

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 25/10/2011
Fecha Sentencia: 10/11/2011
Núm. de Recurso: 0000846/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 07159/2009
Materia Recurso: CONDUCTAS PROHIBIDAS
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Demandante: LA CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (CEOPAN)
Procurador: D^a MARÍA FUENCISLA MARTÍNEZ MÍNGUEZ
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

Defensa de la Competencia. recomendación colectiva en el sector de los alimentos.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000846/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 07159/2009
Demandante: LA CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (CEOPAN)
Procurador: D^a MARÍA FUENCISLA MARTÍNEZ MÍNGUEZ
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a diez de noviembre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 846/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **LA CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (CEOPAN)** representada por la Procuradora D^a María Fuencisla Martínez Mínguez contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de octubre de 2009 (expediente S/0053/08) FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN sobre conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la LDC (16/1989). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es 270.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 14 de octubre de 2009 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente (expediente S/0053/08) FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN 649/08 CEOPAN sobre conductas prohibidas por el artículo 1.1 a) de la LDC (Ley 15/2007) con la siguiente parte dispositiva:

“PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC, instrumentada mediante la elaboración y difusión de notas de prensa y la colaboración entre asociaciones, que tiene por objeto facilitar el traslado a precios finales del incremento de costes de las materias primas y de la que son autoras la FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACION Y BEBIDAS (en adelante FIAB), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE PANIFICACION Y PASTELERIA DE MARCA (en adelante PPM), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE PASTAS ALIMENTICIAS (en adelante AEFPA), la ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE SALSAS, CONDIMENTOS PREPARADOS Y SIMILARES (en adelante AEFSYCP), la FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL DULCE (en adelante FEAD), ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CHOCOLATE Y DERIVADOS DEL CACAO (en adelante CHOCOA), ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HELADOS (en adelante AEFH) y la ASOCIACION DE FABRICANTES DE HARINAS Y SEMOLAS DE ESPAÑA (en adelante AFHSE), y contra la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (en adelante CEOPAN).

SEGUNDO. Imponer una multa de QUINIENTOS MIL euros (500.000 €) para FIAB, de DOSCIENTOS SETENTA MIL euros para CEOPAN (270.000 €), de TRESCIENTOS MIL euros (300.000 €) para FEAD, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para la AEFH, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para CHOCOA, de CUARENTA Y CINCO MIL euros (45.000 €) para PPM, de CINCUENTA Y DOS MIL euros (52.000 €) para la AEFPA, de TREINTAY SIETE MIL euros (37.000 €) para la AEFSyCP y QUINCE MIL euros (15.000€) para AFHSE, como autoras de la conducta restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente Expediente.

TERCERO. Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y la de su parte dispositiva en dos diarios de ámbito nacional a costade la autora de la infracción. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

CUARTO. Ordenar a las entidades sancionadas que justifiquen ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

QUINTO. Ordenar a las autoras, así como a los cargos directivos que las representen, que en lo sucesivo se abstengan de realizar conductas semejantes.

SEXTO. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

SEGUNDO: El 14 de diciembre de 2009 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el anterior acto ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 26 de mayo de 2010 la parte solicitó dicte sentencia por la que

a) *“Declare nula la resolución impugnada, en la que CEOPAN respecte, por haber llevado a cabo el Consejo de la CNC una errónea aplicación del artículo 1.1. a) de la Ley 16/1989 al considerar que CEOPAN habría realizado una recomendación colectiva de precios por objeto al emitir un comunicado de prensa sobre el incremento del precio de las materias primas del pan y por haber infringido, igualmente, el principio de responsabilidad administrativa recogido en el artículo 130 de la Ley 30/92 y el principio de presunción de inocencia de CEOPAN, según se acoge en el artículo 24.2 de la Constitución y el artículo 137.2 de la Ley 30/92, al atribuir a CEOPAN la participación en una supuesta estrategia de coordinación e intercambio de información que, en su caso, llevaron a cabo otras asociaciones sancionadas pero nunca CEOPAN.*

