

RESOLUCIÓN (Expte. 344/94 Pan de Zaragoza)

Pleno

Excmos. Sres.:

Alonso Soto, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 25 de septiembre de 1995

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Felipe Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 344/94 (749/91, del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado de oficio contra la Asociación Provincial de Fabricantes de Pan de Zaragoza y Provincia, por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acordar el aumento unificado de los precios de venta al público del pan común.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 7 de junio de 1991 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia un escrito de la Asociación de Consumidores "Torre Ramona", de Zaragoza, en el que se afirma que el 1 de abril de 1991 se produjo en esta ciudad una subida generalizada del precio del pan, lo que puede ser indicio de una conducta del Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). Pide la apertura de expediente. Remitido el escrito al Servicio, notifica éste a la denunciante que para iniciar el expediente a instancia de parte debe cumplimentar los requisitos que exige el Art. 15 del Reglamento del Servicio (Decreto 422/70, de 5 de febrero). Contesta la denunciante que la denuncia es para que se proceda de oficio.
El 29 de agosto de 1991 el Servicio se dirige al Director General de Comercio y Consumo de la Diputación General de Aragón solicitando su colaboración para que investigue determinadas cuestiones. Como resultado de sus actuaciones el Director General remite, el 11 de octubre de 1991, 41 actas de inspección levantadas por sus servicios. A la vista de ellas, el Servicio entiende que ha habido aumentos coincidentes y generalizados del precio del pan común e incoa expediente, por ello, el 18 de octubre de 1991, a la Asociación Provincial de Fabricantes de Pan de Zaragoza y Provincia.

2. La incoación del expediente se publica en el BOE de 26 de febrero de 1992 y en el Boletín de Información Comercial Española (BICE) de 10/16 de febrero de 1992. A continuación la instructora solicita determinada información a la expedientada, que la facilita el 20 de abril de 1992 y el 25 de mayo de 1992.
3. El 23 de abril de 1993 se recibe en el Tribunal un escrito del Procurador J. Moreno Díaz, de Zaragoza, en el que pone en su conocimiento, a los efectos oportunos, que su representado D. Oscar Vera Rubio tiene formulada querrela contra D. Manuel Falcón y otros por coacciones, amenazas, falsedad y maquinación para alterar el precio de las cosas, que ha dado lugar a diligencias previas en el Juzgado nº 8 de Zaragoza; y acompaña oficio librado por el juez en el que solicita del Tribunal que informe sobre si existe en sus archivos autorización para imponer baremos máximos o mínimos en el precio de la barra de pan en Zaragoza u otro lugar de Aragón. El Tribunal emite el informe requerido por el juzgado y le da cuenta del procedimiento sancionador que sigue el Servicio. Se envía al Servicio copia de todo ello.

El 14 de mayo de 1993 se recibe en el Tribunal otro oficio, dirigido ahora al Presidente del Servicio de Defensa de la Competencia, de igual fecha y contenido que el anterior, oficio que el Tribunal remite al Servicio, que informa al Juzgado.

4. El 13 de septiembre de 1993 se formula el pliego de concreción de hechos en el que se formula "el siguiente Cargo: A la Asociación de Fabricantes de Pan de Zaragoza y su Provincia por haber llegado a acuerdos sobre la unificación de los precios de venta al público del pan común y sobre la fecha de su aplicación, lo que supone la existencia y práctica de una conducta prohibida por el artículo 1º de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia".
5. El 19 de octubre de 1993 se reciben las alegaciones de la Asociación, que rechaza la imputación de haber originado la práctica concertada, y propone prueba.

El 26 de octubre de 1993 el instructor solicita información a la Asociación sobre diversos extremos de su contabilidad que se recibe el 16 de noviembre de 1993, y el 25 de enero de 1994 redacta el Informe que, conformado por el Director General, es enviado al Tribunal junto con el expediente.

6. Por Auto de 14 de febrero de 1994 el Tribunal acuerda interesar del Servicio que amplíe la instrucción efectuada y esclarezca la participación en los hechos de los fabricantes del pan cuyo aumento de precio ha dado origen al expediente, incluyendo la conducta de éstos, en su caso, en el pliego de concreción de hechos que se formule.
7. El Servicio solicita testimonio de las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza y encarga un estudio sobre el sector del pan en la provincia de Zaragoza a la Subdirección General de Estudios y Relaciones Internacionales de la propia Dirección General.

Una vez en su poder ambos documentos, formula su Informe en el que afirma que *"el hecho fundamental es el aumento simultáneo del precio del pan y la identidad de éste en el más común de los comercializados, lo que representa un comportamiento armónico que no puede ser explicado, con independencia de los resultados del estudio elaborado, más que a partir de la existencia de un acuerdo previo en el seno de la Asociación, si bien no adoptado formalmente por ninguno de sus órganos de gobierno y sin que se haya podido establecer, en consecuencia, la existencia de una actuación personalizada de alguno o algunos de los fabricantes y expendedores asociados, ya que la Asociación Provincial, que en aquel momento representaba al 88,2% del sector cuando hoy sólo alcanza al 56%, todavía aspiraba a sostener una política homogénea y un control férreo sobre los precios y pesos del pan común"*.

