

RESOLUCIÓN (Expte. R 182/96. Panificadoras)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 12 de septiembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente de recurso número R.182/96 (nº 999/93 del Servicio de Defensa de la Competencia), interpuesto por el Sr. García-Mon Marañés en nombre y representación de las empresas "Panificadora Postal, S.A.", "Panificadora Carlos Morales e Hijos, S.L." y "Panificación y Derivados, S.A." contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 3 de octubre de 1996 por el que se decretó el sobreseimiento del expediente de referencia, que se había iniciado por denuncia de las recurrentes contra las empresas " Europan, S.L.", GIST-BROCADES, S.A.", "Panibérica de Levadura, S.A.", "DISZETA, S.A.", "Catalana de Levaduras, S.A.", "DISPROPAN, S.A." y "Mauri Fermentos, S.A." por la realización de las siguientes prácticas restrictivas de la competencia: haberse puesto de acuerdo para no suministrar levadura a las empresas denunciadas y haber abusado de su posición de dominio en el mercado al imponer precios, limitar la distribución y negarse injustificadamente a suministrar levadura.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Las empresas "Panificadora Postal, S.A.", "Panificadora Carlos Morales e Hijos, S.L." y "Panificación y Derivados, S.A.", controladas por el Sr. Morales, presentaron el día 13 de octubre de 1993 una denuncia contra las empresas "Europan, S.L.", GIST-BROCADES, S.A.", "Panibérica de Levadura, S.A.", "DISZETA, S.A.", "Catalana de Levaduras, S.A.", "DISPROPAN, S.A." y "Mauri Fermentos, S.A." por la realización de las siguiente prácticas restrictivas de la competencia: haberse puesto de acuerdo para no suministrar levadura a las empresas denunciadas; haber

abusado de su posición de dominio en el mercado al imponer precios, limitar la distribución y negarse injustificadamente a suministrar levadura; y haber realizado diversos actos de competencia desleal.

En el escrito de denuncia solicitan la adopción de medidas cautelares.

2. El Director General de Defensa de la Competencia, tras la realización por el Servicio de Defensa de la Competencia de una serie de diligencias preliminares en trámite de información reservada (art. 36. 2 LDC), estimando que en la denuncia existían indicios racionales de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, acordó, con fecha 14 de febrero de 1994, la incoación del correspondiente expediente sancionador.
3. Con fecha 22 de abril de 1994 el Director General de Defensa de la Competencia propuso al Tribunal la adopción de las siguientes medidas cautelares instadas por los denunciantes: *ordenar a las empresas denunciadas que, previo pago acordado entre las partes y justificación del mismo, suministren levadura a las empresas denunciantes en cantidad suficiente que impida el cierre de las mismas por falta de materia prima.*

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 9 de junio de 1994, acordó desestimar la propuesta de adopción de medidas cautelares por considerar que no resultaba acreditada la práctica de negativa de suministro alegada por las empresas denunciantes, dado que en España operan otros fabricantes y distribuidores de levadura, no constando en el expediente que los denunciantes se hayan dirigido a todas ellas, ni que la conducta de las empresas denunciadas se haya traducido en la imposibilidad de abastecimiento de los denunciantes. Además, estas empresas disponían y han dispuesto de la posibilidad de suministrarse de levadura en el extranjero.

4. Con fecha 8 de marzo de 1995 el Servicio de Defensa de la Competencia, a instancia de las empresas denunciantes, amplió sus actuaciones contra las empresas "BURNS PHILP FOOD, S.A." y su distribuidora "BASPAN, S.L."
5. De la instrucción realizada se desprenden los siguientes datos relevantes:
 - a) Las empresas denunciantes son fabricantes y comercializadoras de pan.
 - b) La levadura es un componente necesario para la fabricación del pan. Su coste representa entre un 2 y un 4% del precio final del pan. La levadura se comercializa en las modalidades de "fresca", que exige una adecuada conservación y transporte a determinadas temperaturas (entre 2 y 6

grados), y "seca" que no requiere especiales exigencias. La más adecuada para la fabricación del pan es la "fresca" y por ello resulta la preferida por los usuarios, los cuales, por lo general, requieren que el suministro se realice cada pocos días.

