aumento del coste al producto final en la segunda de ellas. Notas de prensa de las que se hicieron eco diversos medios de prensa.

La Dirección de Investigación valora, en resumen, que las referencias concretas en las notas de prensa de ANFACO a incrementos de costes y su repercusión sobre el precio final constituyen en sí una recomendación colectiva anticompetitiva por su objeto al fijar, indirectamente, los precios a los asociados, incentivando un comportamiento homogéneo de éstos, así como de terceros operadores al hacer pública en prensa la citada recomendación. Por su contenido, pues, las notas de prensa vulneran la prohibición de acuerdos colusorios, dado que restringen, o tienen aptitud para restringir la competencia al emitir indudables señales corporativas que transmiten pautas de homogeneización de comportamientos comerciales. Pero el objeto restrictivo de las mismas resulta todavía más evidente si se tiene en cuenta el acuerdo previo de elaboración y difusión de las citadas notas de prensa en el marco de las reuniones mantenidas por ANFACO a raíz del anuncio de la industria metalgráfica, lo que representa un concierto de voluntades de los asociados de hacer pública la recomendación colectiva en los medios de comunicación.

Todo ello hace concluir a la Dirección de Investigación que, a través de la elaboración y difusión de las citadas notas de prensa, se ha tratado de unificar la toma de decisión de los asociados de ANFACO así como de posibles terceros operadores no asociados, en el sentido de trasladar el incremento de costes de producción por el incremento del precio del envase metálico al precio final del producto, mermando así el principio básico de la independencia de comportamiento necesario para el eficaz despliegue de la competencia.

Tercero.- Alegaciones de ANFACO

En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de fecha 20 de agosto de 2010 ANFACO alega, en lo fundamental, en relación con el intercambio de información imputado por la Dirección de Investigación, que no ha existido tal conducta sino “propuestas particulares” y aisladas lanzadas por representantes de conserveras asociadas a ANFACO “no extrapolables al resto de las empresas de sector”, y tal es así que en la reunión del 20 de noviembre de 2008 no se adoptó ningún acuerdo en relación con tales propuestas, pues al inicio de la misma se señaló que en la reunión del Comité de Directores de la FIAB del 17 anterior, en la que ANFACO urgió la adopción de medidas coordinadas desde la FIAB para hacer frente al incremento del precio de los envases, se había acordado que cualquier actuación futura respetaría la normativa de competencia, y de hecho ANFACO ha apoyado activamente a la FIAB en la redacción y fundamentación de la denuncia ante la CNC de la conducta de la industria Metalgráfica, como así reconoce la DI. En definitiva, considera ANFACO que la divulgación de información por parte de particulares, que no fue aceptada ni seguida por el resto de empresas, impide que pueda calificarse tal conducta como intercambio de información y menos imputarse a la asociación.

En todo caso, ANFACO añade que para que un intercambio de información pueda ser considerado anticompetitivo es preciso que pueda influir en el comportamiento en el mercado de sus competidores, lo que no es posible en este caso. En primer lugar, la información manifestada por Garavilla-Isabel no es apta influir en el comportamiento del resto de las empresas dado el contexto comercial e industrial del sector de las conservas de pescados y mariscos (esto es, el contexto jurídico y económico en el que han de evaluarse los intercambios): un sector atomizado y altamente dependiente del sector primario, que desde la perspectiva de la oferta se caracteriza por un exceso de capacidad productiva y márgenes comerciales reducidos, con una fuerte competencia nacional y escasa diferenciación del producto, y desde la perspectiva de la demanda por su escaso o nulo poder de negociación con la gran distribución debido a: la creciente fuerza de las marcas del distribuidor, a la demanda de grandes volúmenes y variedades de productos, a la asunción financiera de las demoras en los pagos, y a los estrangulamientos de márgenes. En segundo lugar, en lo que respecta a la información manifestada por Jealsa- Riaxeira en la reunión de 20 de noviembre, ANFACO considera que tampoco puede influir sobre el comportamiento de los competidores, en tanto en cuanto en virtud del contrato de exclusividad mundial firmado por aquella con Tetra Pack, sólo Jealsa puede utilizar este formato para envases de conservas de pescado.

