

RESOLUCIÓN (Expte. 346/94 Afepan)

Pleno

Excmos. Sres.:
Fernández Ordóñez, Presidente
Alonso Soto, Vocal
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal
Soriano García, Vocal
Petibò Juan, Vocal

En Madrid, a 28 de julio de 1994

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición indicada al margen y siendo Ponente D. Pedro de Torres Simó, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 346/94 (AFEPAN). (Expediente 711/91 del Servicio de Defensa de la Competencia).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 23 de enero de 1991 se recibió en la Dirección General de Defensa de la Competencia (Servicio) un escrito de denuncia de la Unión de Consumidores de España (UCE) contra la Asociación de Fabricantes de Panadería de Málaga (AFEPAN) por coincidir un incremento del precio del pan en la providencia de Málaga, con indicios de alcanzar a las provincias limítrofes de Jaén y Córdoba.
2. Abierta por el Servicio la instrucción de una información reservada antes de incoar expediente, tal como está previsto en el artículo 36.2. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la UCE precisó que la subida del precio del pan se produjo el 12 de enero de 1991 en todas las panaderías, salvo en algunas que representaban el 3 por ciento del total, integradas en una asociación distinta de la denunciada (ASINPAN). Señaló la UCE, además, que la subida se extendió a la mayoría de los pueblos cercanos.

Por su parte, la Dirección Provincial de Economía y Comercio de Málaga, a petición del Servicio, envió un escrito al que acompañaba un muestreo entre los principales fabricantes de pan de la capital en la cual se concluye que entre el 12 y el 15 de enero se produjo una subida del precio del pan,

que el precio de la barra de mayor consumo (de 250-260 gramos) pasó de 50 a 60 pesetas y que ningún asociado afirma que AFEPAN les marca la pauta, sino que solamente les asesora e informa.

La prensa local bien aportada por UCE bien por otros medios confirma la subida de precios del pan en las fechas citadas, aunque recoge las declaraciones del presidente de AFEPAN en las que señala que la subida era inevitable por el incremento de precios de las materias primas, servicios y mano de obra, si bien "como hay libertad de mercado, cada empresario pone el precio más razonable".

3. El Servicio, estimando que existían indicios racionales de posible infracción de la LDC acordó la incoación del correspondiente expediente de 29 de abril de 1991. En la instrucción del expediente se realizó la información pública, no recibándose ninguna alegación como consecuencia de la misma.

De la investigación realizada se deduce que,

- 3.1 En Málaga existen alrededor de 350 empresas, agrupando AFEPAN el 85 por ciento de ellas, existiendo otra asociación - ASINPAN- que agrupa el 3 por ciento.
- 3.2 De las 51 actas levantadas por la Junta de Andalucía (Consejería de Salud, Delegación Provincial de Málaga) en octubre de 1991 se concluye que los precios de pan que rigen mayoritariamente en Málaga a partir del 12.1.91 son:
 - barra de 250 gramos - 60 pts.
 - pan común centeno (1 Kg) - 50 pts.

De las actas que recogen precios (23) la totalidad salvo dos casos en Marbella y Málaga siguen los mismos precios. Existiendo coincidencia en Antequera, Estepona y Benalmádena con los precios de Málaga capital, no así en Nerja, Torredelmar y Coín.

En cuanto a la cuestión de quién fija los precios, en 21 casos las actas señalan que es AFEPAN, en 9 ocasiones que son los proveedores o el fabricante y en 2 ocasiones no saben/no contestan. En cuanto a la fecha en 11 ocasiones señalan que fué entre enero y febrero.

3.3 Una encuesta realizada por el Servicio, por escrito, confirma las conclusiones de la inspección de la Junta de Andalucía.

4. El pliego de concreción de hechos se remite por el Servicio a AFEPAN y precisa:

"1.- **HECHOS**

- 1) Entre los días 12 y 15 de enero de 1991, subió el precio del pan en Málaga capital, afectando dicha subida especialmente al formato de mayor consumo en un 20 por ciento, al incrementarse el precio de la "barra viena" de 50 y 60 pts., según se acredita con las listas de precios exhibidos en los establecimientos de venta de pan.
- 2) El incremento de precios en los productos de panadería se produjo en el 97% de las expendedorías de pan de Málaga capital.
- 3) En los días siguientes, dicha subida se extendió a la mayoría de los pueblos cercanos a la capital.
- 4) AFEPAN, es la Asociación de fabricantes de panadería que reúne prácticamente la totalidad de los mismos, existiendo otra Asociación, ASIPAN, cuya relación en número de socios alcanza el 3% de los fabricantes.