b) *Con carácter subsidiario, en el supuesto de que la Sala considerase que la actuación de CEOPAN infringió el artículo 11 a) de la Ley 16/1989, se proceda a declarar que su actuación no es merecedora de sanción alguna o, en su defecto, reduzca su cuantía a un importe simbólico, al no haber motivado suficientemente el Consejo de la CNC la metodología utilizada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, para cuantificar la multa impuesta a CEOPAN y por haber infringido dicho organismo el principio de proporcionalidad de la sanción recogido en el artículo 131 de la Ley 30/92.*

c) *En todo caso, y según lo expuesto en el Fundamento –Jurídico Procesal Quinto, se condene a la Administración demandada a correr con la totalidad de las costas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la LJCA, al haber dictado la resolución objeto del presente recurso con infracción manifiesta de las Leyes y reiterada jurisprudencia de esa Sala”.*

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 20 de enero de 2011. No se solicitó el recibimiento a prueba. Una vez presentadas conclusiones quedaron el 11 de mayo de 2011 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 25 de octubre de 2011.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de octubre de 2009 (expediente S/0053/08) FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN sobre conductas prohibidas por el artículo 1.1 a) de la LDC en los pronunciamientos referidos a CEOPAN.

Dicha resolución declara que se ha acreditado la existencia de *“una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC, instrumentada mediante la elaboración y difusión de notas de prensa y la colaboración entre asociaciones, que tiene por objeto facilitar el traslado a precios finales del incremento de costes de las materias primas”*. Se considera autoras a diversas asociaciones del sector de la alimentación y entre ellas la recurrente. Considera la resolución recurrida que CEOPAN ha realizado una recomendación colectiva de precios por objeto al emitir un comunicado de prensa sobre el incremento del precio de las materias primas del pan. Asimismo considera que las asociaciones sancionadas llevaron a cabo una estrategia de comunicación e intercambio de información entre ellas para la elaboración y difusión de notas de prensa en la que participo CEOPAN.

La CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (CEOPAN) es una organización de carácter confederativo, integrada por 49 Asociaciones y Gremios de Fabricantes y Expendedores de Pan de carácter provincial existentes en España -incluyendo Ceuta y Melilla-. A través de dichas Asociaciones y Gremios Provinciales, CEOPAN agrupa 13.781 empresas de panadería, que representan el 80% de la producción de pan. En cuanto a sus funciones (artículo 8 de los Estatutos) no persigue fines lucrativos, y destacan, entre otras, “b) Representar, gestionar y defender los intereses profesionales de los sectores de actividad que la integran, en sus aspectos generales y comunes, especialmente en relación con la Administración del Estado, y de la Unión Europa y con otras Instituciones públicas y con las organizaciones de los trabajadores (...)”. No es miembro de FIAB ni tiene relación directa con ella o con sus asociados. (apartado 2.9 de los hechos probados).

El comunicado de prensa de CEOPAN fue distribuido a las Asociaciones miembro y a la prensa especializada del sector y asimismo fue difundida a través de EFE AGRO. El contenido era el siguiente (apartado 10 de los hechos probados).

“COMUNICADO DE PRENSA DE LA CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA CEOPAN.

LA PANADERÍA ESPAÑOLA AFECTADA POR FUERTE SUBIDAS EN LOS PRECIOS DE LAS MATERIAS PRIMAS.

La intervención en precios de la PAC, el déficit mundial en la producción de cereales, el desarrollo de las economías china e india y la creciente demanda de biocombustibles ya han provocando incrementos superiores al 40% en los precios del trigo y de otras materias primas.

Todas las previsiones apuntan a que estos incrementos continuarán produciéndose a medio y largo plazo.

Madrid, 25 de julio de 2007. La panadería española, representada a través de la Confederación Española de Organizaciones de Panadería (CEOPAN), quiere expresar su preocupación por el fuerte incremento de los precios que han experimentado durante el año 2006 la mayor parte de las materias primas que intervienen en la elaboración de pan. Estos incrementos, debidos fundamentalmente a la producción agraria, unidos al encarecimiento de otros costes de la industria como son los materiales de envase y embalaje y la electricidad, están perjudicando notablemente la competitividad y viabilidad de las casi 14.000 empresas del sector.