En cuanto a la imputación a ANFACO de una recomendación colectiva se alega su inexistencia. Se afirma que las notas de prensa elaboradas por la Asociación, en particular las de 7 y 20 de noviembre de 2008, tenían por objeto utilizar los medios de prensa para denunciar públicamente el incremento unilateral y desorbitado del precio de los envases por la industria, a modo de “medio auxiliar de denuncia” ante la sociedad en general y ante las autoridades en particular respecto de una práctica que se considera anticompetitiva.

Que ello es así, y que en las citadas notas de prensa no existe una intencionalidad contraria a la competencia, se deduce también de su propio contenido, pues la nota de prensa de 7 de noviembre incluyó la posibilidad de denunciar tales hechos ante la CNC, y la nota de prensa de 20 de noviembre finaliza con un llamamiento a las autoridades de competencia urgiendo su actuación de oficio. Además, situadas ambas notas de prensa en el contexto económico y jurídico del sector de las conservas de pescados y mariscos, (carácter atomizado, escaso poder de negociación, así como de otras variables relacionadas con su estructura empresarial, productiva y de mercado), ANFACO concluye que se puede afirmar con rotundidad que carecen de aptitud para producir entre los asociados y las empresas del sector en general una cierta predisposición o influencia a modo de incremento de los precios; en definitiva, que carecen de potencialidad para unificar el comportamiento del sector, no pudiendo predisponer la actuación de las empresa en materia de precios.

Cuarto.- Valoración jurídica de las conductas de ANFACO por el Consejo

El Consejo comparte la valoración jurídica realizada por la Dirección de Investigación respecto del carácter anticompetitivo de las conductas de puesta en común de información comercial sensible en el seno de ANFACO, y de la elaboración y difusión por ANFACO de las notas de prensa de 7 y 20 de noviembre de 2008.

No obstante, el Consejo considera que ambas conductas constituyen una única infracción de los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE. Como ha valorado la propia Dirección de Investigación la puesta en común o difusión en el seno de ANFACO a competidores de información que normalmente las empresas mantienen en secreto por su carácter comercialmente sensible, se realiza *“con el objetivo de llevar a cabo una actuación común para hacer frente a la subida de precios de los envases anunciada por la industria metalgráfica”*. Y este objetivo anticompetitivo es también el de las notas de 7 y 20 de noviembre de 2008, que se adoptan por unanimidad y en un contexto en el que determinadas conserveras revelan a ANFACO y en su seno a competidores asociados a aquélla información sobre precios futuros, sobre la forma de trasladar ese incremento a los clientes o sobre cambios en los formatos empleados.

La nota de prensa del día 7 de noviembre de 2008 era una de las medidas previstas en el Informe *“Estudio sobre el incremento del precio de los envases metálicos para la industria conservera anunciados por proveedores del sector metalográfico para el 2008 y 2009”*, que la Junta Directiva había acordado realizar el 25 de septiembre anterior, y que fue presentado en la Junta Directiva de 7 de noviembre. Estudio en cuyo primer párrafo se afirma que el incremento del precio de los envases metálicos *“vendría a representar una subida de precios total cercana al 50%, lo cual es difícilmente asumible por la industria conservera de pescados y mariscos dada la actual coyuntura”* (folio 242. Subrayado añadido); juicio u opinión de ANFACO que se recoge en la referida nota de prensa difundida por varios medios de comunicación, cuyos titulares fueron: *“ANFACO advierte que subida de precio envase amenaza la competitividad de la industria”* (Cotizalia, edición digital); *“Las conservas dicen que no pueden asumir las subidas de los envases”* (Atlántico Diario); *“Las conserveras critican que el coste de los envases suba un 50%”* (La Opinión de A Coruña, edición digital).

