

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. S/0022/19, ARÁNDANOS**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

#### **Vicesecretario del Consejo**

D. Miguel Sanchez Blanco

En Madrid, a 28 de noviembre de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0022/19, ARÁNDANOS incoado contra determinadas empresas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

Índice

<b>I. ANTECEDENTES .....</b>	<b>2</b>
<b>II. LAS PARTES.....</b>	<b>2</b>
<b>1. La ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL SECTOR AGRÍCOLA ONUBENSE (denunciante).....</b>	<b>2</b>
<b>2. RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L. (denunciada).....</b>	<b>2</b>
<b>III. MARCO NORMATIVO.....</b>	<b>3</b>
<b>IV. MERCADO AFECTADO .....</b>	<b>5</b>
<b>V. HECHOS DENUNCIADOS E INVESTIGADOS .....</b>	<b>9</b>
<b>VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....</b>	<b>10</b>
<b>PRIMERO.- Competencia para resolver, objeto y propuesta de la DC.....</b>	<b>10</b>
<b>TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia.....</b>	<b>10</b>
<b>RESUELVE .....</b>	<b>13</b>

## I. ANTECEDENTES

1. El 20 de enero de 2017 se recibió en la CNMC una denuncia presentada por la ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL SECTOR AGRÍCOLA ONUBENSE (en adelante, la Asociación) contra RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L. (titular de la explotación comercial de la variedad vegetal de la especie arándanos “snowchaser”) por una supuesta infracción de la LDC por limitación de la producción y fijación de precios de la licenciataria de la variedad de arándano “snowchaser” (folios 1 a 19).

El 2 de febrero de 2017, la Asociación aportó información adicional a la denuncia (folios 20 a 55).

2. La Dirección de Competencia (en adelante, DC) realizó varios requerimientos de información:

- el 10 de julio de 2017 a la Asociación (folios 56 a 61), cuya contestación se recibió el 21 de julio de 2017 (folios 62 a 93).

- el 9 de febrero de 2018 a RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L. (folios 139 a 142) quien, tras solicitar ampliación de plazo, contestó el 9 de marzo de 2018 (folios 164 a 408).

3. El 1 de octubre de 2019, la DC elevó al Consejo una propuesta de no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones, por considerar que no había indicios de infracción de la LDC<sup>1</sup>.

4. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión de 28 de noviembre de 2019.

## II. LAS PARTES

### 1. La ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL SECTOR AGRÍCOLA ONUBENSE (denunciante)

El ámbito de actuación de esta Asociación se limita a la provincia de Huelva, donde tiene su domicilio (folio 67). Está integrada por “unos 20 agricultores”.

### 2. RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L. (denunciada)

RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR es una empresa constituida en 1962, con domicilio en San José de la Rinconada (Sevilla) y su actividad económica

---

<sup>1</sup> En cumplimiento de lo establecido en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).

pertenece al CNAE 0124 - Cultivo de frutos con hueso y pepitas. Su SIC<sup>2</sup> es 0179 - Otros frutos.

Cuenta con entre [0-50] empleados y tiene una facturación anual de menos de 2 millones de euros (folios 473 a 476).

En 1985 creó el grupo Royal o Royal SAT (constituido por las empresas Rústicas del Guadalquivir, Alia y Sevifruit, S.A.), con quien ha establecido un acuerdo de exclusividad para la investigación y el desarrollo en fruta de hueso en favor de sus socios productores. A partir de 2006, amplió su actividad de investigación y desarrollo para trabajar en la búsqueda de nuevas variedades de otros “berries”, incluyendo fresa, frambuesa y arándanos.

RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR es licenciataria exclusiva para Europa, norte de África y otros países mediterráneos de las variedades de arándano de la Universidad de Florida (una de las principales universidades en el estudio de variedades genéticas vegetales).

### III. MARCO NORMATIVO

La conducta que se analiza en este expediente afecta a los derechos de propiedad industrial, en concreto a los derechos de variedades vegetales, en el sector de los frutos rojos.

En este ámbito resulta de aplicación tanto la normativa de la Unión Europea (UE) como la nacional, como a continuación se describe.