Según la Asociación de Fabricantes de Harinas y Sémolas de España, las cotizaciones en origen del trigo blando panificable en Burgos, principal zona productora española, se ha incrementado un 46% en el último año. En el caso de Francia, primer productor europeo y principal fuente de nuestras importaciones, la cotización en Rouen, su principal puerto de exportación, ha subido más del 66% en este año.

Esta situación está afectando de manera muy preocupante a todos los transformados de cereales como la harina y sémola, dado que el coste del trigo en la fabricación de harina representa aproximadamente el 75% de los costes totales.

Los alimentos transformados a partir de harina y sémola (pan, galletas, bollería, pastelería, pastas alimenticias, etc...) son productos básicos, que representan aproximadamente el 10% de la cesta de la compra alimentaria de los españoles.

La harina constituye la principal materia prima en la elaboración del pan. Pero esta crisis afecta también a prácticamente todas las materias primas necesarias para fabricar los productos de panadería y bollería. Así, según la Asociación Española de Panificación Pastelería de Marca (que engloba a las grandes empresas de pan de molde del sector), los incrementos de precios, respecto a julio de 2006, de media, han sido los siguientes: aceites vegetales (girasol 25%, soja 238%, maíz 27%), ovoproductos (25%), levadura (10%), materiales de embalaje como el cartón (15%), entre otros.

A todo ello hay que añadir los incrementos de los costes de combustibles y de electricidad, así como las subidas salariales derivadas de la creciente dificultad de encontrar trabajadores dispuestos a sacrificarse para ofrecer al consumidor pan recién hecho todos los días del año.

Pero, siendo preocupante la situación actual, todavía lo es más de cara al futuro. Un informe publicado en Julio de 2007 por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), "Perspectivas Agrícolas 2007-2016" observa cambios estructurales en curso que podrán originar precios nominales relativamente altos para muchos productos agrícolas durante la próxima década.

En una reciente entrevista a Financial Time, el Presidente de NESTLÉ, la mayor empresa de alimentación del mundo, advierte que “los precios de los alimentos se preparan para un período de inflación considerable y duradera”.

SEGUNDO: Alega la parte recurrente que CEOPAN no marcó ningún tipo de directriz ni pauta de comportamiento directa o indirecta a sus miembros asociados ni a terceros ajenos a su Organización con dicho comunicado de prensa. En dicho comunicado no recomienda una subida del precio del pan ni tampoco pretendió transmitir que el incremento del precio de las materias primas debía repercutirse en el precio final del pan. El contenido del comunicado se limitaba a reproducir fuentes públicas sobre el aumento del precio de trigo enumerar los incrementos del precio del trigo, transmitir la previsión de informes técnicos de la (OCDE y la FAO) y mostrar la preocupación de CEOPAN ante los hechos anteriormente descritos.

Efectivamente como señala el recurrente el comunicado de prensa no incluye referencias concretas a subidas de precios de venta al público del pan pero hay que tener en cuenta que la conducta imputada a CEOPAN no viene dada porque haya recomendado unos precios determinados a sus asociados, sino porque, al cuantificar el incremento de coste de las materias primas, estaría implícitamente incitando a repercutir dicho incremento en el precio del pan. En la nota se cuantificaban estos incrementos de las materias primas (un 46% en el precio del trigo y el coste del trigo en la fabricación de harina representa aproximadamente el 75% de los costes totales) se subraya su carácter estructural (según informe OCDE y FAO habría precios altos durante una década) y asimismo se indica que ello podía tener un impacto sobre el precio final de los alimentos. Así la nota finaliza con la siguiente frase *“los precios de los alimentos se preparan para un período de inflación considerable y duradera”*. Afirma el recurrente que esa última afirmación tal como se recoge en la nota es del Presidente de Nestle y por lo tanto se refiere a otros productos de alimentación pero nunca al pan. Se desconoce en que contexto se realizaron esas declaraciones del Presidente de Nestle, pero claramente habla del incremento del precio de los alimentos y es esa parte de su declaración la que se recoge en dicha nota para asociar incremento de materia prima con incremento del precio del producto elaborado. Es decir se concatena información real de forma extractada para dar a entender que es inevitable el incremento de costes finales. En este sentido la secretaria de BONMACOR indica *“los más listos son los de CEOPAN (...) toman un poco de la nota de PPM, de la de harineros... y con el refrito hacen su nota de prensa jajj así seguro que no se equivocan...”* (folio 2713). Como señala la CNC el contenido, el lenguaje y la difusión de las notas de prensa contribuían a transmitir el mensaje de que era inevitable la traslación de los incrementos de costes a precios finales, lo que constituía una señal para que las empresas actuaran en un mismo sentido y para predisponer a los consumidores a aceptar los incrementos de precio.

