

RESOLUCIÓN (Expte. 556/03, Empresas Cárnicas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 13 de febrero de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Menéu, ha dictado esta Resolución en el expediente 556/03, Empresas Cárnicas (2358/02 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio) iniciado por denuncia formulada, en 31 de enero de 2002, por la Asociación Nacional de Comerciantes de Ganado Porcino (ANCOPORC), la Asociación Nacional de Productores de Ganado Porcino (ANPROGAPOR), la Asociación de Productores de Vacuno de Carne (APROVAC), la Agrupación Aragonesa de Ganaderos de Bovino de Carne (ARABOVIS), la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), la Asociación Española de Criadores de Vacuno de Carne (ASOVAC), la Confederación de Cooperativas Agrarias de España (CCAE) y la Federación Española de Asociaciones de Ganado Selecto (FEAGAS) contra la Asociación de Industrias Cárnicas (AICE), la Federación Catalana de Industrias Cárnicas (FECIC), la Confederación de Organizaciones Empresariales del Sector Cárnico de España (CONFECARNE), y la Asociación de Profesional de Salas de Despiece y Empresas Cárnicas (APROSA) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la adopción de acuerdos para la repercusión de los costes de retirada y eliminación de harinas cárnicas exclusivamente al sector ganadero.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 31 de enero de 2002 varias organizaciones de ámbito nacional del sector ganadero ANCOPORC, ANPROGAPOR, APROVAC, ARABOVIS, ASAJA, ASOVAC, CCAE y FEAGAS, denunciaron a varias entidades del

sector de la industria cárnica que operan en su mayoría también en el ámbito nacional. En concreto denunciaron a la Asociación de Industrias Cárnicas (AICE), la Federación Catalana de Industrias Cárnicas (FECIC), la Confederación de Organizaciones Empresariales del Sector Cárnico de España (CONFECARNE), y la Asociación de Profesional de Salas de Despiece y Empresas Cárnicas (APROSA) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la adopción de acuerdos para la repercusión de los costes de retirada y eliminación de harinas cárnicas exclusivamente al sector ganadero en relación con la necesidad de solventar y regular el problema sanitario que había surgido con la Encefalopatía Espongiforme Bovina (EEB) en Europa -especialmente en el Reino Unido- y en España.

2. Con fecha 23 de abril de 2002 los denunciados denunciaban a su vez a los denunciantes y al MAPA por su actuación “consorciada” que podría vulnerar los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia al estimar que:

- *el acuerdo entre la Administración y los productores se plasma en el Acuerdo-Marco de 17 de enero de 2002 y vulnera el artículo 1º.1 de la LDC por constituir acuerdos que de forma consciente falsean la competencia en le mercado cárnico fijando de forma directa los precios y colocando a las empresas cárnicas en condición desventajosa;*
- *las empresas productoras ganaderas, con el apoyo de la Administración, abusan de su posición dominante vulnerando el artículo 6 de la LDC, creando una situación de dependencia económica en las empresas e industrias cárnicas, imponiendo precios y condiciones comerciales;*
- *y finalmente, tales conductas denunciadas falsean la libre competencia en todo el territorio nacional y afectan al interés público, encuadrándose tal conducta como prohibida en el artículo 7 de la LDC.*

Solicitaban también la acumulación de su denuncia al mismo expediente seguido contra ellos. Sin embargo, el Servicio contestó y les informó que, al no coincidir el objeto de la denuncia, no procedía la acumulación si bien, si consideraban que los nuevos hechos denunciados infringían la LDC deberían presentar un nuevo escrito de denuncia. Eso fué lo que hicieron con fecha 23 de octubre de 2002 y cuyo número de expediente asignado en el Servicio es el 2418/02, que fue archivado por Acuerdo de 25-6-03 y que fue objeto de recurso en el expediente r 583/03. El Tribunal dictó

Resolución sobre dicho expediente el 10 de diciembre de 2003 estimando el recurso continuándose el expediente en el Servicio.

3. Mediante Providencia del Director del Servicio de 14 de junio de 2002, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 36 de la LDC, se acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra las cuatro denunciadas.
4. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción (PCH), formalizado el 14 de octubre de 2002.

En dicho Pliego, notificado a todos los interesados, se propuso un sobreseimiento parcial respecto de CONFECARNE para no vulnerar el principio de *non bis in idem* ya que está constituida por la Asociación de Industrias de la Carne de España (AICE) y por la Federación Catalana de Industrias de la Carne (FECIC) y de acuerdo con la Resolución del TDC de 12 de marzo de 1999 en el expediente 429/98, Espectáculos Taurinos.