En el ámbito **de la UE** rige el Reglamento (CE) 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, que constituye el texto básico de protección de las obtenciones vegetales y recoge los principios establecidos por el Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales (CUPOV), según el Acta de Ginebra de 1991, junto al Convenio sobre la patente europea de 1973 (CPE) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 1994 (ADPIC).

Dicho Reglamento 2100/94 establece un sistema de protección europea para las obtenciones vegetales como forma única y exclusiva de protección de la propiedad industrial para las variedades vegetales.

Los artículos 5, 6 del Reglamento 2100/94 definen las características que las variedades vegetales han de cumplir para gozar de protección jurídica. La norma ampara las obtenciones vegetales de variedades de todos los géneros y especies botánicas, incluidos, entre otros, los híbridos de géneros o de especies

---

<sup>2</sup> El sistema de nomenclatura comercial internacional “Standard Industrial Classification” (SIC) permite identificar y clasificar todo tipo de actividades comerciales. Cada SIC consiste en un Código de 4 dígitos, cada uno de los cuales representa un nivel más específico de actividad. Los dos primeros dígitos hacen referencia a la actividad genérica de cada empresa; los dos siguientes especifican dicha actividad.

(artículo 5.1) siempre que sean: a) distintas; b) homogéneas; c) estables; y d) nuevas (artículo 6).

Los apartados 1 y 5 del artículo 13 establecen los derechos y límites que confiere la protección de una variedad vegetal. Entre otros derechos, esta protección permite al titular de una protección de obtención vegetal reservarse el derecho de llevar a cabo operaciones de producción, reproducción, venta, comercialización exportación o importación (artículo 13.2).

A nivel **nacional**, rige la Ley de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (LOV) y su reglamento de desarrollo (RLOV)<sup>3</sup>.

Los artículos 2 y 5 de la LOV definen la variedad vegetal y los requisitos que ha de cumplir para obtener protección jurídica<sup>4</sup>. Los artículos 12 y 13 determinan los derechos de explotación conferidos por el título de obtención vegetal y la obligación del titular de una variedad esencialmente derivada de acordar con el titular de la variedad vegetal de la cual deriva los términos de explotación de la primera. El artículo 13 aporta también una definición de la variedad esencialmente derivada.

El titular de una protección vegetal tiene conferido el derecho exclusivo a explotar el material vegetal de reproducción (ej. semillas) o de multiplicación vegetativa (ej. yemas para injertar) de la variedad protegida. Las actuaciones concretas de esta explotación incluyen la producción o reproducción (multiplicación), el acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, la exportación y la importación y la posesión para cualquiera de estos fines.

El artículo 21 de la LOV dispone que, en caso de vulneración de sus derechos, el obtentor podrá ejercitar ante la jurisdicción ordinaria las siguientes acciones:

- a) El cese de los actos que violen su derecho,
- b) La indemnización por los daños y perjuicios sufridos,
- c) La recogida de todo el material vegetal obtenido que se encuentre en poder de cualquiera de los responsables y su destrucción cuando ello fuera indispensable,
- d) La atribución en propiedad del material vegetal al que hace referencia el párrafo anterior, en cuyo caso su valor será imputado

---

<sup>3</sup> Ley 3/2000, de 7 de enero de 2000, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (LOV), que recoge las directrices establecidas tanto en el citado Reglamento y en la Directiva 98/44/CE, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

Reglamento aprobado por el Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre de 2000.

<sup>4</sup> El precepto se desarrolla por el artículo 2.2 del RLOV que define la variedad esencialmente derivada.

a la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor de los citados productos excediera de la indemnización concedida, el titular del derecho deberá compensar a la parte condenada por el exceso,

e) La publicidad de la sentencia por cuenta de la parte condenada,

f) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de su derecho.

Un tercero sólo podrá explotar la variedad protegida si el titular del derecho le confiere una licencia para ello mediante un contrato que debe ser registrado en libro de registro de licencias (art. 23 LOV).