Afirma el recurrente que el comunicado de Prensa fue la única manifestación de CEOPAN respecto del incremento del coste de las materias primas durante el periodo investigado por la CNC pero no tiene en cuenta como señala la CNC *“el hecho de que diferentes notas que se van concatenando en el tiempo incidan en un mensaje similar, sin duda aumenta la repercusión de éste. La reiteración del mensaje a través de diferentes notas hacen el mismo más efectivo a la hora de generar ese clima de predisposición a la subida de precios”*. Por otra parte la CNC sí

que tiene en cuenta el carácter puntual de la conducta indicando que *“a efectos de graduar la sanción con respecto al techo previsto, el Consejo tiene en cuenta el carácter puntual de la conducta”*.

TERCERO: Considera el recurrente que una conducta como la imputada consistente en cuantificar el aumento de precio de ciertas materias primas de pan no puede ser una recomendación colectiva de precios por objeto ya que se llegaría a la absurda situación de que el mero hecho de cuantificar una subida de precios unido a mostrar una preocupación por esa circunstancia sería suficiente para que un asociación incurriera en una recomendación colectiva de precios por objeto ya que indirecta o implícitamente se estaría mandando el mensaje a sus asociados de repercutir dichos incrementos.

La conducta imputada a CEOPAN no viene dada porque haya recomendado unos precios determinados a sus asociados, sino porque, al cuantificar el incremento de coste de las materias primas, estaría implícitamente incitando a repercutir dicho incremento en el precio del pan. Para que exista una recomendación de precios no es necesario que se establezca un precio concreto y determinado. Así lo hemos declarado en nuestra sentencia de 13 de octubre de 2011, recurso 795/2009 interpuesto contra la resolución de la CNC 28 de septiembre de 2009 (expediente 55/08) asunto INPROVO (Organización Interprofesional del huevo y sus productos). La CNC consideró que existía una recomendación colectiva por la publicación de unas notas de prensa publicadas en junio y agosto de 2007 en las que se hacía referencia al incremento en un 20 o 30% del coste de producción de huevo debido al incremento del coste del cereal y que se vería reflejado en el precio al consumidor. Así en el fundamento de derecho sexto dijimos lo siguiente:

“La actora sostiene que la jurisprudencia comunitaria exige que para que una conducta pueda ser incluida en el concepto de recomendación colectiva de precios esta debe ser concreta y precisa de forma que sus destinatarios puedan seguir los “términos” de la recomendación.

En este caso no se está indicando un precio concreto, sino que se está recomendando y así resulta con claridad de la Resolución de la CNC, la repercusión del alza de los costes de producción en el precio futuro del huevo. En contra de lo afirmado por la recurrente la jurisprudencia nacional y comunitaria no exige que en la recomendación de precios se establezca un precio concreto o cuantificado, pero en este caso si se establece una señal clara al incluir en la nota de junio la referencia a una subida del 20% y una referencia similar en la de agosto esta vez con cita del 30%.

La conducta es apta para afectar la libre competencia: tal aptitud está claramente descrita en la resolución impugnada, dando la Sala por reproducidos los argumentos recogidos en la misma y los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico anterior. El mensaje, a juicio de esta Sala es claro: la subida de los productos de alimentación animal traerá consigo un subida considerable del precio del huevo, resultando tal subida un corolario inevitable de los acontecimientos habidos en relación con la utilización de los cereales para la producción de biocombustibles”.