5. El Servicio continuó instruyendo el expediente y el 7 de febrero de 2003 el Director del Servicio acuerda el sobreseimiento parcial respecto de CONFECARNE que no consta que haya sido recurrido ante este Tribunal.
6. Después de atender las alegaciones de las partes al PCH, con fecha 12 de febrero de 2003, el Servicio acordó dar por concluidas las actuaciones practicadas y formuló el Informe-Propuesta que remitió al TDC y cuya valoración y propuesta final es la siguiente:

Tanto los ganaderos como la industria cárnica son empresarios independientes sujetos a las leyes del mercado, entre ellas la LDC. El funcionamiento competitivo del mercado que la LDC tutela exige que las decisiones de quienes en él actúan se tomen autónoma y libremente por cada operador económico, sin ningún tipo de recomendación para actuar de manera igual o conjunta. Así la recomendación de las asociaciones denunciadas para seguir una determinada actuación, aunque sea en interés de los asociados, son actos prohibidos por el artículo 1 de la LDC, ya que al sustituir la actuación independiente por una actuación colectiva se está limitando la competencia no solo de las empresas participantes, sino también de terceros.

PROPUESTA:

Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, consistente en la recomendación, desde las asociaciones denunciadas, de repercutir el coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos, cuya finalidad es unificar los comportamientos de sus asociados excluyendo la libre iniciativa empresarial, de la que son responsables AICE, FECIC y APROSA.

Segundo.- Se intime a las asociaciones AICE, FECIC y APROSA para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes.

Tercero.- Se ordene a las asociaciones AICE, FECIC y APROSA que publiquen, a su costa, la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte, en el B.O.E. y en un periódico de ámbito nacional y que difundan entre sus asociados el texto íntegro de dicha Resolución.

Cuarto.- Se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia que el Tribunal considere procedentes.

7. Recibido el expediente en el Tribunal el 17 de febrero de 2003, por Providencia de 28 de febrero de 2003 se admitió a trámite y fue designado Ponente acordándose poner de manifiesto las actuaciones a los interesados para que pudieran proponer las pruebas que estimaran necesarias y solicitar vista.
8. En este trámite AICE, FECIC y APROSA propusieron distintas pruebas y por Auto de 6 de octubre de 2003 se aceptaron las que el Tribunal consideró pertinentes. Y, en lo que respecta a la celebración de Vista, las mismas denunciadas solicitaron su celebración. Sin embargo, el Tribunal consideró innecesario que se celebrase y juzgó más conveniente - teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el abundante material probatorio documental ya aportado- que la última intervención de los interesados fuese mediante formulación de conclusiones escritas.
9. El 31 de octubre de 2003, el Tribunal dictó una Providencia para valoración de prueba poniendo de manifiesto el expediente a los interesados para que alegaran cuanto estimaran conveniente acerca de su alcance e importancia y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40.3 de la LDC. En este sentido, el 19 de noviembre de 2003 se recibió escrito

de alegaciones por parte de AICE, FECIC y APROSA.

10. Dictada Providencia para conclusiones, el 7 de enero de 2004, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.1 de la LDC, se recibieron escritos de la CCAE, de ASAJA, de AICE, de FECIC y APROSA el día 28 de enero de 2004. También formularon escritos de conclusiones ANPROGAPOR y ASOVAC el 29 de enero de 2004, así como ANCOPORC el 3 de febrero de 2004 y FEAGAS el 4 de febrero también de 2004.
11. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 11 de febrero de 2004.
12. Son interesados:
 - La Asociación Nacional de Comerciantes de Ganado Porcino (ANCOPORC),
 - La Asociación Nacional de Productores de Ganado Porcino (ANPROGAPOR),
 - La Asociación de Productores de Vacuno de Carne (APROVAC),
 - La Agrupación Aragonesa de Ganaderos de Bovino de Carne (ARABOVIS),
 - La Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA),
 - La Asociación Española de Criadores de Vacuno de Carne (ASOVAC),
 - La Confederación de Cooperativas Agrarias de España (CCAЕ)
 - La Federación Española de Asociaciones de Ganado Selecto (FEAGAS).
 - La Asociación de Industrias Cárnicas (AICE),
 - La Federación Catalana de Industrias Cárnicas (FECIC) y
 - La Asociación de Profesional de Salas de Despiece y Empresas Cárnicas (APROSA).

HECHOS PROBADOS

1. Desde la detección en España del primer caso de Encefalopatía Espongiforme Bovina (EEB), en noviembre de 2000, la Administración General del Estado implementó un programa excepcional y transitorio para garantizar la retirada, transporte, gestión y eliminación de los subproductos cárnicos y de los Materiales Específicos de Riesgo (MER) cofinanciado por las CC.AA. durante los ejercicios 2000 y 2001.
2. A finales de 2001 la Administración General del Estado comunicó a los

sectores afectados que por razones presupuestarias las ayudas cesarían a partir del 1 de enero de 2002, debiendo ser el propio mercado el que asumiera los costes derivados de la gestión y eliminación de los subproductos generados a lo largo de la cadena alimentaria.