Los títulos de obtención vegetal se extienden 25 años (artículo 18.1 LOV y Considerando 22 del Reglamento 2100/94)<sup>5</sup>.

Finalmente cabe recordar que serán castigados con pena de prisión de hasta 2 años todos aquellos que, sin consentimiento del titular, con fines agrarios o comerciales, produzcan, reproduzcan, acondicionen con vistas a la producción o reproducción, ofrezcan en venta, vendan, comercialicen de otra forma, exporten o importen, o posean para cualquiera de estos fines, material vegetal de reproducción y multiplicación de las variedades citadas (artículo 274 apartado cuarto del Código Penal).

#### **IV. MERCADO AFECTADO**

Desde la perspectiva del producto, las conductas analizadas tienen lugar en el mercado del cultivo de frutos con hueso y pepitas (CNAE 0124), en particular en el de producción y comercialización de los **frutos rojos**.

El mercado afectado en el presente caso es el del mercado de frutos rojos sin que pueda entenderse como un mercado diferenciado el del arándano o el vinculado por la variedad *Snowchaser*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Excepto para variedades de vid y de especies arbóreas que duran 30 años.

<sup>6</sup> Una delimitación del mercado que no se limita a una definición estrecha del producto afectado coincide con la realizada en otros precedentes, en los que se rechaza una delimitación del mercado demasiado estrecha, esto es, por variedades, dentro de un mismo tipo de fruta. Así lo señaló, la Resolución del Consejo de la CNMC de 14 de diciembre de 2017 Expte. S/DC/0537/14 TANGO: “En relación con ello, la Sala coincide igualmente con el criterio de la Dirección de Competencia que considera que la definición de mercado propuesta por el denunciante es excesivamente estrecha y no está respaldada por la práctica decisoria de la autoridad de competencia. En efecto, el extinto Consejo de la CNC en el mencionado expediente S/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, valoró la cuestión de la delimitación del mercado relevante y consideró, junto al mercado nacional de mandarinas, la posibilidad de que el mercado relevante fuera el relativo a la “segunda parte (enero-mayo) del mercado de mandarinas”, pero no otra definición más estrecha. E indicaba igualmente que, “En el caso de aceptar esta definición de mercado relevante, la cosecha de Nadorcott representaría entre un 15% y un 20% del volumen total...”. Cabe recordar que esta delimitación del mercado

El arándano o arándano azul es un fruto de la familia de las ericáceas que se considera incluido, a efectos comerciales, dentro del mercado de los frutos rojos, junto con la fresa, frambuesa y mora.

Atendiendo a las características del producto y utilidades previstas se puede realizar una primera clasificación de los frutos rojos en dos grandes grupos: (i) aquellos dirigidos a su consumo en fresco directamente por el consumidor final y (ii) los destinados a procesamiento. Dentro de estos últimos se encuentran los frutos rojos congelados y los empleados por la industria alimentaria en la elaboración de productos derivados, como zumos o mermeladas<sup>7</sup>. Esta diferenciación no sería relevante en el nivel del mercado de importación/producción ya que los operadores suministran los frutos rojos a sus clientes en estado fresco, por ejemplo, a distribuidores mayoristas o empresas de alimentación.

Los consumidores perciben los frutos rojos (o al menos, las fresas, arándanos, frambuesas y moras) como sustitutivos.

Además, si se produjera un cambio de demanda por parte de los consumidores finales de un fruto rojo a otro, no existiría ninguna barrera adicional ni costes asociados significativos que impidieran a los productores/importadores atenderlo.

Igualmente debe destacarse que las diferencias de precios entre los diferentes frutos rojos no son significativas.

El desarrollo del mercado de frutos rojos en general -incluyendo el arándano- ha favorecido la aparición de cadenas de suministro que sobrepasaban las regiones productoras europeas adquiriendo un carácter global.