Ciertamente la asociación tiene derecho a defender los intereses de sus asociados pero como dijimos en nuestra sentencia de 8 de mayo de 2006 (dictada en el recurso 129/2004 interpuesto contra la resolución de la CNC de 13 de febrero de 2004 (expte 556/03) asunto empresas cárnicas en que se hizo una recomendación consistente en repercutir el coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos *“cualquier ejercicio del derecho de asociación ha de respetar necesariamente los límites de la libre competencia, no pudiendo por ello las recurrentes inducir directa o indirectamente a sus asociados a realizar una conducta conjunta, porque ello supondría un comportamiento homogéneo en la adopción determinadas decisiones en la política empresarial”*.

Por otra parte y así lo reconoce la CNC un incremento de los costes puede trasladarse precios. Ello no tiene nada de ilícito cuando es fruto de la decisión individual de las empresas en condiciones de mercado. Así ante una situación de incremento de materias primas, las empresas pueden optar por varias estrategias, trasladar todo o sólo parte de los costes, modificar la estructura de costes, implementar políticas dirigidas a captar a los clientes de los competidores, modificar la presentación o ampliar la variedad del producto. Lo que resulta cuestionable es que desde una asociación se quiera dar una pauta común de actuación y coordinar estrategias haciendo referencia a que es inevitable el traslado a precios de venta el incremento de los costes de producción reduciendo la incertidumbre sobre el comportamiento de empresas competidoras. Se están dando por tanto pautas de homogeneización de comportamientos, lo que limita la competencia en la libre formación de los precios.

Esta misma resolución aquí enjuiciada ha sido examinada y declarada conforme a derecho en sentencias de esta Sala de 29 de junio de 2011 dictada en el recurso 833/2009 y sentencia de 29 de septiembre de 2011 dictada en el recurso 835/2009 interpuestos por otras asociaciones y en la que dijimos *“Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Tal conducta consiste en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. Pues bien, en el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de varias entidades que integran a los principales profesionales en el sector de la alimentación, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo a los entes del que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento. Y a ello no es obstáculo que los profesionales del sector tuviesen libertad para fijar los precios, porque lo importante es la eliminación de la incertidumbre mediante la recomendación. Por otra parte la coordinación puede ser, como señala el precepto, mediante una conducta conscientemente paralela, sin que sea necesario un acuerdo expreso. La conducta, dada la temporalidad de publicación de las notas, así como el contenido de las mismas, refleja una consciencia en el comportamiento paralelo”*.

CUARTO: Alega CEOPAN que nunca participó en ninguna estrategia de coordinación con las otras asociaciones sancionadas ya que al ser la única entidad que no formaba parte de la FIAB y al no haber sido nunca gestionada por BONMACOR, permaneció al margen de cualquier supuesto tipo de práctica que

podiera haber tenido lugar, en su caso, en el seno de dichas organizaciones. Señala que la decisión de la elaboración y emisión del Comunicado de Prensa fue una decisión autónoma de CEOPAN que se adoptó en su Junta General de 18 de julio de 2007 sin que en ella interviniera ninguna de las otras entidades sancionadas. La explicación alternativa viene dada por el hecho de que los incrementos de trigo panificable fueron de tal magnitud e intensidad que CEOPAN de manera totalmente independiente entendió necesaria la elaboración y emisión de un comunicado de prensa.

En el hecho probado 13 remitiéndose a la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación se indica que la estrategia de coordinación se basa en “i) *comunicación para saber qué actuaciones van a llevar a cabo las otras asociaciones ante el incremento de precios de las materia primas y otros costes de producción y si van a sacar una nota de prensa, ii) intercambio de las notas de prensa, y iii) tener en cuenta las notas de prensa de las otras asociaciones para elaborar las notas propias*”.