3. Los sectores afectados mantuvieron diversos contactos y reuniones con la Administración para tratar, sin éxito, de ampliar estas ayudas, durante un periodo de transición. Desde el 1 de enero y hasta la publicación de la Orden APA/67/2002, de 18 de enero, hubo cierta confusión en cuanto a la forma de llevar a cabo la repercusión de dichos costes a lo largo de la cadena alimentaria hasta el consumidor final.
4. El MAPA propuso un “Acuerdo-Marco para la Competitividad y la Normalización de la cadena alimentaria cárnica (horizonte 2002-2004)” que fue rubricado el 17 de enero de 2002 por parte del sector de la producción ganadera (ASAJA, CCAE, ANPROGAPOR, ASOVAC, ARABOVIS, APROVAC, APPR y FEAGAS), por algunos representantes de la industria cárnica (ASOCARNE, ANFRIC-GREMSA y ANICOC), por parte del sector de la industria transformadora de harinas cárnicas (ANAGRASA), por algunos representantes de la distribución comercial (ANGED, ASEDAS y CEDECARNE) y por representantes de plantas industriales con capacidad para la destrucción de residuos (OFICEMEN), no participando, por tanto, los denunciados. Entre los objetivos del Acuerdo destacaba el compromiso de lograr la estabilidad económica del sector garantizando una traslación razonable de los costes de gestión de residuos a lo largo de la cadena alimentaria sin que se viera afectado el sector productor, incurso en un proceso de recuperación económica. Así, las entidades firmantes se comprometían a suscribir unos contratos tipo con los que, entre otros, pretendían evitar que se trasladasen los costes de retirada y destrucción de subproductos tanto a los precios pagados a los ganaderos por sus productos como a los precios abonados a la industria cárnica, tratando de repercutir dicho coste en el precio de venta al consumidor (folios del 47 al 52).
5. Con el fin de establecer los requisitos mínimos que debían cumplir los documentos relativos a las operaciones que se realizasen entre los sujetos que participaban en la cadena alimentaria cárnica en relación con la producción, retirada, tratamiento y destrucción de los subproductos y despojos cárnicos, se publicó el 19 de enero de 2002 en el B.O.E. la ORDEN APA/67/2002, de 18 de enero, encuadrándose su ámbito de aplicación en las operaciones que se realicen en la cadena alimentaria cárnica a partir de la venta del animal vivo a cualquier tipo de industria cárnica, sin incluir esta venta. Esta Orden fue derogada posteriormente por

la ORDEN APA/1556/2002, de 21 de junio, que únicamente incorpora nuevos índices de repercusión y las operaciones de transporte y destino autorizado.

6. Desde finales de diciembre de 2001, y hasta mediados de febrero de 2002, las entidades denunciadas remitieron a sus asociados diversas circulares en las que se reflejaba la preocupación del momento en cuanto al coste de retirada de harinas de carne y la recomendación de repercutir el mismo hacia los proveedores:

a) AICE remitió a sus asociados, el 28 de diciembre de 2001, la circular 170/01 por la que informaba, en relación con la problemática de la eliminación de las harinas cárnicas, tanto de la reunión mantenida con el MAPA el día anterior como de la reunión previa celebrada “con la presencia de todas las Organizaciones Cárnicas para establecer una unidad de actuación y posición común ante este grave problema que nos afecta a todos” y por lo que se decidía repercutir los mencionados costes a los ganaderos. En dicha circular se indicaba que ante la negativa del MAPA a seguir financiando la eliminación de las harinas “...los mataderos entienden que la solución más viable es, sin duda, trasladar ese coste a los ganaderos.” (folio 357) y más adelante especificaba la forma en que debían realizarse los descuentos bajo el concepto “descuento convenido por traslación de los costes de destrucción de las harinas cárnicas”(folio 359).

Posteriormente, el 23 de enero, AICE envió una nueva circular (11/02) a sus asociados informando de los efectos de la Orden APA/67/2002 y ratificando los acuerdos adoptados en la Asamblea de Mataderos, celebrada el 14 de enero en Barcelona, y remitidos en la circular 7/02 por los que “Ante la falta de soluciones reales al problema, a los mataderos no les queda otra opción que repercutir los costes de destrucción de las harinas, que de ninguna manera pueden soportar en solitario. Dadas las dificultades de efectuar esa repercusión hacia los clientes, serán los proveedores los que habrán de soportar esos costes, ya que los mataderos seguirán descontándoles los gastos de eliminación de los despojos cárnicos.”(folios 115 y 116).

Finalmente, en el Acta de la reunión de la Junta Directiva de AICE, celebrada el 15 de febrero de 2002, se informaba de la decisión de los mataderos de CONFECARNE de descontar a los ganaderos el mencionado coste, aunque también se anunciaba que, a partir de

mediados del mes de febrero, éstos trasladarían dicho coste a sus clientes (folios 330 y 331).