HECHO BASICO OBJETIVO

Aumento simultaneo del precio del pan en Málaga, e identidad de precios en el pan comercializado en dicha provincia.

2.- **VALORACION JURIDICA**

A juicio del Instructor, estamos ante una práctica prohibida según el art. 1 a) de la Ley 16/1989 según el cual "se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tengo por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consisten en:

- a) La fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

De los hechos anteriores expuestos se deduce un comportamiento armónico que no puede ser explicado como una respuesta independiente, dado el número y las diferentes características de las expendedorías de pan en Málaga; todo ello arropado, según consta en las actas de inspección del Servicio de Consumo de la Junta de Andalucía, de octubre de 1991, por las declaraciones del 40% de los encuestados en el sentido de revelar las indicaciones o la decisión fruto de la reunión celebrada en AFEPAN días antes de la subida de los precios.

De esta conducta se considera responsable a la Asociación Provincial de Fabricantes y Expendedores de Pan de Málaga (AFEPAN) por haber acordado el aumento y unificación del precio de venta al público del pan así como la fecha de su aplicación, lo que resulta conducta prohibida por el art. 1.1 a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

- 5. Las alegaciones de AFEPAN al pliego de concreción de hechos fueron las siguientes:
 - 5.1 No se aportan pruebas que demuestren la existencia de un acuerdo de AFEPAN fijando los precios.
 - 5.2 La subida de precios no es homogénea ya que existen algunos casos en que los precios son diferentes y, en varios casos la subida se ha escalonado en el tiempo, no siendo simultáneo.
 - 5.3 La subida se produce igualmente en los establecimientos no asociados a AFEPAN.
 - 5.4 Los carteles que facilita la asociación dejan en blanco las casillas de precios.
 - 5.5 La subida de precios se debe al mimetismo del mercado. La subida de precios de una determinada forma no supone la voluntad de falsear la competencia, sino una que se deriva de la simple política comercial.

6. El análisis de las alegaciones anteriores por el Servicio, tal como constan en el Informe propuesta de once de abril de 1994 es el siguiente:

"Parece conveniente realizar ciertas precisiones en contestación a las alegaciones presentadas por D. José Mato González en su escrito de 17 de enero de 1994.

Primero: La investigación del presente expediente se ha centrado exclusivamente en conocer y definir los hechos relatados en la denuncia en la provincia de Málaga, entendiendo que el estudio del mercado de panadería en las provincias limítrofes sería objeto de otro expediente distinto, precisamente porque las Asociaciones de panaderos son provinciales.

Segundo: Del estudio de los datos obtenidos a lo largo de la instrucción se puede concluir que por localidades la subida de precios y su entrada en vigor es suficientemente homogénea, no teniendo que coincidir en todas las poblaciones de forma simultánea ya que se entiende que el área de influencia en la comercialización del pan son las propias localidades.

Tercero: El tiempo de ejecución del presumible acuerdo de precios, mediados de Enero-Marzo de 1991, ha sido, a juicio del instructor, el necesario teniendo en cuenta que no es fácil conseguir dicha homogeneidad partiendo de intereses bien diferenciados según se trate de fabricantes y/o expendedores, confirmados por algunas declaraciones como la recogida en el folio 585 sin olvidar el grado de atomización del sector, entendiendo que las excepciones a la regla mayoritaria no desvirtúan el comportamiento general comprobado.

Además y a pesar del enorme grado de interrelación existente en este mercado, parece excesivo admitir que la causa de las generalizadas modificaciones de los precios sea el mimetismo del mercado si atendemos a las diferencias existentes en producción, costes de materia prima, personal contratado, coste de sus locales, etc... todos ellos factores que lógicamente deben determinar algunas diferencias en el precio de venta al público.