A continuación se hace referencia a algunos intercambios de comunicación que habrían llevado a cabo varias de las imputadas a través de correo electrónico entre el 22 de noviembre de 2006 y 5 de septiembre de 2007 y que a juicio de la CNC acreditarían la estrategia de comunicación e intercambio de información. Tal como señala el recurrente a) no hay ni uno solo en el que CEOPAN sea remitente y b) sólo hay un único documento en el que CEOPAN aparece como destinatario y que se recoge en el folio 443 del expediente administrativo: es un email de 2 de enero de 2007 cuyo objeto principal no era el de las notas de prensa cuestionadas en el expediente sancionador y que no consta que CEOPAN respondiera. En el hecho acreditado 14 de la resolución se hace referencia a algunas manifestaciones que habrían llevado alguna de las sancionadas en las que se haría referencia explícita a evitar menciones sobre precios en el marco de la estrategia de comunicación e intercambio de información descrita. Como señala la recurrente en relación al hecho acreditado 14 todas esas referencias de precios tienen su origen en la entidad BONMACOR y sus destinatarios son personas de dichas asociaciones. No consta por tanto que CEOPAN participara en las comunicaciones aludidas.

Ahora bien, ello no permite considerar que la decisión de la elaboración y emisión del comunicado de prensa fue una decisión autónoma de CEOPAN sin tener en cuenta las actuaciones de las otras entidades sancionadas y ello por lo siguiente:

a) Cuando se decide elaborar la nota de prensa en la Junta General de CEOPAN de 18 de julio de 2007 *“se toman en consideración las notas de prensa editadas por otras asociaciones (FIAB, FEAD, PPM) (folio 2691 del expediente)”* (folio 28 de la resolución recurrida). Por otra parte fue AFHSE la que remitió documentación a CEOPAN para elaborar la nota que a su vez se elaboró no en base a una documentación elaborada o reunida por CEOPAN sino *“recogiendo exclusivamente referencias a Comunicados de Prensa emitidos por AFHSE y PPM y otras noticias de prensa como las declaraciones del Presidente de Nestle. Estas, a su vez, consta en el expediente que se las hizo llegar AFHSE a CEOPAN (folio 2415)”*. (hecho probado 10).

b) La coincidencia en el tiempo de los comunicados de prensa no fue fruto del azar sino que en esa decisión influyó el comportamiento de otras entidades

sancionadas. La decisión de publicar la nota se trata como un *“asunto urgente”* en la reunión de la Junta General de 18 de julio de 2007, difundiéndose la nota el 25 de julio de 2007, constando que se habían mantenido contacto con otras asociaciones el día anterior a la adopción del acuerdo. Así en los hechos probados de la resolución recurrida al hacer referencia a los intercambios de información en el apartado 13 se indica 257 *“El 16 de julio de 2007 comunica la Secretaria de PPM a la Presidenta que acaba de hablar con CEOPAN para comentar tema subida precios harina y que CEOPAN va a tener reunión sobre ese tema y que seguramente publicarán una nota de prensa. Añade: “Ya hemos quedado en que haremos un intercambio” (folio 2703). 258. El 16 de julio de 2007 señala Teresa Lara a los otros dos secretarios generales de otras asociaciones que acaba de hablar con CEOPAN para comentar tema subida precios harina y que CEOPAN va a tener reunión sobre ese tema y que seguramente publicarán una nota de prensa. Señala que “Todo el mundo está publicando notas” (folio 572).*

Por tanto CEOPAN si bien no consta participara en una fase previa a la elaboración de las notas por parte de las otras asociaciones a la vista del contenido de los emails que se recogen en la resolución de la CNC, tuvo en cuenta dichos comunicados para decidir elaborar su nota, existiendo una coordinación por tanto en el tiempo (con carácter de urgencia decide incluir ese asunto en la Junta de Accionistas) y de contenido (su nota de prensa está elaborada a partir de las de otras asociaciones, habiéndole remitido documentación otra asociación) lo que contribuyó a potenciar su difusión, fortaleciendo la aptitud de la conducta para distorsionar la competencia.

La resolución recurrida tiene en cuenta que la intensidad de la colaboración de CEOPAN es menor para graduar la sanción y así indica que *“Entiende este Consejo que, tanto por el contenido de las notas como por lo activo de la labor coordinadora efectuada desde sus secretarías, que recaen en una misma persona para varias asociaciones, concurre un grado comparativamente mayor de gravedad en el caso de la FEAD, CHOCAO, PPM, AEFH, AEFS y CP y AEFPA.”*

QUINTO: Con carácter subsidiario solicita se rebaje la cuantía de la sanción al no haber motivado suficientemente la CNC los criterios en los que se basa para su cuantificación y resultar desproporcionada.