- b) FECIC, por su parte, remitió a sus asociados, el 28 de diciembre de 2001, las circulares 180/01 y 182/01 en las que informaba del resultado de las reuniones mantenidas, el día anterior, tanto con el MAPA como con las Organizaciones Empresariales Cárnicas (CONFECARNE, APROSA, ASOCARNE y ANAFRIC) para establecer una unidad de actuación y posición común ante este grave problema. (folio 385y 389).

El 23 de enero de 2002, FECIC envió una nueva circular (10/02) en la que se ratificaban los acuerdos de la Asamblea de Mataderos, celebrada en Barcelona el 14 de enero, e informaba de la reunión de la Comisión de Seguimiento de CONFECARNE reunida para analizar y valorar la Orden APA/67/2002 que, según ellos, no impedía que se siguieran descontando a los ganaderos los costes de eliminación de harinas de carne. (folio 118).

- c) Por último, APROSA remitió a sus asociados, el 15 de enero de 2002, una carta (2/02) que informaba de las conclusiones alcanzadas en la mencionada Asamblea General de Mataderos, celebrada el pasado 14 de enero en Barcelona, entre las que destaca que "...Dada las dificultades de efectuar esa repercusión hacia los clientes, serán los proveedores los que habrán de soportar los costes, ya que los mataderos seguirán descontándoles los gastos de eliminación de los despojos cárnicos" (folio 436).

Posteriormente, el 23 de enero, APROSA envió una nueva circular (7/02) a sus asociados en la que ratificaba la repercusión de los costes a los ganaderos (folio 443) y el pasado 11 de febrero remitía otra circular (12/02) en la que exponía la posición tanto de APROSA como de CONFECARNE "...hasta el momento ambas Organizaciones consideran imposible soportar el coste de eliminación de harinas, por lo que recomendamos se mantenga el descuento al entrador/ganadero, hasta no se dé una solución política más favorable al sector industrial" (folio 448).

Finalmente, el 21 de febrero de 2002, APROSA celebró una Asamblea General Extraordinaria con un único punto en el orden del día "la traslación de costes de eliminación de subproductos" (folio 343): en el Acta quedaba reflejado que, ante la imposibilidad de descontar el coste a los ganaderos, se comunicaría a los clientes el

cobro del coste aplicándose en factura, a partir del 4 de marzo, y se enviaría a los asociados un modelo de carta a los clientes, un modelo de factura y un cuadro de porcentajes.

7. Existen diversos documentos que acreditan la repercusión del coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos por parte de las asociaciones denunciadas:
 - a) cartas de empresas cárnicas informando a sus proveedores ganaderos de la decisión, de las Organizaciones Empresariales Cárnicas, de repercutirles el coste de destrucción de harinas cárnicas ante la negativa del MAPA a seguir subvencionando la retirada de harinas cárnicas a partir del 1 de enero de 2002 y bajo la fórmula de “descuento convenido por traslación de los costes de destrucción de harinas cárnicas” (folios 129 a 135),
 - b) y facturas expedidas durante los meses de enero y febrero de 2002 por entidades ganaderas, que acreditan los descuentos realizados a empresas cárnicas por la traslación de estos costes (folios 136 a 152 y 659 a 891), teniendo en cuenta que es práctica habitual en el sector agrario que los adquirientes, en nuestro caso la industria cárnica, confeccionen las facturas o al menos impongan la expresión de los conceptos que deben figurar en ellas, lo cual explica la obligada asunción por parte de los ganaderos de dichos costes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Aunque la denuncia que dio lugar a la incoación del presente expediente era más amplia, se trata ahora de resolver exclusivamente sobre la propuesta que el Servicio -una vez incoado expediente sancionador y formulado el Pliego de Concreción de Hechos al que las partes formularon alegaciones- propone al Tribunal. Esto es, sobre si existió una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la LDC consistente en la recomendación, desde las asociaciones denunciadas, de repercutir el coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos, cuya finalidad era unificar los comportamientos de sus asociados excluyendo la libre iniciativa empresarial.
2. Las denunciantes CCAE, ASAJA, ANPROGAPOR, ASOVAC, FEAGAS y ANCOPORC, a pesar de que en sus escritos de denuncia plantearon ante el Servicio numerosos ilícitos, en la última fase del expediente ante el

Tribunal presentaron escritos breves de conclusiones prácticamente idénticos en los que se acaba afirmando como resumen:

Como conclusión principal, que debe mantenerse la petición en su momento formulada por las Organizaciones representativas del sector productor cárnico español respecto a la nulidad de pleno derecho de los Acuerdos y prácticas adoptadas por las Asociaciones de Industrias Cárnicas Españolas, por los que se recomendaba, dándose instrucciones oportunas, la repercusión de los costes de la retirada y eliminación de las harinas cárnicas exclusivamente al sector productor ganadero.