Dentro de la oferta de fruta y verdura en los mercados europeos e internacionales, las empresas productoras de fruta suelen ofrecer -ya sea mediante la producción propia o mediante la compra a terceros- el abanico completo de las distintas especies que conforman la categoría de los frutos rojos, y, en todo caso, las cuatro especies principales: arándano, frambuesa, fresa y mora. Asimismo, las empresas de mayor dimensión recurren normalmente a productores ubicados en Latinoamérica o en determinados países africanos para complementar la oferta de producto de las cuatro especies mencionadas. En este escenario, desde un punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, podría

---

no fue cuestionada en vía judicial, Sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de junio, 9 de octubre y de noviembre de 2015 relativas a la Resolución del Consejo del extinto Consejo de la CNC de 4 de julio de 2013 en el expediente S/312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS y se confirmó por el Tribunal Supremo Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 relativo al expediente S/312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS.

<sup>7</sup> Según el Informe elaborado por AMI "Market Report, Berries 2016" aportado por la denunciada. AMI es la empresa líder en información sobre mercados agrícolas en Alemania. <https://www.ami-nformiert.de/amienglish/ami-about-us/about-us.html>.

considerarse que el mercado de producto relevante englobaría todos los frutos rojos, o, al menos, los arándanos, frambuesas, fresas y moras.

Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que todos los operadores mantienen programas de producción y compra diferenciados por cada una de las especies de frutos rojos, lo cual se debe a la concentración geográfica de la producción y a que los picos y valles de producción - en general condicionados por factores climáticos- de cada fruto rojo no suelen coincidir. Este hecho no permite concluir la existencia de un mercado diferenciado por cada fruto rojo puesto que los fabricantes importan de terceros países distintas especies de frutos rojos -y en particular, de fresas, arándanos, frambuesas y moras- para complementar su oferta, en el supuesto de que la producción local escasee.

En relación a los arándanos se pueden distinguir tres tipos de variedades de estos frutos cultivados<sup>8</sup>:

- la *Southern Highbush*, variedad adaptada a zonas de inviernos templados -se cultiva en la provincia de Huelva, Italia, sur de Portugal y norte de África, de forma general en todo el arco mediterráneo- cuyo periodo de maduración comienza en el mes de marzo.
- la *Northern Highbush*, variedad que atraviesa un periodo de reposo invernal, y que requiere una época de frío -se cultiva en la costa cantábrica, Galicia y norte de Portugal, así como en otros países europeos como Holanda, Polonia o Alemania- madurando típicamente en verano.
- la *Rabbiteye*, un subtipo del arándano *Northern Highbush* que se caracteriza por alcanzar la maduración del fruto en otoño.

Se podría considerar que existe una época de consumo "tradicional", que coincidiría con su propia época de producción a la que se le habría añadido en los últimos años un consumo en "contra-estación", posible gracias a la producción de otros países europeos con climas cálidos como España, que tiene un peso específico importante, pero también a las importaciones de terceros países<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Debido al progreso en los programas de desarrollo genético, la separación entre los dos primeros grupos es cada vez menor y pueden darse variedades tardías para zonas de inviernos suaves y viceversa, de forma que la producción de zonas cálidas se solapa con la de zonas frías. Además, a todo ello hay que sumar el incremento del cultivo protegido, por ejemplo en invernaderos, que ha posibilitado que las temporadas tradicionales de producción se extiendan más allá de los meses tradicionales.

<sup>9</sup> En este sentido habría que valorar tanto la producción europea de *Southern Highbush* - adaptable a inviernos cálidos- como la importación desde países del Hemisferio Sur -sobre todo Chile y Sudáfrica, que ofrecen variedades de tipo *Northern Highbush* - y otras regiones de inviernos suaves en el Hemisferio Norte. También se debe mencionar como países exportadores

Analizando cuáles serían las variedades de arándanos o frutos rojos que compiten con la variedad *Snowchaser* (entendiendo por tales aquellas variedades cuyo cultivo precisaba de las mismas condiciones climáticas), el denunciado identificó como mínimo un total de [50-100] variedades protegidas a las que habría que añadir las variedades libres<sup>10</sup> (folios 184, 185 y 374 a 377).

Debe aclararse que, con independencia del tipo de variedades que se producen en la actualidad en España, cualquier otra variedad que se adapte al clima del país podría introducirse y comenzar a producirse sin barreras de entrada significativas, excepto la referente a la obtención de la necesaria licencia en el supuesto de que sea una variedad protegida.