La CNC considera que se trata de una infracción muy grave regulada en el artículo 62.4 a) de la LDC y que cabe imponer la sanción prevista en el artículo 63 1 c) una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa.

En la resolución recurrida se indica que para el cálculo de la sanción a efectos de graduarla con respecto al límite que resulta de aplicación para operadores sin volumen de negocios entre asociaciones se tiene en cuenta *“el tamaño del sector o sectores que cada una de las asociaciones representa”* remitiéndose al pie de algunas de las notas de prensa del resulta que la cifra es de (4.000 millones de euros CEOPAN y FEAD respectivamente, 1.063 millones de euros CHOCAO, 1.150 millones de euros PP, 1.780 millones de euros AFHSE, 630 millones de euros AEFSyCP y en cuanto a FIAB se remite a su memoria donde consta que el volumen

de ventas del total del sector de alimentación y bebidas en 2007 fue de 82.094 millones de euros y aporta desglose del mismo por subsectores).

Los criterios de graduación que tiene en cuenta la CNC son los siguientes: *“la infracción es muy grave, porque las notas de prensa difunden con amplitud un mensaje que tiene por objeto facilitar el traslado a precios finales del incremento del coste de las materias primas no solo para la industria alimenticia, sino también para la distribución y para los consumidores. No obstante, a efectos de graduar la sanción con respecto al techo previsto, el Consejo tiene en cuenta el carácter puntual de la conducta y que no consta en el expediente evidencia cierta de los efectos reales que la recomendación colectiva haya podido causar”*.

Considera CEOPAN que la CNC le debería haber solicitado a ella y al resto de las empresas sancionadas las estimaciones de facturación de sus asociados en los mercados afectados. Al no hacerlo el tamaño del sector de la panadería que ha tenido en cuenta el Consejo de la CAC se encuentra sensiblemente sobreestimado al incluir la facturación de productos que nada tienen que ver con las prácticas analizadas (tales como dulces, bollerías, picos y otros productos que se puedan adquirir en una panadería tradicional como helados, golosinas, o bebidas de todo tipo). Pese a su afirmación no aporta el recurrente ningún informe que acredite que el tamaño del sector de la panadería se encuentre sobreestimado.

Añade CEOPAN que tampoco ha procedido la CNC a estimar la cuota de mercado que representarían los panaderos englobados en las asociaciones y gremios miembros de CEOPAN, siendo ello uno de los criterios de cuantificación de las multas. En este caso el propio recurrente señala que en la actualidad en España existen mas 15.000 empresas de panadería de las cuales 13.781 son miembros de las organizaciones asociadas a CEOPAN (folio 23 de la demanda) y la CNC (folio 15) que CEOPAN agrupa 13.781 empresas de panadería que representan el 80% de la producción del pan. Efectivamente no consta que la CNC ha tenido en cuenta este elemento, pero en todo caso la cuota de mercado no sería en este caso un criterio para atenuar la sanción y de hecho el recurrente no alega que se tenga en cuenta como circunstancia atenuante.

Hace referencia a lo desproporcionado de la multa con respecto a los ingresos y a los fondos propios de CEOPAN, ya que de acuerdo con las últimas cuentas auditadas correspondientes al ejercicio 2008 CEOPAN tuvo un resultado neto positivo final de 16.683 euros para unos fondos propios de escasamente 127.820 euros. El presupuesto anual de las entidades sancionadas no puede determinar en este caso una disminución del importe de la sanción ya que su dimensión económica no viene determinada por sus fondos propios y el resultado del ejercicio sino que debe tenerse en cuenta la capacidad económica de sus asociados siendo las panaderías miembros de esas asociaciones las que contribuyen con sus cuotas al sostenimiento de las mismas las que soportaran de forma indirecta el pago de la multa. De otro modo se perdería el carácter disuasorio de la multa ya que si se aceptara el criterio del recurrente bastaría constituir una asociación con un limitado presupuesto por parte de entidades con gran capacidad económica o con menor capacidad económica pero que representa a miles de asociados (como es el caso de CEOPAN que agrupa 13.781 empresas de panadería) para limitar el importe de las sanciones. Este mismo criterio es el que recogimos en nuestra sentencia de 19 de enero de 2010 dictada en el recurso 266/09.