La demanda de levadura es inelástica puesto que no existen productos sustitutivos.

c) En España operan tres grandes grupos productores de levadura: BURNS PHILP FOOD, S.A (con una cuota de mercado del 34%), LESSAFRE (con una cuota de mercado del 30%) y GIST-BROCADES (con una cuota de mercado del 12%). Además en dicho mercado operan también una docena de pequeñas empresas de ámbito local cuyas cuotas de mercado no superan individualmente en ningún caso el 5%.

La venta de levadura se efectúa generalmente (en un porcentaje aproximado del 85%) a través de empresas distribuidoras. Los fabricantes sólo venden directamente a grandes empresas consumidoras. En España existen puntos de distribución en todas las capitales de provincia y poblaciones importantes.

La levadura para panificación se comercializa en España bajo marca. Las empresas fabricantes de pan suelen suministrarse simultáneamente de varias marcas.

d) BURNS PHILP FOOD, S.A. distribuye sus productos en la zona de Madrid a través de BASPAN, S.L. y en Cataluña y Levante a través de CATALANA de LEVADURAS, S.A..

Mauri Fermentos, S.A. es una empresa fabricante de levadura con sede en Setubal (Portugal) y perteneciente al grupo BURNS PHILP FOOD.

GIST-BROCADES, S.A. tiene como distribuidor exclusivo en Madrid a EUROPAN, S.L.

PANIBERICA de LEVADURAS, S.A. (Grupo LESSAFRE) distribuía sus productos en la provincia de Madrid en los años 1990-93 a través de las empresas DISZETA, S.A., COYSE, S.L. (empresa que no figura como parte en el expediente) y DISPROPAN, S.A..

e) Los fabricantes BURNS PHILP FOOD, S.A., GIST-BROCADES, S.A. y Mauri Fermentos, S.A. y el distribuidor BASPAN, S.L. no han mantenido relaciones comerciales con las empresas denunciadas.

Catalana de Levaduras, S.A. manifestó su disposición a suministrar levadura a las empresas denunciadas (vid. fax de 22 de septiembre de 1993 en los folios 168 y ss.).

DISPROPAN, S.L. suministró levadura a los denunciados con normalidad hasta el año 1989, en el que las citadas empresas dejaron de comprarle.

EUROPAN, S.L. suministró levadura a los denunciados hasta septiembre de 1993, fecha en la que suspendió los suministros por falta de pago. En los momentos actuales se mantienen abiertos varios procesos judiciales instados por EUROPAN para el cobro de las cantidades que se le adeudan (Vid folios 764 a 776).

DISZETA, S.A. condicionó la venta de levadura a las empresas denunciadas a la firma de un contrato de suministro, dada la situación comercial y los antecedentes de aquéllas.

f) La empresa COYSE, S.L. dejó de ser distribuidora de PANIBERICA de LEVADURA, S.A. en septiembre de 1993. La causa de la ruptura de la relación no parece que fuera la voluntad de suministrar levadura a las empresas denunciadas, como pretenden éstas, sino la pérdida de la condición de distribuidor exclusivo en la zona de Madrid.

g) Ante las dificultades habidas para suministrarse de levadura en España las empresas denunciadas adquirieron levadura en diversos países europeos.

6. Con fecha 27 de febrero de 1996 el Instructor elevó testimonio del contrato de distribución existente entre las empresas GIST-BROCADES, S.A. y EUROPAN, S.L. al Subdirector General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro por considerar que alguna de sus cláusulas podía ser restrictiva de la competencia.
7. A la vista de los datos expuestos, el Instructor del expediente, considerando que ninguna de las empresas expedientadas tenía posición de dominio en el mercado, que no había resultado acreditada la existencia de un acuerdo entre los productores y los distribuidores para negar el suministro de levadura a las empresas denunciadas, que los precios de la levadura eran fijados por el mercado y, aunque resultaban similares en toda España, no parecía que dicha similitud obedeciera a una práctica colusoria, y que no se había aportado ningún dato consistente sobre los pretendidos comportamientos desleales, propuso, con fecha 8 de marzo de 1996, el sobreseimiento del expediente.

Tras dar audiencia a los interesados y considerar las alegaciones de éstos, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia resolvió, por Acuerdo de 3 de octubre de 1996, el sobreseimiento definitivo del expediente.