Desde una perspectiva geográfica los elevados flujos comerciales de frutos rojos parecen apuntar a la existencia de un mercado en el que la competencia entre productores se produce a nivel del EEE o incluso mayor, a nivel mundial<sup>11</sup>.

El 90% de la producción española de arándano tiene como destino la exportación (folios 182 a 184).

La variedad *Snowchaser* supuso en 2016 un 0,8% del **mercado de frutos rojos producidos en España** y un 1,1% en 2017. El valor económico (18,6 M€ en 2016 y de 27,5 M€ en 2017, respectivamente) supusieron un 1,6 % y 2,3% respecto del total. Respecto de la producción de arándanos, supuso un 8,97% en 2016 y 9,19% en 2017, con un valor económico de 18,6M€ y de 27,5 M€, respectivamente (7,3% y 10,1%, respecto del total).

Por ello, sea cual fuera la definición de mercado (los frutos rojos o los arándanos), el denunciado carece de posición de dominio.

---

de relevancia creciente a Perú y México que, gracias a las condiciones climáticas, son capaces de producir prácticamente "a demanda" utilizando variedades del tipo *Southern Highbush*.

Por su parte, la entrada en el mercado europeo de la fruta de terceros países se produce en torno a unas tres semanas después de la fecha de salida del país de origen -que es el tiempo de tránsito de transporte marítimo- retrasándose su comercialización una semana adicional. Por ejemplo, en el caso de la fruta chilena, esta tiene un importante peso en el mercado europeo los meses de diciembre, enero, febrero y marzo, llegando a tener una presencia comercial significativa en abril, solapándose por tanto con la producción de la provincia de Huelva y compitiendo con ella. Información aportada por RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L en contestación a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia.

<sup>10</sup> Así por ejemplo la denunciada distingue, en primer lugar, dentro del tipo *Southern Highbush* producida en Huelva, un elenco de variedades como, principalmente, la *Star*, la *Ventura*, la *Rocío* o la *Snowchaser*, si bien también se producen allí, en menor medida, las variedades *Windsor*, *Romero*, *Stella Blue*, *Emerald*, *Jewel* y *Legacy*, junto con otras variedades producidas en viveros tales como la *New Hanover*, *Alix Blue* o *Gupton*. En segundo lugar, dentro de las del tipo *Northern Highbush* del norte de España, cita las variedades más habituales como la *Duke*, *Aurora*, *Ochlockonee*, *Legacy*.etc. y por último cita las variedades de maduración otoñal como *Rabbiteye*, *Ochlockonee* y *Powderblue*.

<sup>11</sup> Informe AMI aportado por RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR en contestación a solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (folios 195 a 258, especialmente en folios 203, 220, 222, 230, 236 y 245).

## V. HECHOS DENUNCIADOS E INVESTIGADOS

La Universidad de Florida ha obtenido y desarrollado [20-30] variedades de arándanos, entre las que se encuentra la *Snowchaser*. Ostenta sobre ella derechos de propiedad industrial en los Estados Unidos de América y en otros países entre los que se incluye España (folios 189 a 194).

RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR tiene suscrito un contrato con FFSP -sociedad sin ánimo de lucro de apoyo directo a la Universidad de Florida- por el que se le otorga una licencia exclusiva para varios países, entre ellos España. En su virtud ostenta derechos exclusivos para cultivar, multiplicar vegetativamente, ofrecer en venta, vender, sub-licenciar, o de otro modo ofrecer para disponer o disponer de obtenciones vegetales para las variedades *Snowchaser* y *Jewel* de arándanos, en los territorios licenciados.

El 9 de febrero de 2015 la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (CPVO) notificó a RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR y a la Universidad de Florida la concesión de protección de las obtenciones vegetales para las citadas variedades en la Unión Europea.

RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR concedió a numerosas entidades sub-licencias para la explotación de material vegetal, entre otras, de la variedad *Snowchaser*. Estas sub-licencias confieren autorización para la producción y comercialización de la fruta procedente de las explotaciones recogidas en los respectivos certificados. La mayoría de las contratantes son sociedades cooperativas o sociedades agrarias de transformación que cuentan con multitud de socios agricultores. RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR firma acuerdos marco de concesión de sub-licencia de explotación con estas sociedades y acuerdos de explotación con cada uno de los socios de las mismas. En la actualidad existen [ 200-300] acuerdos de explotación vigentes. De estos [ 200-300] acuerdos, [100-200] se firmaron o actualizaron mediante adendas en 2016 por motivo de nuevas plantaciones o incremento de plantaciones existentes de la variedad *Snowchaser* (ver listado completo de acuerdos SNOWCHASER en folios 379 a 384).

RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR abrió un proceso colectivo excepcional de regularización destinado a todas aquellas cooperativas y agricultores que estuvieran explotando sin licencia la variedad *Snowchaser*, al objeto de suscribir un contrato de sub-licencia y regularizar las explotaciones.

La Asociación denunciante no se presentó al proceso colectivo de regularización, sino que solicitó la regularización individual una vez cerrado el proceso colectivo. RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR estudió la solicitud de la Asociación sobre la base de los parámetros aplicados a cualquier nuevo solicitante. Dicho estudio desveló falta de transparencia de la Asociación en cuanto a su actividad, fines, variedades cultivadas, licencias obtenidas y miembros asociados.

Además algunos miembros de la Asociación estaban explotando la variedad *Snowchaser* sin licencia (folios 189 a 194).

## **VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Competencia para resolver, objeto y propuesta de la DC**

Compete a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolver los procedimientos sancionadores aplicando la LDC “*en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”<sup>12</sup>.

La DC propuso a esta Sala en su informe la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, ya que considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC ya que no ha existido un concierto de voluntades entre operadores económicos independientes por lo que no es posible acreditar la existencia de un acuerdo contrario al artículo 1 de la LDC. Además no cabe deducir que la conducta de RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L. haya supuesto un abuso de posición de dominio dado que se basa en el ejercicio propio de sus derechos de licencia y carece de posición de dominio en el mercado por lo que tampoco concurren indicios racionales de infracción del artículo 2 de la LDC.

Esta Sala debe valorar si efectivamente procede acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones<sup>13</sup>.

### **TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia**

La LDC prohíbe todo acuerdo entre empresas que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (artículo 1) y la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional (artículo 2).

La Asociación denunciante considera que sus miembros habrían visto limitada su producción como consecuencia de la práctica colusoria del obtentor de la variedad vegetal *Snowchaser*, al incidir en una actitud impeditiva del cultivo de dicha planta y que el abuso llevado a cabo por la denunciada consistiría en “*la imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones*”

---

<sup>12</sup> Véanse los artículos 5.1.c) y 20. 2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

<sup>13</sup> El artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: “1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”.

*comerciales o de servicios no equitativos, así como la limitación de la producción, distribución o desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas y consumidores”.*

En primer lugar, debe descartarse la vulneración del **artículo 1 de la LDC** que, por un lado, exige el concierto de voluntades entre operadores económicos independientes y por otro, que dicho acuerdo tenga por objeto, produzca o pueda producir un efecto anticompetitivo en los mercados. Una conducta unilateral no puede ser subsumida en el citado tipo infractor por lo que tal infracción no cabe en el supuesto actual.

En segundo lugar, el artículo **2 de la LDC** prohíbe “*la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”, que podrá adoptar diversas formas, entre ellas las señaladas en el apartado 2 del mismo artículo (imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales, la limitación de la producción, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, etc.).

Así pues, para poder apreciar una infracción del artículo 2 de la LDC, se requiere, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia europea, que se cumplan de forma cumulativa dos requisitos: por un lado, que el infractor ostente una posición de dominio en el mercado relevante en el que desarrolla su actividad y, por otro, que haya incurrido en una explotación abusiva de esa posición de dominio<sup>14</sup>.

La posición de dominio se ha definido conforme al Derecho de la UE como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a esta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores<sup>15</sup>.