Siete días después, el 14 de noviembre, el Consejero Delegado de Conservas Garavilla – Isabel (empresa representada en la Junta Directiva de ANFACO) envía a la Secretaría de ANFACO (al adjunto de la Secretaría General), con copia a determinados miembros de la Junta Directiva (entre ellos, al Presidente) y al Secretario General de ANFACO correo electrónico en el que, con el propósito ya manifestado de que la industria conservera no asuma íntegramente la subida del precio del envase metálico, propone repercutirla de manera conjunta a los clientes mediante la creación de un nuevo concepto en las tarifas y cotizaciones de marcas blancas, denominado TAF. El conservero remitente afirma en el texto del correo que ya había comentado esta propuesta con algún miembro más de ANFACO, y que *“parece que le encajan a todo el mundo”*. Asimismo propone a los destinatarios que planteen tal propuesta en la reunión que ANFACO va a tener en la FIAB con el resto de la industria de fabricantes de conservas *“porque si no es de alguna manera de estas parece que nos va a resultar imposible trasladar este tipo de subidas a nuestros clientes”*, y termina el correo proponiéndoles que esta propuesta la *“tratemos en la reunión del día 20, y que nos digáis si lo habéis podido plantear en FIAB y si ha caído bien”*.

Y, en efecto, en la reunión de 20 de noviembre convocada por ANFACO para debatir sobre la subida del precio del envase metálico, el representante del Grupo Garavilla – Isabel Galicia SL vuelve a reiterar que su propuesta de crear conjuntamente un nuevo

concepto en las tarifas y cotizaciones de marcas blancas es para *“intentar que esta subida del precio no sea absorbida íntegramente por el margen de negocio de la industria conservera”*, que él estima será de 8-9 céntimos en cada lata del R-85 y de 25 céntimos en el envase oval. Reunión en la que la representante de Jealsa-Rianxeira *“coincide en la necesidad de informar sobre esta subida del precio del envase a los medios de comunicación para sensibilizar a la distribución y a los consumidores de lo que se avecina”* (subrayado añadido). En este contexto, los conserveros presentes en la reunión acuerdan, por unanimidad, realizar diversas actuaciones y, entre ellas, elaborar una nota de prensa con el objetivo que ya se manifestaba en el referido Informe Estudio de 7 de noviembre: *“que se informe de la imposibilidad de que la industria conservera de pescados y mariscos asuma nuevos incrementos de precios de los envases metálicos ligeros”*.

La nota de prensa fue emitida ese mismo día 20 de noviembre con el título *“la industria conservera de pescados y mariscos no puede asumir nuevos incrementos en los precios de los envases metálicos ligeros”*, y se publicó en diversos medios de comunicación en el mes de diciembre, con los titulares siguientes: *“Anfaco alerta que la subida de precios de los envases hace peligrar los empleos”* (Diario de Arousa, edición digital), y *“El empleo generado por la industria conservera de pescados y mariscos se ve amenazado por el anuncio de nuevos incrementos de precios de los envases de hojalata”* (“Industria Conservera”, revista editada por ANFACO). Nota de prensa en la que se advierte al público de *“la necesidad de repercutir este notable aumento del coste al producto final podría redundar en un incremento de los precios de una amplia gama de alimentos que se presenten en envases metálicos y que son un componente básico en la cesta de la compra del consumidor de hoy en día, por lo que podría acabar afectando al cálculo del IPC”*.

Analizadas globalmente, el Consejo considera que este conjunto de actuaciones de ANFACO tienen el mismo objeto anticompetitivo de adoptar una acción o pauta común de comportamiento ante el anuncio del incremento del precio del envase metálico repercutiéndolo al precio final del producto.

Todas estas conductas constituyen una única infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE imputable a ANFACO. La elaboración y difusión de la nota de prensa del 7 de noviembre se acordó en la reunión de la Junta Directiva de ANFACO de igual fecha. La elaboración y difusión de la nota de prensa del día 20 de noviembre de 2008 se acordó en la reunión de ANFACO celebrada ese mismo día. La misma autoría cabe atribuir a la propuesta realizada por Garavilla – Isabel, primero mediante correo electrónico dirigido a la Secretaría de ANFACO y más tarde reiterada en la reunión *ad hoc* del 20 de noviembre de 2008. Es cierto que en el acta de esta reunión que consta en el expediente no se recoge ningún acuerdo sobre esta propuesta de crear una TAF, pero como ya se señaló más arriba todos los asociados de ANFACO participaban o coincidían en la necesidad de repercutir a los clientes la anunciada subida del precio del envase metálico, que es la finalidad de esa propuesta de Garavilla – Isabel. ANFACO fue el destinatario de esa propuesta y en su seno se debatió con posterioridad, propiciando y/o facilitando con este comportamiento la estrategia de coordinación de la

política comercial de sus asociados ante la subida del precio de los envases metálicos, que más tarde refuerza con la emisión de las notas de prensa reseñadas.