En los mismos escritos también se señalaba unánimemente que:

Desde finales del mes de enero de 2002, a partir de la publicación en B.O.E. de 21 de enero de la Orden APA/67/2002, de 18 de enero, por la que se establecen sistemas de control del destino de los subproductos generados en la cadena alimentaria cárnica, las empresas integradas en las Asociaciones denunciadas se irán desvinculando de los Acuerdos de estas Asociaciones, hasta el punto de que a finales de febrero del mismo año 2002, sólo se detectaba la repercusión arriba comentada del coste de eliminación de harinas de carne en la provincia de Girona. Poco después también cesó en esta provincia.

3. Las alegaciones presentadas por las denunciadas ante el Servicio se pueden resumir como se hace a continuación:
 - a) Las entidades denunciadas señalan que ellas se limitaron a difundir entre sus asociados las opiniones de éstos sin que puedan imputarse a AICE, FECIC y APROSA la responsabilidad de las decisiones que individualmente cada una de las empresas asociadas hayan adoptado. Ello se ve reflejado en el hecho de que la mayor parte de estas empresas optaron por trasladar el coste, desde el primer momento, al consumidor final, quedando acreditada la escasa duración temporal de los hechos denunciados ya que a finales de febrero no se detectaba la mencionada repercusión siendo los principales perjudicados las empresas cárnicas que han tenido que soportar los mencionados costes sin poder trasladarlos a sus clientes.
 - b) A la luz de la legislación vigente en materia de Residuos (Ley 10/98, de 21 de abril y Directivas Comunitarias art. 15 75/442/CEE y 91/156/CEE), es el Sector Ganadero quien está obligado a soportar el mencionado coste, ya que, al aplicar el principio de “quien

contamina paga”, el productor está obligado a hacerse cargo de la gestión de los residuos derivados de sus productos. Por ello, si las entidades denunciadas hubieran adoptado algún acuerdo, decisión o recomendación para que se repercutieran los costes a los ganaderos, ésta estaría amparada por el artículo 2.1 de la LDC, por cuanto tal decisión resulta de la aplicación de una Ley y de las Directivas Comunitarias citadas.

- c) La Administración creó una fórmula para no perjudicar al sector ganadero, reflejada en el Acuerdo-Marco (que no se publicó en el B.O.E.), en cuya ejecución se dictó la Orden APA67/02 con obligaciones documentales que pretendían evitar que los ganaderos asumieran el coste, pero no crearon las medidas coactivas necesarias para garantizar la repercusión del coste a los consumidores y además implicaba la intervención directa en la fijación de precios a través de porcentajes que la Orden establecía y de precios máximos como los que aparecían en los anexos del Acuerdo. La situación se ha ido deteriorando por varias razones, como la desigualdad creada al subvencionar ciertas CC.AA. dicho coste o las soluciones adoptadas en otros países de la C.E.E., lo que ha generado una grave descapitalización en la industria cárnica al tener que asumir un coste, antes inexistente, que no han podido repercutir a sus clientes al carecer de los mecanismos adecuados.

El propio MAPA, en su informe de 17 de junio de 2002 sobre la modificación de la Orden APA/67/2002, reconoce expresamente tanto el fracaso del Acuerdo-Marco y de la Orden APA como la imposibilidad de las empresas asociadas a las entidades denunciadas de trasladar el mencionado coste a lo largo de la cadena alimentaria por la expresa negativa de sus clientes, las grandes empresas de distribución, firmantes del Acuerdo-Marco, de aceptar las facturas con estos cargos.

4. En la fase final del procedimiento ante el Tribunal, las denunciadas AICE, FECI y APROSA, en un mismo escrito de conclusiones alegan:

1.- Situación de “Confusión e Incertidumbre” previa a la entrada en vigor el 20.01.02 de la Orden APA/67/2002.

2.- Obligación del sector ganadero, a partir de la retirada de las subvenciones, de asumir el coste de la eliminación de los residuos. A partir del 01.01.02, y muy especialmente desde entonces durante todo el período en que, habiéndose dejado de subvencionar los costes, todavía no

había entrado en vigor la Orden APA/67/2002, esto es, hasta el 20.01.02. Si bien, también después, esto es, una vez entrada en vigor la Orden APA/67/2002, en la medida en que el traslado al consumidor final en aplicación de lo dispuesto en la misma fuese de imposible aplicación en la práctica.

3.- Acuerdo Marco de 17.01.02 y Orden APA/67/2002.

Ha quedado acreditado a través de la documentación incorporada al presente expediente la imposibilidad manifiesta de la traslación del coste, viéndose obligadas las empresas o industrias cárnicas integradas en las entidades que suscriben y que las representan, a soportar el coste efectivo de la destrucción de las harinas cárnicas sin ningún tipo de ayuda ni subvención y con la absoluta inoperancia de la Orden APA 67/02, cuya aplicación rechazaban sus clientes, las grandes cadenas alimentarias y la propia Administración, pese a haber firmado el Acuerdo Marco para cuya ejecución se dictó.

Y todo ello reconocido incluso de forma expresa por el propio Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, tal como ha resultado acreditado con la aportación al presente expediente como documento n1 109 de su informe de 17.06.02.