Considera esta conducta de la Asociación como incurso en el Art. 1 de la LDC y propone al Tribunal que así lo declare, tomando además las medidas que dispone el Art. 46 de la LDC.

Recibido el expediente en el Tribunal, admitido a trámite y nombrado Ponente, la Asociación formula sus alegaciones el 17 de marzo de 1995, solicitando la práctica de alguna de las pruebas que había interesado del Servicio y que habían sido denegadas. Declarada pertinente la pericial propuesta e impertinente la documental, y recibido el informe del perito, la Asociación formula sus conclusiones que tienen entrada en el Tribunal el 24 de agosto de 1995.

9. Es interesada en este expediente la Asociación Provincial de Fabricantes de Pan de Zaragoza y Provincia.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que la Asociación tomó el acuerdo, no vinculante para sus miembros (recomendación), de fijar un nuevo precio de venta al público especialmente para las dos modalidades de mayor consumo de pan (pan común), precio que habría de aplicarse a partir del 1 de Abril de 1991 en sustitución de los precios, menores y también concordantes, que la mayoría de los expendedores venía cobrando con anterioridad a esta fecha; que la recomendación fue mayoritariamente seguida tanto por afiliados como por empresarios no integrados en la Asociación, y que los precios recomendados se mantienen durante el resto de 1991 y hasta una fecha indeterminada de 1992 en que son sustituidos por unos nuevos precios, otra vez más elevados, que observan la mayor parte de los expendedores de Zaragoza y provincia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En su escrito de conclusiones la Asociación alega, frente al cargo que se le formula, en primer lugar, la caducidad del expediente derivada de que el Servicio ha tardado un año en completar la instrucción que le encargó el Tribunal cuando disponía sólo de tres meses para hacerlo. La alegación había sido ya adelantada por la Asociación en su escrito de proposición de prueba y examinada por el Tribunal en el Auto de 25 de abril de 1995 (sobre admisión de prueba).

Se rechazó entonces la pretensión de la Asociación porque, a la vista de la LDC y su supletoria, la LPA de 1958, que son las normas por las que se rige este expediente (Disposición Transitoria Segunda de la Ley 30/1992), para que se produzca la caducidad es necesario que inactividad de la Administración se prolongue por el tiempo necesario para la prescripción de la infracción, que es de cinco años (Art. 12.1.a. LDC) y no de tres meses. El Tribunal confirma ahora su anterior decisión.

2. Como primera alegación subsidiaria aduce la Asociación que no se ha calificado suficientemente la infracción, porque en el pliego de cargos sólo se dice que la conducta incriminada está incurso en el Art. 1 de la LDC, sin precisar en cuál de sus subapartados (sería en la letra a. del número 1: fijación de precios).

La omisión señalada, puramente formal, es intrascendente: en el pliego, tanto en la concreción de los hechos como en su calificación, se habla explícitamente de acuerdo de fijación de precios y ha sido de esta calificación de la que viene defendiéndose la Asociación desde sus alegaciones al pliego, sin que en aquel momento, ni en ningún otro

posterior hasta las conclusiones, haya tenido duda alguna de cuál era la conducta que se la imputaba y el tipo legal específico en que se subsumía. No puede decir ahora que no lo sabe.

3. La segunda alegación subsidiaria es que la conducta no ha sido probada más que por presunciones basadas en estadísticas no representativas y éste es un medio de prueba no admisible en un procedimiento sancionador.

La alegación no es atendible. Aparte de la licitud de la utilización de la prueba de presunciones en la aplicación de la LDC, que no tasa los medios probatorios, la existencia del acuerdo de la Asociación, y su comunicación incluso a empresarios no asociados, resulta directamente probada por los testimonios de los fabricantes y expendedores de pan de Zaragoza y provincia que constan en autos. En septiembre de 1991, los inspectores de la Dirección General de Comercio y Consumo de la Diputación General de Aragón giraron una visita de inspección a 26 establecimientos de Zaragoza capital y a 15 establecimientos de la provincia (Tarazona, Calatayud, Utebo, Zuera, San Mateo de Gállegos, Peñaflor, Caspe, Chiprana y Cadrete). De ellos 29 eran fabricantes-expendedores de pan y 12 sólo expendedores, sin que conste si actuaban como revendedores, comisionistas o simples sucursales o dependencias del fabricante. De las actas levantadas en aquella ocasión resulta:

- Que el día 1 del mes de abril de 1991 comenzaron a aplicar, según manifiestan, unos nuevos precios de venta al público para las diversas modalidades de pan que venden. Dos de los entrevistados afirman que aplicaron los nuevos precios en el mes de abril y sólo uno dice haberlo hecho en mayo.
- Que estos nuevos precios, que figuraban expuestos en los establecimientos visitados, coincidían en su cuantía especialmente respecto de las modalidades de pan de mayor consumo, que son la barra de 250 gramos y la flama (así llamada) de 130 gramos (con una tolerancia en el peso del 6%). El precio de la primera, en el que coincide el 70% de los establecimientos inspeccionados, era de 50 pesetas; el de la segunda, con una coincidencia del 90%, era de 30 pesetas. La producción de estas dos clases de pan representa, con relación a la fabricación total de cada fabricante, un mínimo del 60% en un caso, y un máximo del 100% en cuatro casos.
- Que una coincidencia similar se observa en los precios que declaran los entrevistados haber aplicado con anterioridad a la subida, y que eran de 45 y 26 pesetas respectivamente. No consta cuándo se fijaron estos precios anteriores, aunque de la estadística sobre la

evolución del precio del pan en Zaragoza que elabora la Junta Superior de Precios resulta, para 1991, que en los meses de enero a abril no ha habido variación en los precios que sea estadísticamente apreciable. Como tampoco existe variación de la misma naturaleza en los restantes meses de 1991.

- Que 6 de los expendedores afirman que los nuevos precios les fueron fijados por sus proveedores fabricantes; y 21 fabricantes aseguran que ha sido la Asociación quien los estableció y recomendó que fueran seguidos, precisando 3 de ellos que la recomendación partió de la Junta Rectora. Añaden 6 fabricantes que la Asociación les facilitó los carteles, ya impresos, de los nuevos precios. Y uno (folio 26) manifiesta que fija autónomamente el precio de la barra (39 pesetas), pero que sigue el precio que le recomendó la Asociación (30 pesetas) en el otro formato.

También consta en el expediente que el 23 de marzo de 1992 el Servicio solicita de la Asociación que remita los carteles de precios de sus socios fabricantes. Se reciben 415 respuestas, correspondiendo 375 a miembros de la Asociación y 40 a empresarios que no figuran en la relación de socios facilitada por la propia Asociación. Se observa que estos precios son de 58 pesetas para la barra de 250 gramos en el 83,5 % de los casos y de 35 pesetas, para la flama de 130 gramos, en el 95,4%. No consta en qué momento de 1992 se comenzaron a aplicar estos precios.

Estos testimonios no han sido desvirtuados por la Asociación. La prueba de presunciones, por lo tanto, sólo viene, en este caso, a corroborar los resultados de la prueba directa. Incluso es, en sí misma, más convincente que la tesis de la Asociación de que la subida de precios generalizada, simultánea y de igual cuantía, que tuvo lugar el 1 de abril de 1991 en Zaragoza y su provincia, se produjo como consecuencia de un incremento de costes igual para todos los fabricantes y del "mimetismo del mercado". La Asociación ha presentado un informe pericial -realizado sobre una muestra de 8 empresas, que se estima "representativa de todo el sector panadero de la Provincia"- en el que, entre otras dificultades para determinar los costes de fabricación del pan que enumera y describe, se cuenta la de determinar "la fecha de efectividad de los incrementos de costos, como en el caso de la harina, dado que casi todos los industriales panaderos compran a 2 ó 3 harineros como mínimo y a lo largo de 1991 se han tenido de todos ellos varios aumentos y disminuciones del precio de la harina". Es decir, que ni los costes son iguales para todos ni han experimentado su aumento en el mismo momento del período considerado, como sostiene la Asociación.

En definitiva, el Tribunal considera suficientemente probado el cargo formulado por el Servicio.

4. Además de declarar la existencia de una práctica prohibida (Art. 46.1 LDC) y de ordenar las publicaciones que dispone el Art. 46.5, el Tribunal estima que la práctica declarada, realizada libremente y con conciencia de su significado, debe sancionarse con una multa cuya cuantía habrá de determinarse con arreglo a los criterios que enumera el Art. 10.2 para fijar la importancia de la infracción.

La modalidad de restricción de la competencia que supone la unificación de precios de venta al consumidor es, como reiteradamente viene afirmando el Tribunal, de la mayor gravedad, especialmente cuando se trata de productos genéricos, al ser el precio el principal elemento diferenciador, sobre el que actúa la competencia, y que inmediatamente percibe el consumidor. El pan común cuyos precios se han unificado al alza es un bien perecedero -se consume en el día-, difícilmente sustituible, de primera necesidad y, por ello, de mayor incidencia en las rentas más bajas; al haberse eliminado la competencia, los consumidores han pagado unos precios artificialmente más elevados de los que habrían resultado si la abundante oferta que existe en el sector hubiera actuado competitivamente.

