



Roj: **SAN 3209/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3209**

Id Cendoj: **28079230062016100304**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **391/2013**

Nº de Resolución: **328/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000391 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03776/2013

Demandante: FABRIPAN YORI, S.L.

Procurador: DÑA. ANA LÁZARO GOGORZA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **391/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Lázaro Gogorza, en nombre y en representación de la mercantil "FABRIPAN YORI, S.L.", contra la Resolución dictada en fecha 10 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/376/11, Panaderías Pamplona, resolución que agota la vía administrativa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso:



"... declare no ajustada a derecho la resolución de fecha 10 de julio de 2013 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/376/2011 Panaderías Pamplona anulándola y dejándola sin efecto alguno respecto de FABRIPAN YORI; S.L. y subsidiariamente reduzca la sanción impuesta a la cuantía de 24.274,80 euros, con imposición de costas a la parte o partes que se opusieren a esta demanda".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso aprueba quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO .- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 15 de junio de 2016.

QUINTO .- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 10 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/376/11, Panaderías Pamplona, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho CUARTO de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho QUINTO, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas:FABRIPAN YORI, S.L. ...

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

.....

FABRIPAN YORI; S.L. 85.791 euros (ochenta y cinco mil setecientos noventa y un euros)".

Concretamente, la resolución impugnada considera acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en la realización de conductas colusorias llevadas a cabo entre fabricantes y comercializadores de pan de Pamplona y su Comarca para subir los precios de venta al público de pan fresco entre el 1 y el 3 de febrero de 2011.

SEGUNDO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente es una empresa que se dedica a la fabricación de productos de panadería y bollería. Y la comercialización de sus productos se hace a través de tiendas en franquicia.

2. Las características del mercado afectado son las siguientes:

-El mercado de producto afectado es el de la fabricación y comercialización del pan fresco.

a) Del consumo total de pan, un 81% es pan fresco normal, del día y no industrial ni integral. La barra de pan es el producto o formato más demandado, representando el 75% del consumo de pan fresco (es decir, cerca de 1,40 millones de toneladas.) El segundo a gran distancia es la baguette -10%-, seguida de la chapata -7%- y del pan de payés -4%-, aunque su diferenciación respecto a la barra tradicional es más comercial que técnica.

b) El sector del pan presenta una estructura empresarial muy compleja y atomizada, sobre todo en la fase final o de venta al consumidor. Se trata del más extenso sector de la agroalimentación española, con cerca de 170.000 empresas, de las cuales sólo un 8% tiene actividad productora, mientras que el 92% sólo tiene actividad comercializadora.

c) En España, se importa alrededor del 50% del trigo que se consume en las distintas industrias

d) El trigo blando (del que se obtiene la harina para la industria panadera) representa el 75% de los costes de una industria harinera.

e) Existen grandes diferencias entre los precios de los trigos empleados en la fabricación de la harina: desde los de máxima calidad, importados normalmente desde EEUU, Canadá, Australia y Francia, hasta los de menor calidad que pueden tener un coste aproximado por debajo del 50% con respecto a los de máxima calidad.



f) El consumo de pan en España se viene reduciendo, aunque su gasto ha crecido en los últimos años debido al aumento de su precio. La Comunidad Navarra es la cuarta consumidora de pan en España

- El mercado geográfico es provincial.

3. La resolución recurrida declara probado que:

-El 14 de septiembre de 2010, la prensa local publicó un artículo con el título "La industria no prevé subir el pan durante este año, pero no descarta hacerlo en 2011".

-El 1 de febrero de 2011 el establecimiento de la recurrente y nueve más de la zona de Pamplona y su comarca elevaron el precio de determinadas labores de pan y en concreto de la barra común, en 5 céntimos, pasando de 1 euro a 1,05 euros.

-En otras zonas de la Comunidad se realizaron, en fechas inmediatamente posteriores, subidas de precios también coincidentes.

-Los productores afectados suponen más del 80% de la producción de pan fresco para la venta, fijan los precios de venta al público a sus expendedores directos, a los exclusivos, a los franquiciados y a los revendedores, de forma que de acuerdo con las inspecciones, la barra de pan en Pamplona y su comarca subió en febrero un 5%.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de la sanción impuesta y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. Inexistencia de una práctica concertada:

-La propia resolución reconoce que no existen pruebas directas de la eventual infracción por lo que califica los hechos de práctica concertada.

-La recurrente ofrece una explicación alternativa y verosímil para la subida de los precios:

a) La recurrente no pertenece a ningún grupo empresarial.

b) La última subida del pan tuvo lugar en 2008 y desde entonces se han producido importantes aumentos en los costes de producción: incrementos sucesivos de los salarios de los trabajadores por Convenio en un 11,83 %, incremento del precio del trigo empleado en un 40%, de la luz en un 10%, y de los combustibles.

c) La recurrente tuvo noticia en el mes de Enero que el líder del sector, Panasa, iba a subir el precio de la barra de pan en 5 céntimos, con efecto desde el 1 de febrero de 2011. Panasa comunicó a clientes y proveedores sus intenciones.

d) La decisión de subir el precio de determinadas variedades del pan se adoptó de forma independiente, justificada por los incrementos de precios señalados y aprovechando la subida por Panasa, conocida por todo el sector, dada la transparencia del mercado. No todas las variedades del pan, y relaciona 13, sufrieron incremento de precios y las mismas son las que la recurrente elabora mayoritariamente.

e) Subraya que en el mercado de Navarra, las decisiones del líder de mercado que tiene una cuota muy elevada, condiciona la conducta de sus competidores.

2. Subsidiariamente señala que el volumen de ventas que debe tomarse en cuenta para el cálculo de la sanción es el referido a las ventas de la barra de pan y la baguette pero no el conjunto de toda la actividad económica de la recurrente.

3. Denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción.

Por el contrario, el Abogado del Estado contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO. - Centrada la cuestión sometida a debate se destaca que esta misma Sección ya se ha pronunciado en un supuesto idéntico de practica concertada al que ahora examinamos de tal manera que por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina reproducimos ahora los argumentos jurídicos contenidos en la sentencia dictada en fecha 11 de julio de 2016 en el recurso contencioso administrativo nº 390/2013 . En dicha sentencia decíamos:

"SEGUNDO: De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 22 de octubre de 2015 del Tribunal de Justicia, Asunto AC Treauhand, C-194/14 , apartados 29 a 34 y de 21 de enero de 2016 también del Tribunal de Justicia, Asunto Eturas C- 74/14 , apartados 36 y 42), las notas que caracterizan el concepto de "práctica concertada" y las reglas sobre la carga de la prueba de su existencia, son las siguientes:



1. La distinción entre las distintas modalidades de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 101 TFUE, se refiere sólo a distintas formas de colusión entre empresas que se distinguen únicamente por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan.

2. La existencia de una práctica concertada o de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia.

3. El concepto de «práctica concertada» supone, además de la concertación entre las empresas de que se trate, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos (sentencia Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, apartado 126).

4. La Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo.

5. Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una «práctica concertada» en el sentido de dicha disposición deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común.

TERCERO: En el presente caso no existe prueba documental alguna de la existencia de la colusión entre las empresas y tampoco consta la asistencia de la recurrente a reunión alguna en la que se tratara la cuestión de la subida del precio de la barra de pan. El único elemento previo a la subida de los precios objetivamente constatable se limita a la publicación, el 14 de septiembre de 2010 en un medio local, de un comentario que recoge declaraciones de la empresa líder del sector descartando una subida de precios de pan para 2010, pero no para 2011, todo ello en función de la evolución del precio del trigo.

Las pruebas en las que se basa la CNC para declarar la existencia de una práctica concertada son pues, puramente indiciarias. Los concretos indicios en los que se asienta la presunción, todos ellos debidamente acreditados, son los siguientes: a) se produce un incremento del precio de la barra de pan por importe idéntico en todas las empresas sancionadas (0,5 céntimos), b) dicho incremento se produce para todas las empresa sancionadas el mismo día: 1 de febrero de 2011, c) Las empresa sancionadas tienen estructuras comerciales, gastos y dimensiones sustancialmente diferentes, d) el líder del mercado (Panasa), incrementa los precios el mismo día que la recurrente, e) A pesar del anuncio velado de Panasa hecho en los medios en el mes de septiembre de 2010, la recurrente no sube el precio del pan hasta febrero de 2011.

Frente a estos indicios la recurrente ofrece una explicación alternativa que no resulta convincente, pues si bien justifica de forma razonable la necesidad de realizar una subida del precio del pan, dados los incrementos objetivos del precio de las materias primas, combustibles y mano de obra, la explicación ofrecida no resulta lógica ni convincente cuando trata de justificar la coincidencia temporal y cuantitativa de la subida del precio.

A este respecto debe partirse de la premisa de que todo operador debe determinar su política de precios de forma autónoma en el mercado, extremo que no concurre en el presente caso. Contrariamente a lo que se afirma en la demanda, la recurrente ha contribuido con su propio comportamiento a los objetivos comunes colusorios perseguidos por el conjunto de los participantes, conducta que se ha materializado en la subida de precios realizada por todos ellos el mismo día y en la misma cuantía.

Esta forma de proceder no aparece como reacción a la conducta del líder de mercado.

Panasa, la empresa líder, incrementó sus precios el mismo día que la recurrente y en la misma cuantía a pesar de tener estructuras empresariales diferentes, de lo que se infiere que la recurrente tenía conocimiento previo de esta forma de actuación concertada de la empresa líder y de las demás sancionadas, asumiendo el riesgo de su actuación.

Una subida de los precios realizada de forma espontánea en el mes de enero o en fecha posterior al 1 de febrero, y en ese caso, efectivamente como reacción a la conducta del líder del mercado, podría justificar, sin duda, un incremento de los precios, pero eso no es lo ocurrido.

La recurrente insiste en que su conducta fue reactiva porque tenía conocimiento, por ser un hecho público y transparente el mercado, que el líder del mercado iba a subir los precios en esa precisa cuantía y preciso día.



No consta acreditada dicha publicidad sobre la conducta del líder más allá de sus declaraciones en septiembre de 2010 y la subida no se produce hasta el 1 de febrero de 2011. Por otra parte, debería justificar que conocía por clientes o por terceros no sólo que el líder iba a subir los precios, sino también las demás empresas que así lo hicieron, lo que no ha hecho.

Finalmente solo cabe decir para justificar la declaración de la existencia de la práctica concertada, que ha existido por parte de la recurrente un comportamiento en el mercado que ha seguido la concertación y existe una plena relación de causalidad entre ambos elementos en el sentido expuesto en la sentencia Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, apartado 126.

CUARTO: Con carácter subsidiario, la recurrente denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Sobre este extremo debemos remitirnos a la STS de 29 de enero de 2015, recurso de casación nº 2872/2013, FJ 5, al haberse calculado la sanción sobre la base de la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, lo que determina la estimación del recurso en este punto para que se produzca un nuevo cálculo de la sanción".

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho.

QUINTO.- Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo núm. **391/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Lázaro Gogorza, en nombre y en representación de la mercantil "FABRIPAN YORI, S.L.", contra la Resolución dictada en fecha 10 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/376/11, Panaderías Pamplona, resolución que agota la vía administrativa, y, en consecuencia, se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 29/07/2016 doy fe.