4.- De la prueba practicada ha resultado igualmente acreditado la inexistencia y falta de acreditación de las prácticas prohibidas que fueron objeto de denuncia relativas a supuestas -pero inexistentes-recomendaciones colectivas, en algunas de sus circulares informativas, por parte de las entidades denunciadas a sus asociadas, de repercutir el coste derivado de la eliminación de las harinas cárnicas a las empresas ganaderas.

5.- Las entidades que suscriben desean destacar cómo de la prueba practicada en el presente expediente se desprende en todo caso la absoluta y completa libertad con la que las empresas a ellas asociadas han actuado siempre y en todo momento en las decisiones y/o acuerdos que cada una de forma individual puedan haber adoptado sobre la repercusión del coste de la eliminación de las harinas cárnicas a la industria ganadera o, en su lugar, la traslación de dicho coste a lo largo de la cadena alimentaria.

6.- Falta de prueba del supuesto perjuicio económico para las entidades denunciadas y/o para sus empresas asociadas.

7.- *Circunstancias adicionales concurrentes: falta absoluta de intencionalidad. Escasa duración. Inexistente reiteración. Normalidad y cordialidad de las relaciones entre industria ganadera y cárnica.*

5. El Servicio por su parte señala:

- a) *En las circulares remitidas por AICE, FECIC y APROSA a sus asociados existió recomendación ya que informaron, entre otras, de las decisiones adoptadas en la Asamblea General de Mataderos celebrada el 14 de enero de 2002 por las que éstos seguirían descontando a los proveedores ganaderos el mencionado concepto, dando con ello respaldo a dicha postura y considerándola viable incluso una vez publicada la Orden APA.*

Además en la circular del 11 de febrero de 2002 se informa a los asociados de la posición común tanto de APROSA como de CONFECARNE, constituida por AICE y FECIC, en la que explícitamente se recomienda a sus asociados mantener el descuento al entrador ganadero (folio 448). Las cartas y facturas de empresas cárnicas aportadas acreditan la realización de descuentos por parte de las entidades ganaderas a empresas cárnicas por la traslación de éstos costes.

Este Servicio entiende que los denunciados, al enviar a sus asociados estos escritos, contribuían a persuadir a las distintas entidades asociadas para que adoptasen una pauta común de comportamiento impidiendo la libre iniciativa empresarial, ofreciendo como solución viable la repercusión del coste a los ganaderos y especificando la forma en que debían realizarse esos descuentos, contribuyendo con ello a fijar las condiciones de cómo y a quien repercutir el coste que debería haber sido objeto de libre negociación entre los participantes en el mercado, infringiendo con ello el artículo 1 de la LDC.

Cabe señalar que existe una nítida separación entre la legítima asistencia que las asociaciones pueden prestar a sus asociados, en la que puede admitirse la distribución de información e impresos que la normativa vigente exige y la ilícita fijación de conceptos que deben quedar abiertos para la negociación libre entre los asociados y sus clientes, como ya quedó patente en la Resolución del Tribunal 436/98 de Ganaderías de Lidia.

- b) *Este Servicio hubiese considerado válida la libre iniciativa*

empresarial que se hubiera derivado de la decisión individual de cada empresa cárnica de repercutir el mencionado coste a su proveedor ganadero como interpretación de la legislación vigente en materia de residuos.

En ningún momento las asociaciones denunciadas remitieron a sus asociados circulares en las que las recomendaciones realizadas estuviesen fundamentadas en las leyes en vigor, y si este hubiese sido su objetivo lo hubieran dicho expresamente.

Por otro lado el hecho de que la normativa vigente en materia de residuos diga que “quien contamina paga” no se interpreta como que los operadores en el mercado puedan libremente pactar las condiciones, ni que las asociaciones obliguen a sus asociados a establecer unas condiciones determinadas y en concreto a repercutir el coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos.

- c) *Este Servicio no ha entrado a valorar en ningún momento quien debe asumir el mencionado coste o si las medidas adoptadas en su momento fueron efectivas ya que no tiene competencias en la materia. El presente expediente se ha incoado por la existencia de una recomendación desde una asociación que pudiera vulnerar el artículo 1 de la LDC siendo éste el único objeto de imputación en este expediente.*

Por todo ello concluye que:

Las conductas imputadas a las asociaciones AICE, FECIC y APROSA, encajan en el tipo previsto en el artículo 1.1 de la LDC que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Tanto los ganaderos como la industria cárnica son empresarios independientes sujetos a las leyes del mercado, entre ellas la LDC. El funcionamiento competitivo del mercado que la LDC tutela exige que las decisiones de quienes en él actúan se tomen autónoma y libremente por cada operador económico, sin ningún tipo de recomendación para actuar de manera igual o conjunta. Así la recomendación de las asociaciones denunciadas para seguir una determinada actuación, aunque sea en interés de los asociados, son actos prohibidos por el artículo 1 de la LDC, ya que al sustituir la actuación independiente por una actuación colectiva se esta limitando la competencia no solo de las empresas participantes,

sino también de terceros.