Cuarto: No es extraño que la subida de precios haya alcanzado también a algunos establecimientos no asociados si tenemos en cuenta que éstos se encuentran en franca minoría con respecto a los asociados a AFEPAN (3% del total).

Quinto: Es difícil comprender con que objeto, distinto al de comunicar los nuevos precios, AFEPAN envió por fax, dos días antes de la subida generalizada de precios, determinados carteles a determinados establecimientos (véase folios 139 y 141 del expediente del Servicio) si dichos carteles según las alegaciones del representante de AFEPAN dejan en blanco el precio y el peso del producto.

Sexto: En cuanto a las investigaciones y hechos acreditados, parece conveniente aclarar que dichas investigaciones han sido en todo momento encaminadas a obtener pruebas indirectas que permitan deducir un enlace preciso y directo entre el hecho demostrado - Identidad de precios en un elevado porcentaje para un mismo producto, y el que se trata de deducir - Decisión de precios alcanzada en el seno de la Asociación de Fabricantes y Expendedores de Pan de Málaga.

Al respecto conviene citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Julio, 8 de Octubre y 7 de Diciembre de 1985, entre otras que manifiestan "la posibilidad de admitir la prueba de presunciones, siempre que se parta de un hecho básico objetivamente acreditado y no aparezca la inferencia lógica como irrazonable o irrazonada.

Partiendo de un hecho indiscutible cual es el elevado número de fabricantes y expendedores de la provincia y la enorme diferencia empresarial detectada, tanto en la información facilitada por ellos mismos en cuanto al volúmen de negocio de unos y otros como en la información obrante en el estudio de mercado (folio 817), se demuestra que el precio final del pan común para los formatos tipo, fué en 1991 idéntico en la mayoría de los establecimientos de venta al público en Málaga capital y en algunas localidades de la provincia y que dicha identidad de precios se mantiene por localidades, aunque el precio final varíe de forma relativa según localidad, no importando tanto dilucidar si dicho precio es o no elevado sinó concluir que la identidad de precios detectada reduce la incertidumbre y, por tanto, falsea la competencia en la comercialización del pan en la provincia.

Además, si tenemos en cuenta las 21 declaraciones que figuran en las actas de inspección de octubre de 1991 que involucran a la Asociación AFEPAN como la inductora del acuerdo de precios, el envío en esas fechas por parte de

AFEPAN de nuevos carteles, las declaraciones aparecidas en los medios de comunicación, etc... podemos determinar una coordinación presumiblemente promovida por AFEPAN".

7. Con fecha 11 de abril el Servicio emite el informe propuesta estimando una conducta de AFEPAN prohibida por el art. 1 de la LDC.
8. Remitido el expediente al Tribunal, éste lo admite a trámite por Auto de cinco de mayo de 1994, poniéndolo de manifiesto a los interesados para que estos soliciten celebración de vista y propongan las pruebas que estimen necesarias.

La UCE considera innecesaria la proposición de nuevas pruebas y no estima necesaria la celebración de vista, por escrito de 27 de mayo de 1994. AFEPAN no hace alegación alguna al respecto.

9. El Tribunal, por Providencia de 4 de junio de 1994, da por concluido el período probatorio, abriendo plazo para formular conclusiones.
10. Con fecha 18 de julio se recibe el escrito de conclusiones de AFEPAN. En él se reiteran algunos de los argumentos recogidos en el número 5 anterior.

En concreto, se indica que,

- No se han aportado pruebas que demuestren la existencia de un acuerdo en el seno de AFEPAN
 - Falta de homogeneidad en algunos casos de subida de precios y no coincidencia en el tiempo.
 - "Es absolutamente normal en el sector de Panadería que se produzcan subidas generalizadas de precios y ello obedece al propio mimetismo del mercado y a la estrecha relación existente entre fabricantes comerciantes, proveedores de materias primas e incluso los propios clientes de estos establecimientos..."
 - Solo existen meras presunciones en el fundamento de la denuncia e instrucción
11. Con fecha 22 de julio se recibieron las conclusiones de la UCE que considera que
 - Se ha podido constatar en el expediente la efectiva existencia de una decisión o recomendación colectiva que puede calificarse como una conducta anticompetitiva de las incluídas en las prohibiciones del artículo 1 LDC.