8. El 23 de octubre de 1996 las empresas Panificadora Postal, S.A., Panificación y Derivados, S.A. y Panificadora Carlos Morales e Hijos, S.L. recurrieron el Acuerdo anterior ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Como motivos del recurso invocaron los siguientes:

a) El Servicio de Defensa de la Competencia no ha tomado en consideración que, a raíz de la llamada guerra del pan, iniciada en el año 1993 por el grupo de empresas del Sr. Morales, que contaba con 4 fábricas de pan y 125 puntos de venta propios o asociados en la región de Madrid, en los que se vendía el pan a un precio un 40% inferior al normal, se produjo la suspensión de suministro de levadura por parte de los fabricantes y distribuidores nacionales. Para poder subsistir, las empresas del Sr. Morales tuvieron que importar la levadura, primero de la República Checa y más tarde de distintos países de la CEE. En este contexto, la empresa ALGYST BRUGGEMANN, distribuidora en Bélgica del grupo LESSAFRE, se negó a suministrar levadura a las empresas recurrentes debido a la situación del mercado español.

Existen, por tanto, acuerdos horizontales entre fabricantes y verticales entre fabricantes y distribuidores para no vender levadura a las empresas denunciadas.

b) La Asociación de Fabricantes de Pan (ASEMPAN) amenazó públicamente a las empresas recurrentes con el corte de los suministros de materia prima si persistían en su campaña de venta de pan a bajo precio.

c) El Informe sobre el sector realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia, que sirve de base al sobreseimiento del expediente, no es objetivo, interpreta equivocadamente el mercado relevante y contiene numerosos errores e imprecisiones.

d) Los distribuidores de las empresas BURNS PHILP FOODS, S.A. y GIST-BROCADES, S.A. en la zona de Madrid, las sociedades BASPAN, S.L. y EUROSPAN, S.L. respectivamente, tienen el mismo accionariado, domicilio y administradores, de modo que las dificultades de suministro habidas con una de dichas sociedades imposibilitaban que pudieran dirigirse a la otra.

9. Por Providencia de 24 de octubre de 1996 se reclamó el expediente del Servicio de Defensa de la Competencia.

El Servicio remitió el expediente el día 31 de octubre junto con el preceptivo Informe en el que se decía que el recurso había sido interpuesto en plazo y que su motivación no desvirtuaba el contenido del Acuerdo de Sobreseimiento.

10. Por Providencia de 11 de noviembre de 1996 se nombró Ponente y se procedió a la apertura del trámite de alegaciones.

11. Con fecha 26 de noviembre de 1996 las empresas recurrentes presentaron un escrito solicitando del Tribunal la ampliación del plazo conferido para realizar alegaciones y la rectificación de la Providencia de 11 de noviembre de 1996 ampliando el número de las empresas interesadas.

Por Providencia de 2 de diciembre de 1996 se concedió la prórroga del plazo para alegaciones a las recurrentes.

12. Son interesados:
 - Panificadora Postal, S.A.
 - Panificación y Derivados, S.A.
 - Panificadora Carlos Morales e Hijos, S.L.
 - BASPAN, S.L.
 - EUROPAN, S.L.
 - DISZETA, S.A.
 - DISPROPAN, S.A.
 - Catalana de Levaduras, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Con respecto a la solicitud de rectificación de la Providencia de 11 de noviembre de 1996 en la parte relativa a la determinación de los interesados, el Tribunal considera que, al consistir la denuncia fundamentalmente en una práctica de negativa de suministro, sólo deben tenerse por interesadas en el expediente de recurso aquellas empresas que han mantenido relaciones comerciales con las recurrentes y, por tanto, podrían haber incurrido indiciariamente en alguno de los tipos de comportamientos anticompetitivos denunciados.

No hay que olvidar que se trata de un recurso contra un Acuerdo de sobreseimiento que pone fin a un expediente sancionador seguido contra varias empresas, precisamente por no haberse acreditado a lo largo de la instrucción la existencia de prácticas anticompetitivas. El Servicio de Defensa de la Competencia llegó a esta conclusión, en unos casos, porque no había pruebas de que las empresas denunciadas hubieran realizado los hechos que se les imputaban y, en otros, porque, habiéndose probado la negativa de venta, había razones objetivas que la justificaban. Pues bien, no existiendo en el primero de los casos enunciados ni tan siquiera indicios que pudieran comprometer a las empresas GIST-BROCADES, S.A., PANIBERICA de LEVADURA, S.A., MAURI FERMENTOS, S.A., BURNS PHILP FOOD, S.A. y BASPAN, S.L. no parece oportuno traerlas al expediente de recurso y con ello perturbar su actividad y gravarlas innecesariamente con los costes de su defensa. Además hay que tener también en cuenta que se trata de un recurso que, de estimarse por el Tribunal, producirá el efecto de continuar la tramitación del expediente sancionador anteriormente incoado en el que participan las citadas empresas.