6. El Tribunal coincide con la conclusión de la valoración del Servicio que se señala en el FD anterior y en la que se concreta la imputación a las denunciadas en este expediente. Por ello, considera que no es necesario entrar a discutir otras muchas alegaciones y planteamientos de otro tipo de problemáticas que se han incorporado a la abundante documentación de este expediente y que no son causa de imputación ahora. Considera, por lo tanto, que no se debe entrar a valorar quién hubiera debido asumir el mencionado coste de destrucción de harinas cárnicas o si las medidas adoptadas en su momento fueron efectivas ya que ni el Servicio ni el Tribunal tienen competencias en la materia. No hay que pronunciarse ahora sobre otras cuestiones y contenciosos particulares entre las partes que no se refieren a lo que se juzga en este expediente.

Téngase en cuenta en este sentido que, en un asunto directamente relacionado, el Tribunal -por Resolución de 10 de diciembre de 2003 (expte. r 583/03, Asociaciones Cárnicas)- estimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Servicio de 25 de junio de 2003, de archivo de la denuncia presentada el 23 de octubre de 2002 por una conducta supuestamente prohibida por los artículos 1, 6 y 7 LDC, consistente en haber promovido y suscrito un Acuerdo-Marco en el que se fijan precios. En el ámbito de dicho expediente se resolverán las cuestiones pertinentes.

En lo que se refiere al presente expediente, teniendo en cuenta las abundantes pruebas documentales se puede resolver sobre la transgresión o no del artículo 1 de la LDC por parte de las denunciadas. La Ley de Defensa de la Competencia, tal y como también señala el Servicio, trata de salvaguardar la independencia de comportamiento, la libertad de emprender y la autonomía contractual de los operadores económicos. El principio de la independencia de comportamiento por parte de los actores principales resulta decisivo para el desarrollo de una competencia dinámica en beneficio de los consumidores finales.

Por eso, tal y como también el Tribunal ha expresado en otras ocasiones - como por ejemplo en la Resolución ya firme de fecha 19 de enero del año 2000 (Expte. 453/99, Expertos Inmobiliarios 3)- *"Cuando desde asociaciones, agrupaciones o colectivos diversos se transmiten pautas de homogeneización de comportamientos, y no digamos precios y condiciones comerciales, se está vulnerando gravemente ese principio de independencia de comportamiento que resulta imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos. Transmitiendo señales corporativas se*

intenta, y de hecho se consigue siempre en mayor o menor medida, coartar de alguna forma la libertad personal de comportamiento económico de los agentes individuales restringiendo en definitiva los derechos exclusivos de libre disposición sobre lo propio en que consiste la propiedad. (...). Las actuaciones concertadas y las pautas colectivas sobre el comportamiento de los agentes merman esos principios básicos de la solvencia e independencia de comportamiento necesarios para el eficaz despliegue de la competencia".

La mera recomendación vulnera el artículo 1 de la LDC en tanto en cuanto restringe, o al menos puede restringir, la competencia al emitir indudables señales corporativas que transmiten pautas de homogeneización de comportamientos comerciales. La conducta anticompetitiva se agrava cuando se presiona de una u otra forma a quien no cumpla lo estipulado catalogando tales comportamientos de competencia desleal respecto al resto de asociados.

En el presente caso -aunque por un periodo muy breve de tiempo y por unas circunstancias puntuales y atípicas consecuencia del grave problema sanitario planteado y por la necesidad de solventarlo y regularlo que surgió con la Encefalopatía Espongiforme Bovina- el Tribunal considera que queda suficientemente acreditado ese intento de coartar el principio de autonomía e independencia de comportamiento libre de cada una de sus asociadas restringiendo así la libre competencia. Desde las distintas Asociaciones se intentó por una y otra parte trasladar el coste a los demás operadores en la cadena agroalimentaria sopesando cada uno en orden a sus intereses las medidas que la Administración iba adoptando o presionando colectivamente y con anterioridad para que aquellas medidas que se iban a adoptar fuesen las más adecuadas a sus intereses corporativos.

Si bien las conductas se produjeron en un contexto de incertidumbre y desconcierto que produjo la epidemia y las medidas que la Administración adoptó, en los AH 6 y 7 se relacionan una serie de circulares de las asociaciones y de facturas que corroboran el seguimiento por parte de las asociadas de las indicaciones y recomendaciones que las asociaciones señalaban. En este sentido y a título de ejemplo, ante la negativa del MAPA a seguir financiando la eliminación de las harinas "...los mataderos entienden que la solución más viable es, sin duda, trasladar ese coste a los ganaderos." (folio 357) y más adelante la circular especificaba la forma en que debían realizarse los descuentos bajo el concepto "descuento convenido por traslación de los costes de destrucción de las harinas cárnicas"(folio 359). "Ante la falta de soluciones reales al problema, a los