- AFEPAN agrupa al 85 por ciento de las empresas de pan ubicadas en Málaga-
 - La subida de precios se produjo dentro de un margen que puede considerarse simultaneo y que ello coincide con la subida de precios detectada por las estadísticas semanales de la Junta Superior de Precios.
 - Los precios coinciden en un 70 por cien de los establecimientos con los precios recomendados por AFEPAN.
 - En las fechas de la subida del pan, dos días antes AFEPAN envía a sus asociados los nuevos carteles de precios.
 - Por todo ello, pide la condena de AFEPAN y la imposición de una multa de cien millones de pesetas.
12. Se consideran interesados la Asociación de Fabricantes de Panadería de Málaga (AFEPAN) y la Unión de Consumidores de España (UCE).
13. En el Pleno del 27 de julio de 1994 se deliberó y falló.

HECHOS PROBADOS

AFEPAN cursó una recomendación de subida de precios del pan a sus asociados, la cual fué seguida y aplicada por éstos, entre las fechas de 12 y 15 de enero de 1991 en Málaga capital, aplicándose igualmente en diversos pueblos de la provincia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En el expediente existen amplias pruebas de la subida del pan en Málaga capital y en algunos pueblos de la provincia. En concreto en Málaga capital es palmario que se produjo esta subida entre el 12 y el 15 de enero de 1991. También se produjo por esas fechas en varios pueblos de la provincia, no siendo la precisión de los días exactos tan concreta.

La cantidad de pruebas es abrumadora. Hay referencias en la prensa local, con declaraciones justificativas del presidente de AFEPAN, si bien éste no admite la existencia de una recomendación. También consta en el expediente la constancia de la subida en 51 actas levantadas por los

servicios de la Junta de Andalucía (Consejería de Salud, Delegación Provincial de Málaga), datos confirmados por una encuesta del Servicio. Por todo ello, se considera probado el "aumento simultáneo del pan en Málaga".

2. La subida del precio del pan es homogénea, ya que en un altísimo porcentaje de los establecimientos encuestados se da una identidad en los nuevos precios. En concreto en una barra de pan de mayor consumo -la barra viena- la homogeneidad del comportamiento es máxima, pasando de 50 a 60 pts. El grado de homogeneidad de la subida es muy alto aunque las diferencias sean más frecuentes entre los otros formatos de presentación del pan. Por otra parte, la homogeneidad es mayor en Málaga capital y en determinados pueblos -Benalmádena, Antequera y Estepona- que en otros como Coín, Torredelmar y Nerja.

En resumen la homogeneidad en la subida es en todo caso muy alta, siendo más alta en Málaga capital y en determinados pueblos.

3. En cuanto al protagonismo de AFEPAN en la subida del Pan, en el expediente consta que en 21 casos los empresarios del sector contestan en la encuesta de la Junta de Andalucía que la fijación de precios la realizó AFEPAN, en 9 casos los fabricantes o proveedores y en dos ocasiones indican que no sabían o no contestaron.

Además, consta en el expediente del Servicio (folio 141) una lista de precios del pan aportada por una panificadora de Benalmádena que es un telefax enviado por AFEPAN, según consta en los habituales signos de identificación del remitente. A pesar de haberse resaltado este hecho por el Servicio en su Informe Propuesta (folio 915), no se desautoriza por AFEPAN en escritos posteriores al Tribunal ni se califica de falso.

4. AFEPAN, en sus conclusiones ante el Tribunal y anteriormente en sus alegaciones ante el Servicio establece una serie de argumentos que tratan de desautorizar la denuncia y la instrucción del Servicio.

Señala esta asociación que no se aportan pruebas que demuestren la existencia de un acuerdo en su seno. Ciertamente, las declaraciones de los empresarios del sector y de la notificación de precios por AFEPAN, en su caso, dan lugar a concluir que hay una recomendación de la asociación. A este respecto hay que señalar que el artículo 1º LDC "prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios..."

La existencia de una "recomendación" aparece probada en el expediente. La falta de pruebas sobre el acuerdo previo en los órganos sectores de AFEPAN no es necesaria, como se vé con toda claridad de la lectura de la LDC. En todo caso, es evidente que la recomendación hecha por AFEPAN a sus asociados implica un acuerdo previo de alguno de sus órganos rectores, aunque la actuación de estos órganos consistiese en aceptar unas directivas nacionales o regionales, como se deduce de su afirmación que precisa que la subida de precios también se hizo en las provincias limítrofes.