Quinto.- Sobre la naturaleza anticompetitiva de la pauta común de comportamiento recomendada por ANFACO

Teniendo en cuenta el contenido de las notas de prensa ya analizado (con referencias concretas a incrementos de costes y su repercusión sobre el precio final), el contexto concreto en el que se elaboran y publican las mismas (de difusión por competidores de sus estrategias competitivas ante el anuncio de la industria metalgráfica), así como el hecho de que se trata de notas de prensa elaboradas y difundidas por la asociación que representa, en términos de facturación, a prácticamente el 80% de las empresas de conservas de pescados y mariscos, el Consejo considera que ANFACO es autor de una recomendación colectiva restrictiva de la competencia por objeto.

El antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia y este Consejo de la CNC se han manifestado en el pasado claramente sobre el carácter anticompetitivo de las recomendaciones de pautas común de comportamiento. En particular, entre las más recientes, cabe citar las Resoluciones de 28 de septiembre (Expte. S/0055/08, *Inprovo*), de 29 de septiembre (Expte. S/0044/08, *Propollo*) y de 14 de octubre de 2009 (Expte. S/00/08, *Fiab, Asociados y Ceopan*), todas relativas a sectores alimenticios y respecto de conductas no sólo similares a las que son objeto de este expediente sino además coetáneas en el tiempo.

En estas resoluciones, el Consejo ha resaltado que el objetivo anticompetitivo de conductas como la de ANFACO que es objeto de este expediente no es uniformar precios; *“no se trata de una recomendación colectiva en el sentido de imponer el mismo precio final de venta al público, sino de ofrecer una pauta común, pauta que lleva a concluir que si todos aceptan el incremento y lo repercuten, nadie pierde, salvo el consumidor final, pero a este también se le está ofreciendo una justificación, pues el incremento sería consecuencia del incremento del precio de las materias primas.* (Expte. S/0044/08, *Propollo*). Valoración jurídica que ha sido confirmada por la Audiencia Nacional: *“Esta Sala, sin embargo, ratifica la valoración de la conducta realizada por la CNC en el sentido de considerar la conducta objetivamente restrictiva de la competencia, con independencia de sus efectos (...). Y es que aún cuando, en efecto, no informa de un precio uniforme para el pollo sí informa de una **subida de precios inminente**, esto es, da una pauta, señala un comportamiento a seguir y por ello es apta para unificar el comportamiento de los agentes y, en concreto, para repercutir las subidas de manera inmediata.”* (SAN *Propollo* de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de noviembre de 2010, FD 6).

Por ello, la caracterización comercial e industrial del sector de la fabricación de conservas de pescados y mariscos (atomización, alta dependencia del sector primario, existencia de exceso de capacidad productiva, márgenes comerciales reducidos, escasa diferenciación del producto, y escaso poder de negociación con sus clientes, la gran distribución) no constituye un obstáculo al objetivo anticompetitivo de la conducta, que es enviar el mensaje de que no hay lugar para la negociación del precio entre oferentes y