mataderos no les queda otra opción que repercutir los costes de destrucción de las harinas, que de ninguna manera pueden soportar en solitario. Dadas las dificultades de efectuar esa repercusión hacia los clientes, serán los proveedores los que habrán de soportar esos costes, ya que los mataderos seguirán descontándoles los gastos de eliminación de los despojos cárnicos.”(folios 115 y 116). “...Dadas las dificultades de efectuar esa repercusión hacia los clientes, serán los proveedores los que habrán de soportar los costes, ya que los mataderos seguirán descontándoles los gastos de eliminación de los despojos cárnicos” (folio 436). “..Hasta el momento ambas Organizaciones consideran imposible soportar el coste de eliminación de harinas, por lo que recomendamos que se mantenga el descuento al entrador/ganadero, hasta que no se dé una solución política más favorable al sector industrial” (folio 448), el 21 de febrero de 2002, APROSA celebró una Asamblea General Extraordinaria con un único punto en el orden del día “la traslación de costes de eliminación de subproductos” (folio 343), existiendo además diversos documentos que acreditan la repercusión del coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos por parte de las asociaciones denunciadas.

Se debe tener en cuenta además que los estatutos que rigen el comportamiento de las asociaciones denunciadas -AICE en su artículo 34 (folio 202 del Servicio) y APROSA en su artículo 8 (folio 216 del Servicio)- establecen que los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno, como son la Junta Directiva o la Asamblea General, son obligatorios y tienen carácter vinculante (folio 216 del Servicio). También se circulan graves amenazas como la de que “se produzca el cese de la actividad de todos los mataderos, durante 24 horas” (fol. 116 Servicio) o “anular el cese de actividad previsto para los días 2 al 5 de enero de 2002” (fol. 129 Servicio).

Esas circulares pueden dar lugar a efectos anticompetitivos en la mayoría de las asociadas que se escudan en la Agrupación para evitar el riesgo de la competencia empresarial. Quienes se atrevan a no seguir las directrices de los colectivos pueden ser acusados por los demás asociados de "deslealtad" aunque en realidad sólo se busca el interés propio corporativo. Siguiendo las señales corporativas se puede homogeneizar y encasillar la actuación económica del sector atentando gravemente contra ese principio de la libertad e independencia de comportamiento empresarial garante de la competencia.

Por todo lo expuesto -acreditados los hechos que se imputan por el Servicio- se ha de compartir la calificación jurídica que por éste se efectúa y el Tribunal entiende que las asociaciones AICE, FECIC y APROSA han

incurrido en una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC consistente en la recomendación desde dichas Asociaciones de repercutir el coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos con la finalidad de unificar los comportamientos de sus asociados excluyendo la libre iniciativa empresarial.

Estamos, por todo lo anterior, en presencia de una recomendación colectiva efectuada por una asociación empresarial que busca propiciar un comportamiento común de las empresas asociadas, lo que restringe y falsea la libertad comercial en ese sector. Cabe resaltar que la infracción existe desde que se efectúa tal recomendación, sin que sea preciso para su consumación que la recomendación se haya llevado a la práctica.

7. En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el 46.2 de la misma, establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 1 de la LDC con multas de hasta 150.000.000 de pesetas, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal, estableciendo el número 2 del citado artículo los criterios a tener en cuenta para la determinación de la sanción.

En el presente caso, se debe tener en cuenta que la conducta se produjo en una situación muy atípica, por un periodo muy breve de tiempo, como también reconocen los denunciantes, y por unas circunstancias concretas consecuencia del grave problema sanitario planteado por la necesidad de solventar y regular el problema sanitario que surgió con la epidemia de la Encefalopatía Espongiforme Bovina lo que produjo incertidumbre y desconcierto en todo el sector, se estima adecuado fijar la multa de 10.000 euros a cada una de las Asociaciones imputadas.

El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad y para evitar confusión en todos estos aspectos respecto a la aplicación de la Ley, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así, el Tribunal ordena la publicación a costa de las Asociaciones sancionadas de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio nacional.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Primero. Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en la recomendación -desde las Asociaciones imputadas- de repercutir el coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos con la finalidad de unificar los comportamientos de sus asociados excluyendo la libre iniciativa empresarial.

Se consideran autoras de dicha práctica a la Asociación de Industrias Cárnicas (AICE), la Federación Catalana de Industrias Cárnicas (FECIC) y la Asociación Profesional de Salas de Despiece y Empresas Cárnicas (APROSA).

Segundo. Intimar a las citadas entidades autoras de la práctica declarada prohibida a que en lo sucesivo se abstengan de adoptar decisiones semejantes.

Tercero. Imponer a cada una de las citadas entidades una multa de 10.000 euros.

Cuarto. Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de las citadas entidades en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos de los diarios de información general de mayor circulación en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 700 euros por cada día de retraso en la publicación.

Quinto. La justificación del cumplimiento de lo ordenado en esta Resolución deberá realizarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa y que, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.