El acuerdo ha tenido un considerable efecto práctico al haber sido seguido con carácter general por los empresarios que operan en el mercado afectado, que geográficamente comprende la ciudad de Zaragoza y su provincia, y que tiene un volumen de negocio anual de alrededor de 6.600 millones de pesetas según las estimaciones de CEOPAN incorporadas al expediente y que no han sido combatidas. Y ha tenido un dilatado efecto temporal: la unificación de precios se ha mantenido, al menos, hasta 1992.

No es de apreciar, sin embargo, reiteración en la práctica (Art. 46.1.f) porque aunque ya existía coincidencia en los precios anteriores a la subida de abril de 1991 -lo mismo que ha vuelto a existir coincidencia en los precios posteriores que se han observado en 1992- el expediente se ha limitado exclusivamente al acuerdo generador del alza de precios de abril de 1991 sin investigar las razones de las otras coincidencias.

Ponderando todas estas circunstancias, y teniendo también en cuenta las multas impuestas en las Resoluciones de 28 de julio de 1989 (Exp. 364/94, AFEPAN) y de 9 de febrero de 1995 (Exp. 348/94, Asociación de fabricantes y expendedores de pan de Salamanca) que contemplan supuestos semejantes al de este caso, procede sancionar a la Asociación con la multa de 25 millones de pesetas.

5. El juzgado de instrucción nº 8 de Zaragoza ha librado testimonio, que se ha incorporado al expediente, de las diligencias previas practicadas como consecuencia de la querrela interpuesta por un fabricante de pan independiente que comenzó su actividad en Zaragoza a finales de 1991, contra nueve empresarios y un agente comercial por coacciones, amenazas, falsedad y maquinaciones para alterar el precio de las cosas; tipificaciones que corresponden, según el querellante, a las presiones que, por diversos medios, han ejercido aquéllos sobre el propio querellante, sus empleados, proveedores y revendedores para que mantuvieran sus precios en línea con los fijados por la Asociación y, expresamente, según declaran los revendedores, observaran el precio de venta al consumidor de 58 pesetas la barra, que era el generalmente seguido, dicen, en 1992. Los fabricantes querellados, afirma también el querellante, tendrían concertado entre ellos, al margen de la Asociación, un acuerdo de cártel, para cuyo funcionamiento han constituido una sociedad que no desarrolla más actividad que la de administrar y hacer operativo el cártel.

El Servicio no ha investigado ni tenido en cuenta los indicios de conductas de posible inclusión en la LDC que se deducen de la documentación remitida por el juzgado porque, dice, son ajenas y posteriores al acuerdo de la Asociación que ha constituido el objeto de este expediente. El Tribunal estima preciso interesar del Servicio que investigue estas conductas. Y recordando los expedientes ya resueltos que sancionan acuerdos de las Asociaciones de Fabricantes de Pan de Málaga y Salamanca, semejantes al de la Asociación de Zaragoza, interesa también del Servicio que investigue si se han producido actuaciones similares en otros territorios del Estado, aisladamente o como consecuencia de acuerdos supraprovinciales de las asociaciones empresariales de diversos grados que existen en el sector o, incluso, de posibles cárteles, al margen de las Asociaciones, entre distintos fabricantes.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del Art. 1.1.a. de la LDC consistente en la adopción por la Asociación de Fabricantes y Expendedores de Pan de Zaragoza y su Provincia del acuerdo no vinculante, o recomendación, de que a partir del 1 de abril de 1991 se aplicaran los precios de venta al público del pan común que fijaba la Asociación, precios iguales para todos los expendedores y más elevados que los existentes; acuerdo que fue comunicado incluso a empresarios no afiliados y que fue seguido con generalidad en Zaragoza y su provincia.

2. Intimar a la Asociación para que en lo sucesivo se abstenga de tomar acuerdos sobre precios.
3. Imponer a la Asociación Provincial de Fabricantes de Pan de Zaragoza y Provincia la multa de 25 millones de pesetas.
4. Ordenar a la Asociación Provincial de Fabricantes de Pan de Zaragoza y Provincia la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, en uno de los tres diarios de mayor tirada de ámbito nacional y de mayor tirada de la provincia de Zaragoza, así como su comunicación a los asociados.
5. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que investigue las conductas de posible inclusión en la Ley de Defensa de la Competencia que se deducen de las Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción Nº 8 de Zaragoza cuyo testimonio se ha incorporado al expediente; así como que investigue si se han producido actuaciones similares a las sancionadas en este expediente en otros territorios del Estado, aisladamente o como consecuencia de acuerdos supraprovinciales de las asociaciones empresariales de diversos grados que existen en el sector o, incluso, de posibles cárteles, al margen de las Asociaciones, entre distintos fabricantes.
6. Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.