demandantes. Es decir, se trata de señalar mediante notas de prensa cuál es el comportamiento esperado de los competidores -trasladar a precios el incremento de los costes de producción-, de modo que objetivamente *“se influye, en mayor o en menor grado, pero inevitablemente, en este proceso de toma de decisiones, favoreciendo la unificación de las estrategias comerciales y debilitando la rivalidad entre empresas y, con ello, el dinamismo del mercado”* (Expte. S/00/08, *Fiab, Asociados y Ceopan*). Asimismo, y como señala la Dirección de Investigación, *“la estrategia de difundir notas de prensa señalando la repercusión de los incrementos de precios de las materias primas en el precio final responde a la necesidad de enfrentarse de una forma más contundente a esas negociaciones con la gran distribución. En efecto, en el presente expediente ha quedado acreditado que al menos uno de los objetivos de las citadas notas de prensa era ahondar en las consecuencias de los precios de las materias primas (aumento de costes para las empresas, competitividad, repercusiones en el consumidor), “como un mensaje especialmente dirigido a la distribución”, señalándose en el Acta de la Junta Directiva de ANFACO de 20 de noviembre de 2008 que uno de los objetivos de la nota de prensa sería “informar de esta subida del precio del envase a los medios de comunicación para sensibilizar a la distribución y a los consumidores de lo que se avecina”.* En todo caso, y como también ha señalado este Consejo en el expediente Propollo, el que la gran distribución disfrute o no de poder de decisión o de negociación frente a la industria conservera o frente a determinadas empresas de conserva *“...en nada desvirtúa que la naturaleza de la conducta es objetivamente anticompetitiva”*.

ANFACO ha alegado falta de intencionalidad en la realización de las notas de prensa, que habría sido denunciar públicamente el incremento unilateral y desorbitado del precio de los envases por la industria, poniendo de manifiesto que podía ser fruto de un acuerdo colusorio, pues en las mismas se señala la posibilidad de denunciar tales incrementos ante la CNC. Es doctrina consolidada y refrendada por los tribunales que la falta de intencionalidad no priva de antijuridicidad a la conducta de la asociación, pues los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE tipifican una infracción de resultado o ilícito objetivo, de modo que la infracción administrativa tendrá lugar cuando se produzca o pueda producir un resultado lesivo para la competencia, con independencia de que éste haya sido buscado (entre otros, Expte. 364/95 *Ortopédicos de Castilla y León* y Expte. 603/05 *Procuradores Ponteareas*; SAN *Propollo*). La colaboración activa de ANFACO con la CNC en la denuncia de comportamientos anticompetitivos de otros operadores en el mercado ha sido reconocida por la Dirección de Investigación, pero como también señala el órgano instructor esta conducta diligente es perfectamente compatible con la conducta anticompetitiva que se le imputa en este expediente. Tampoco el hecho de que existan causas que pudieran justificar el incremento del precio de la conserva afecta a la naturaleza objetivamente restrictiva de la conducta de ANFACO, pues al recomendar una pauta común de comportamiento ante tal circunstancia está objetivamente alterando la autonomía de comportamiento de las empresas que caracteriza a los mercados en competencia (expedientes 556/03 *Empresas cárnicas* y S/0053/08 *Fiab y Asociados y Ceopan*).

El hecho de que la recomendación colectiva de ANFACO haya sido seguida o no por los asociados resulta irrelevante para determinar la existencia de infracción, ya que el

tipo de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE no exigen la producción de efectos para apreciar infracción (SAN *Propollo*, FD 6), sino que ésta se perfecciona con la capacidad o aptitud de la conducta (atendiendo a su contenido, a quien la efectúa y a su difusión) para producirlos en una medida apreciable, aunque no se manifiesten: *“la infracción del art. 1.1. LDC existe desde el momento en que se realiza una recomendación colectiva cuyo objeto se ha probado anticompetitivo. La actuación de las asociaciones es formalmente objetable, más allá de sus efectos. Como se ha argumentado en el fundamento de Derecho anterior, que la recomendación no tuviese efecto en el mercado es algo intrascendente, puesto que tal efecto no es exigido por el tipo de infracción. Existe infracción del art. 1 LDC porque la conducta protagonizada por las asociaciones que se analiza en este expediente es objetivamente apta para restringir la competencia por el contenido de las notas de prensa, por su difusión y por quienes las han realizado”* (RCNC S/0053/08 *Fiab y Asociados y Ceopan*, FD 7º).