5. Una segunda argumentación de AFEPAN critica la falta de homogeneidad de la subida de precios y la coincidencia en el tiempo.

La coincidencia en el tiempo es evidente en Málaga capital y en algunos pueblos, como se expuso anteriormente. Ciertamente es que en otros pueblos de la provincia se producen las alzas con algunos días de retraso, como reconoce el propio Servicio. Esta coincidencia temporal refuerza las pruebas de la existencia de recomendación. Por otra parte los retrasos que se producen en la adopción de los precios por los empresarios del pan, en concreto en algunos pueblos, en primer lugar, no supone, desvirtuar la existencia de una recomendación prohibida y, en segundo lugar, muestra los lógicos problemas de comunicación y de decisión de los empresarios alejados físicamente de la sede de AFEPAN.

La homogeneidad en el seguimiento de los precios recomendados es, a pesar de las afirmaciones de AFEPAN, notable. Es más, es elevadísima en Málaga capital y en algunos pueblos. Incluso aunque no se siguiese la recomendación por los empresarios, su misma existencia está prohibida, pero, además se sigue en grado altísimo.

6. Otra alegación señala que el alza de precios "obedece al propio mimetismo del mercado y a la estrecha relación existente entre fabricantes, comerciantes y distribuidores..." no son aplicables en absoluto en un mercado con tantos oferentes. En efecto, aun dejando al margen la existencia de una recomendación y la simultaneidad de la variación del precio, el ajuste a los precios de un eventual líder podría ser una alegación con algún peso en un mercado oligopolístico -con pocos oferentes- en los que el citado líder -con una cuota significativa de mercado- marcara los precios de sus productos y los otros oferentes reestructurasen miméticamente sus precios como reacción. No es el caso en este mercado de oferta atomizada. Esta argumentación correspondería a la defensa en un caso de "práctica concertada o conscientemente paralela", además, y no a una "recomendación".

7. En conclusión, el Tribunal considera probada la existencia de una recomendación de alza de precios hecha por AFEPAN a sus asociados, seguida por éstos, además, de forma generalizada, homogénea y concentrada en el tiempo, siendo la simultaneidad mayor en la capital de la provincia y en algunos pueblos significativos.
8. El Tribunal ha decidido aplicar una multa sancionadora a AFEPAN. En la fijación de la cuantía de la sanción se ha tenido en cuenta, siguiendo el art. 10º LDC la importancia de la infracción. Dentro de las infracciones al artículo 1 LDC, la fijación de precios es, sin duda y como ha mantenido reiteradamente el Tribunal, la más grave. La dimensión del mercado afectado se corresponde con el de la provincia de Málaga, lo cual según un estudio del Servicio incluido en el expediente, supone unas ventas anuales del orden de 7.785 millones de pesetas. Teniendo en cuenta que la cuota de mercado de los asociados a AFEPAN es, como mínimo del 85 por ciento, la cifra de ventas de éstos es del orden de 6.600 millones de pesetas. El efecto de la subida de precios del pan sobre los consumidores es directo puesto que, al tratarse de un bien perecedero, es difícil traerlo de otros lugares y, además, se trata de un bien difícilmente sustituible. La duración de la restricción de la competencia, en este caso, de la fijación de precios tenía la vocación de ser permanente. Por todas estas razones el Tribunal estima que debe imponer una multa de 30 millones de pesetas.

Por todo ello, el Tribunal

ACUERDA

1. Declarar la realización de una práctica por parte de la Asociación de Fabricantes de Panadería de Málaga (AFEPAN) consistente en una recomendación colectiva de subida de precios, prohibida por el artículo 1º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.
2. Se intima a AFEPAN a que cese en la realización de estas prácticas prohibidas.
3. Imponer a AFEPAN una multa de treinta millones de pesetas.
4. Ordenar a AFEPAN que publique a su costa en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación nacional y en otro de ámbito de la provincia de Málaga la parte dispositiva de esta Resolución.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados esta Resolución 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.