Indica CEOPAN que no ha motivado el Consejo por qué actuaciones de carácter equivalente son sancionadas con multa de diferente cuantía en función de la asociación imputada y por que a CEOPAN se le impone una multa significativamente más elevada que a otras asociaciones implicadas respecto de las que, además se han apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes. Así indica que si se compara la multa de CEOPAN con la de AFHSE (15.000 euros sobre una estimación del tamaño de mercado de 1.780 millones de euros) o la de PPM (45.000 euros sobre una estimación del tamaño de mercado de 1.150 millones de euros) la multa impuesta a CEOPAN sería más de 8 veces superior que la de AFHSE y casi el doble que la impuesta a PPM. Para examinar esta alegación hay que indicar que efectuadas las correspondientes operaciones el porcentaje del importe de la multa sobre la estimación del tamaño de mercado efectuada por la CNC resulta que a FIAB se le ha impuesto una multa del 0,609% de su estimación de tamaño de mercado, a CEOPAN del 6,75%, a FEAD del 7,5%, a CHOCAO de 4,3%, a PPM de 3,91% a AEFS de 5,87%, y AFHSE de 0,84%. En este caso la CNC no explica el hecho de que pese a no apreciar ninguna circunstancia agravante en relación a CEOPAN y teniendo en cuenta que para apreciar la debida proporcionalidad ha partido del tamaño de los sectores que cada una de las asociaciones representa le aplica a CEOPAN una sanción proporcionalmente más grave que a otras asociaciones en las que ha apreciado la existencia de una circunstancia agravante. Así se indica en la resolución recurrida *“Entiende este Consejo que, tanto por el contenido de las notas como por lo activo de la labor coordinadora efectuada desde sus secretarías, que recaen en una misma persona para varias asociaciones, concurre un grado comparativamente mayor de gravedad en el caso de la FEAD, CHOCAO, PPM, AEFH, AEFS y CP y AEFPA (esta última incluye además en su nota cuantificación del incremento), que debe tenerse en cuenta a la hora de graduar la sanción”*.

En la sentencia de 19 de marzo de 2009 del TJCE el asunto C-510/2006-P caso Archer el Tribunal declaró en su apartado 75 que *“el derecho comunitario no tiene ningún principio de aplicación general con arreglo al cual la sanción deba ser proporcional al volumen de negocios realizado por la empresa mediante la venta del producto objeto de la infracción”*. 72 *A este respecto la gravedad de las infracciones en Derecho comunitario sobre la competencia debe establecerse en función de muchos elementos, tales como las circunstancias particulares del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas*. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 recurso de casación 3063/2005 indica que *la participación de varios sujetos en calidad de coautores de una misma infracción contra la defensa de la competencia no necesariamente presentará el mismo grado de intensidad. En la medida en que uno de aquellos sujetos inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y arrastre a los demás. Su autoría reviste una especial significación que legitimará, en buena lógica jurídica, una mayor sanción que la impuesta a los demás sujetos”*.

Ahora bien en este caso la CNC no ha establecido circunstancias particulares que determinen una mayor gravedad de la conducta realizada por CEOPAN que por las otras empresas sancionadas a las que ha aplicado una circunstancia agravante. Por ello se considera adecuado dado los criterios que ha tenido en cuenta la CNC para graduar la sanción reducir la misma en un 50%.

SEXTO: Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso interpuesto. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **LA CONFEDERACION ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE PANADERIA (CEOPAN)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de octubre de 2009 (expediente S/0053/08) FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN y en consecuencia se anula exclusivamente en la parte que acuerda imponer una sanción de 270.000 euros a CEOPAN, que debe reducirse a 135.000 euros. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