2. Por lo que se refiere al primer motivo de recurso, hay que señalar que no se ha podido probar la existencia de colusión ni entre los fabricantes, ni entre los distribuidores, ni entre aquéllos y éstos, para no vender levadura a las empresas actualmente recurrentes.

2.1. En primer lugar, no hay en el expediente ningún dato sobre la existencia de una concertación horizontal entre los fabricantes o entre los distribuidores. Antes al contrario, los fabricantes no han mantenido relaciones comerciales con las empresas del Sr. Morales y los distribuidores, como más adelante se verá, no han mantenido con respecto a ellas comportamientos uniformes.

Por otra parte, no es presumible que los fabricantes o los distribuidores tengan interés en excluir del mercado a las empresas del Sr. Morales, que son importantes compradoras de levadura. La única explicación que podría motivar una negativa de venta de estos empresarios frente a las empresas recurrentes sería la presión conjunta del resto de los fabricantes de pan, que, ante la guerra de precios desencadenada por las empresas del Sr. Morales, amenazaran con un boicot de las compras de levadura si se continuaba suministrando dicha materia prima a las citadas empresas. En el expediente obran unas declaraciones del secretario de la Asociación de Fabricantes de Pan (ASEMPAN) en este sentido. Se trataría en este caso de pactos entre ASEMPAN y algunos fabricantes o distribuidores. Pero estos hechos no fueron objeto de la denuncia y, por tanto, no han sido investigados, de modo que deben dar lugar, en su caso, a la apertura de un nuevo expediente y no a la continuación del actualmente sobreseído.

2.2. En segundo lugar, tampoco se ha demostrado la existencia de acuerdos entre los distintos fabricantes y sus distribuidores para no suministrar levadura a las empresas recurrentes.

Así por ejemplo, la interrupción de los suministros por parte de la empresa EUROSPAN, S.L., distribuidora de GIST-BROCADES, obedece a los reiterados impagos de las empresas del Sr. Morales, como lo prueban las cartas de 10 de septiembre de 1993 (folio 11) y de 22 de septiembre de 1993 (folio 25), aportadas precisamente por las empresas recurrentes y los testimonios de los pleitos y las sentencias de diversos juzgados, como las de 2 de noviembre de 1994; de 11 de noviembre de 1994, confirmada por la de la Audiencia Provincial de 13 de julio de 1995; y la de 20 de septiembre de 1994, confirmada por la de la Audiencia Provincial de 22 de febrero de 1996. La referencia a la actitud del fabricante contenida en la primera de las cartas citadas, cuando se dice *nuestro proveedor nos exige el pago de sus facturas según lo convenido*, no puede interpretarse como una imposición o un acuerdo de boicot sino como una reacción comercial lógica frente a unas empresas que adeudaban una cantidad aproximada de quince millones de pesetas cuando su facturación anual con dicho proveedor ascendía a veinticinco millones de pesetas.

Lo mismo puede decirse con respecto al grupo BURNS PHILP FOOD puesto que queda perfectamente demostrado: Primero, que BASPAN, S.L. no mantuvo ningún contacto comercial con las empresas recurrentes. Segundo, que Catalana de Levaduras, S.A. estuvo en disposición de vender a dichas empresas como lo demuestra la correspondencia comercial mantenida entre ellas (folios 168 y ss). Y, tercero, que del hecho de que la empresa Mauri Fermentos, S.A. no contestara a un telegrama, que le dirigió el Sr. Morales (con el que no había tenido ninguna relación comercial anterior) en el mes de septiembre de 1993 solicitando el envío de levadura, no puede deducirse la existencia de un acuerdo de negativa de suministro suscrito por el fabricante y el distribuidor.