No obstante, la Dirección de Investigación ha llevado a cabo un estudio de los precios repercutidos por las principales conserveras asociadas a ANFACO a raíz de las conductas imputadas, concluyendo de ese análisis que no se ha podido constatar una aplicación uniforme por las conserveras del TAF propuesto por Garavilla – Isabel, como tampoco una repercusión generalizada y homogénea del incremento del coste en el precio del producto. El Consejo coincide con la DI en que esta circunstancia debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la sanción, pero coincide también con ella en que la conducta imputada a ANFACO no es una recomendación de fijación de precios sino de una pauta común de comportamiento, que objetivamente ha *“podido reducir la incertidumbre en el comportamiento de los competidores asociados a ANFACO y no asociados, lo que habría supuesto una merma del libre juego de la competencia al conocer la reacción de algunos competidores y la postura de la principal asociación del sector ante un “shock” exógeno común a todos ellos como fue el incremento del precio de los envases metálicos.”*

Sexto- Sanción

La conducta de ANFACO constituye una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC, que puede ser sancionada con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c) de la LDC), que siendo ANFACO una asociación se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros (art. 63.1 párrafo 2º de la LDC).

La imposición de una sanción por infracción de la legislación de defensa de la competencia presupone la concurrencia del elemento subjetivo de dolo o culpa. El Consejo considera acreditada la voluntad o interés común de las empresas asociadas a ANFACO en trasladar *“a la distribución y a los consumidores”* (HP 8) la posición común de que el aumento del precio de los envases metálicos era *“inasumible para la industria conservera de pescados y marisco dada la actual coyuntura económica”* (HP 10), y por ello la *“necesidad de repercutir este notable aumento de coste al producto final podría redundar en un incremento de los precios de una amplia gama de alimentos uqe se presenten en envases metálicos...”* (HP 11 a 13). Ésta acreditada

voluntad común conduce al Consejo a desestimar la alegación de ANFACO de falta de intencionalidad anticompetitiva en la conducta de elaborar y publicar las notas de prensa de 7 y 20 de noviembre de 2008. Al mismo tiempo permite considerar que la infracción ha sido dolosa; esto es, ANFACO elabora y difunde las citadas notas de prensa con el propósito anticompetitivo de facilitar que las empresas conserveras puedan trasladar el incremento del precio de los envases al precio final. ANFACO ha demostrado en este expediente que es conocedora de las obligaciones de comportamiento que impone el Derecho de la competencia, y como asociación que agrupa en su seno a las principales empresas conserveras españolas no podía desconocer la naturaleza objetivamente anticompetitiva de esta conducta.

Conforme a la información aportada por ANFACO (AH 6), el volumen de negocios de la industria española de conservas de pescados y mariscos en el año 2009 ascendió a 2.257.071.000 €, en tanto que el volumen de negocios de las empresas asociadas a ANFACO alcanzó la cifra de 1.769.734.000 €, lo que representa el 78% del total. En virtud del artículo 64 de la LDC, se valoran, a continuación, los criterios para la determinación del importe de la sanción.

Dimensión y características del mercado afectado. El mercado en el que se producen las actuaciones analizadas es el sector de la producción y comercialización de conservas de pescados y mariscos en España, donde están presentes las entidades que agrupa ANFACO. El sector de conservas de pescado y marisco se enmarca en un macro-segmento integrado por empresas fabricantes/comercializadores de conservas alimentarias, que ascienden en la actualidad en España a 147 empresas operativas, 66 de las cuales se encuentran situadas en Galicia. Este sector se caracteriza también por el peso de las exportaciones, que en el año 2009 representaron prácticamente el 73% del total de las conservas de pescados y mariscos producidas.

Cuota de mercado. ANFACO integra a más de 220 empresas vinculadas al sector industrial transformador de productos de la pesca y de la acuicultura y de conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos, congelados, refrigerados y elaborados de productos del mar, aceites y harinas de pescado, bacalao y salazones, ahumados de pescado, materias primas, envases y embalajes, maquinaria, comercializadores de productos del mar, organizaciones y asociaciones, servicios auxiliares y productos conservados. En relación con el número de empresas conserveras ANFACO representa aproximadamente al 40% de las empresas de conservas de pescados y mariscos que operan en España, mientras que en términos de facturación representa aproximadamente el 80% de las empresas de conservas de pescados y mariscos.