El Consejo de la CNMC, como los anteriores Tribunal de Defensa de la Competencia y Comisión Nacional de la Competencia, se ha pronunciado en este mismo sentido, estableciendo que “*una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo, poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera,*

---

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 Rec 4619/2011 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-418/01 IMS Health.

<sup>15</sup> Véase la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, Asunto: 27/76, United Brands Company y United Brands Continental /Comisión, apartado 65 y el Apartado 10 de la Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominante.

*ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”<sup>16</sup>.*

En la Comunicación de la Comisión Europea “Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (apartados 13 y 15) se señaló que *“las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado”* y *“la experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante”*.

No obstante, también señala la Comisión Europea que deben examinarse las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos. En este sentido, para analizar si realmente un operador se está comportando de manera independiente cabe estudiar tanto el punto de vista de la oferta (cuotas de mercado, restricciones de los competidores y competencia potencial) como de la demanda (poder de negociación y su elasticidad).

En el caso actual las cuotas de *Snowchaser* en España, tanto en valor económico como en volumen, se mantienen por debajo del 5% en el mercado de frutos rojos y en torno al 10% del mercado en valor y volumen en el de los arándanos. De estos datos, junto con el análisis del resto de factores como las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos, no puede deducirse la existencia de una posición de dominio. Visto que existen mas de [50-100] variedades de arándanos, RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR no puede comportarse de forma independiente de sus competidores en el mercado, por lo que no concurren los requisitos para considerar que dicha empresa se encuentra en una posición de dominio en el mercado en el que desarrolla su actividad.

El único mercado en el que podría la denunciada ostentar una posición de dominio sería en el hipotético mercado nacional de la variedad *Snowchaser*, pero dicha definición resulta excesivamente estrecha a la vista del carácter sustituible de un producto por otro, tanto del lado de la oferta como la demanda.

En cualquier caso para que exista infracción del artículo 2 de la LDC resulta necesaria la existencia del abuso, cuestión sobre la que tampoco existen indicios en la conducta denunciada.

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, Resolución TDC, de 10 de mayo de 1999 sobre el Expediente 344/98 Aluminios Navarra, Resolución TDC, de 7 de julio de 1999, sobre 441/98 Electra Avellana, Resolución TDC, de 30 de septiembre de 1999, sobre 362/99 Bacardí, Resolución de la CNC, de 22 de febrero de 2011, sobre Expediente S/0180/10 ArcelorMittal, y Resolución de la CNMC, de 21 de noviembre de 2017, sobre el Expediente S/DC/0580/16 Criadores de caballos 2.

RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR ostenta el derecho exclusivo para cultivar, multiplicar vegetativamente, ofrecer en venta, vender, sub-licenciar, o de otro modo ofrecer para disponer o disponer de las plantas de las variedades objeto de licencia, entre ellas la variedad *Snowchaser*, en los territorios licenciados.

De forma voluntaria, la denunciada abrió un proceso colectivo de regularización destinado a todas aquellas cooperativas y agricultores que estuvieran explotando sin licencia la variedad *Snowchaser*, al objeto de suscribir un contrato de sub-licencia y regularizar las explotaciones. La Asociación no se presentó al proceso colectivo de regularización y solicitó la regularización individual cerrado dicho proceso común. No puede deducirse de las razones acreditadas para la denegación existencia de abuso y no se ha acreditado discriminación o una finalidad exclusionaria basada en el establecimiento de condiciones no razonables o precios excesivamente altos.

Por ello debe considerarse que no concurren indicios racionales de infracción del artículo 2 de la LDC.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia, ha resuelto:

## **RESUELVE**

**ÚNICO.-** No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas en el expediente S/0022/19, ARÁNDANOS, como consecuencia de la denuncia presentada por la ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL SECTOR AGRÍCOLA ONUBENSE, contra el titular de la explotación comercial de la variedad vegetal de la especie arándanos *Snowchaser* RÚSTICAS DEL GUADALQUIVIR, S.L, por considerar que en este expediente no hay indicios suficientes de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.