En cuanto al Grupo LESSAFRE, representado en este caso por PANIBERICA de LEVADURAS, S.A., hay que reconocer también, en primer lugar, que las relaciones comerciales entre las empresas recurrentes y la distribuidora DISPROPAN se habían interrumpido en el año 1992, precisamente a iniciativa de aquellas empresas; en segundo lugar, que DISZETA estaba dispuesta a suministrar levadura a las recurrentes si éstas suscribían el correspondiente contrato de suministro (En el folio 32 obra una carta de DISZETA en la que se dice: *A la vista de sus antecedentes, estaremos muy gustosos de servirles la cantidad, pero siempre que previamente procedamos a redactar un contrato de*

suministro que sea conforme por ambas partes); y, en tercer lugar, que todo apunta a que la ruptura de relaciones entre las empresas recurrentes y la empresa distribuidora COYSE, que no es parte de este expediente y que, en principio, parece que estaba dispuesta a suministrarlas levadura, se debió también a los reiterados impagos de las empresas del Sr. Morales. A este respecto hay que rechazar la interpretación que las empresas recurrentes hacen de dos cartas, aportadas como prueba por ellas mismas, la primera de 13 de septiembre de 1993, dirigida por PANIBERICA a su distribuidora COYSE en la que aquélla aconseja a ésta que se abstenga de suministrarlas levadura debido al riesgo económico en que pueden incurrir (folio 26); y la segunda, de fecha 16 de septiembre de 1993, dirigida por COYSE a PANIBERICA en la que aquélla denuncia la deslealtad de PANIBERICA por la ruptura unilateral de la exclusiva en Madrid y, en consecuencia, procede a resolver el contrato de distribución y considera *que el incumplimiento obedece a la negativa a participar en prácticas comerciales irregulares contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia* (folio 29). Dichos documentos no pueden servir para probar un acuerdo vertical de negativa de suministro, sino la existencia de problemas financieros con respecto a las empresas del Sr. Morales y de otro tipo de problemas en los que se halla incurso la empresa COYSE, cuya relación con el caso no se ha investigado.

A mayor abundamiento, las empresas recurrentes no han ofrecido una explicación sobre la razón que las llevó a no aceptar las ofertas de suministro de las empresas DISZETA y Catalana de Levaduras. Estas últimas interpretan que la negativa se produce porque DISZETA exigía el pago al contado y Catalana de Levaduras el pago a treinta días.

2.3. Como ya se ha explicado anteriormente, la presencia en los contratos de distribución exclusiva de cláusulas de fijación de los precios de reventa y de restricciones territoriales de las actividades comerciales de los distribuidores forman parte de otro expediente.

3. También deben rechazarse los otros motivos del recurso relativos a la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado.

3.1. Dicha posición de dominio no existe tanto si consideramos que el mercado relevante es el de la fabricación de levaduras, como si lo definimos como el de la distribución de dicho producto. El primero de los mercados tiene, como mínimo, una dimensión nacional (no hay que olvidar, sin embargo, que las empresas recurrentes, ante las dificultades para abastecerse de levadura en el mercado nacional, se aprovisionaron en diversos países europeos tales como Bélgica, República Checa o Portugal) y en ese ámbito ninguna de las empresas mencionadas en el expediente

tiene posición de dominio. El segundo de los mercados es, en cambio, de carácter regional y en él sucede lo mismo que en el anterior con respecto a las empresas encausadas.

3.2. Los recurrentes argumentan, por otra parte, que, dado que las empresas BASPAN,S.L. (distribuidora de BURNS PHILP FOOD) y EUROPAN, S.L. (distribuidora de GIST-BROCADES) tienen la misma composición accionarial, el mismo domicilio y los mismos administradores, ostentan una posición de dominio en el mercado de la distribución de levadura en la zona de Madrid. Pero dicha argumentación también resulta rechazable, en primer lugar, porque el mercado geográfico no se circunscribe a la provincia de Madrid y, por tanto, no son los únicos distribuidores que operan en la zona; en segundo lugar, porque nada impide que un mismo empresario sea distribuidor de productos de distintos fabricantes y, si esto es así, no puede tildarse de irregular que unas personas diversifiquen su actividad comercial a través de dos sociedades diferentes; y, finalmente, porque ni tan siquiera se ha probado que hubiera comportamientos uniformes de dichas empresas.

4. No existiendo, por tanto, pruebas de los acuerdos denunciados ni indicios que aconsejaran proseguir la investigación en esa línea, procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del expediente.

VISTA la Ley de Defensa de la Competencia y los demás preceptos legales de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por PANIFICADORA POSTAL, S.A., PANIFICACION y DERIVADOS, S.A. y PANIFICADORA CARLOS MORALES E HIJOS, S.L. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 3 de octubre de 1996 por el que se decretó el sobreseimiento del expediente de referencia y confirmar éste en todos sus extremos.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa 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 ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar de su notificación.