Alcance de la infracción. Se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva de ANFACO tendente a la actuación conjunta para repercutir el incremento del precio del envase metálico entre noviembre y diciembre de 2008, mediante la puesta en común en el seno de ANFACO de información comercialmente sensible entre competidores, así como mediante la elaboración y difusión por ANFACO de notas de prensa objetivamente anticompetitivas. Por tanto, nos encontramos ante una actuación ilícita realizada por la principal asociación del sector de conservas de pescados y mariscos, que constituye una infracción prohibida tanto por el artículo 1 de la LDC como por el

artículo 101 TFUE, en atención a los efectos intracomunitarios para los cuales resultaban aptas las conductas imputadas por los elevados volúmenes de exportación de conservas.

Duración de la infracción. Ha quedado acreditado que la conducta de ANFACO se produce en momentos puntuales de los meses de noviembre y diciembre de 2008. Se trató, por tanto, de una conducta de una duración muy reducida en el marco de las numerosas reuniones que celebró ANFACO entre los meses de septiembre de 2008 y enero de 2009, en las que se trató la situación del mercado ante la subida del precio de los envases metálicos.

El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios. La conducta ilícita realizada por ANFACO supone una disminución de la incertidumbre en el comportamiento de los competidores, lo que permite un control más efectivo de los precios. Asimismo, cabe señalar que la falta de competencia puede reducir los incentivos a la búsqueda de nuevos mercados y la racionalización y mejora de la eficiencia productiva y comercial, lo que redundaría en último término en pérdida de bienestar del consumidor. Las notas de prensa incitan a una pauta común de subida de precios no sólo a la industria sino que el mensaje, al hacerlo de forma pública a través de un comunicado de prensa, también se está haciendo llegar a la distribución, lo que repercutiría directamente en la cesta de la compra del consumidor, dadas las características de los productos analizados. No obstante, de la investigación llevada a cabo por la Dirección de Investigación no se desprenden efectos directos ni inmediatos en términos de una homogeneidad en la actuación de los asociados a ANFACO, que no asumieron las propuestas lanzadas por algunos asociados en la mencionada reunión ni trasladaron íntegramente el incremento de costes como sugerían las notas de prensa de ANFACO.

Los beneficios ilícitos obtenidos. No es posible cuantificar el beneficio ilícito obtenido por las actuaciones desarrolladas. De hecho, la información disponible no permite observar un incremento generalizado de los precios de las conservas, ni, en todo caso, una subida homogénea en los casos en los que sí se produjo un incremento. Todo ello sin perjuicio de que la competencia se haya podido ver reducida por la menor incertidumbre sobre la actuación de algunos competidores, lo que podría haber mermado la agresividad comercial entre las empresas conserveras, manteniendo con ello su posición competitiva en el mercado.

El último criterio para la determinación del importe de la sanción que enumera el artículo 64.1 de la LDC son las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran. El Consejo no aprecia que en el presente caso concurra ninguna de las circunstancias agravantes y atenuantes que enumera del artículo 64.2 de la LDC. En consecuencia, la aplicación circunstancial de estos criterios conduce a que la sanción a imponer, sin renunciar a su necesario efecto disuasorio y respetando el principio de proporcionalidad, ascienda a un muy reducido importe en relación al volumen de negocios de la asociación determinado conforme indica el art.63.1 párrafo 2º de la LDC, importe que el Consejo fija en 100.000 euros.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta colusoria, consistente en una recomendación colectiva que tiene por objeto la coordinación del comportamiento de las empresas asociadas para repercutir el incremento del precio del envase metálico de las conservas de pescados y mariscos, prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que es autora la ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS DE PESCADOS Y MARISCOS (ANFACO).

SEGUNDO.- Imponer a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE FABRICANTES DE CONSERVAS DE PESCADOS Y MARISCOS (ANFACO) una multa de 100.000 € como autora de la infracción acreditada.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia 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.