

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0340/11, EL POZO)

CONSEJO:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 21 de junio de 2013.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0340/11, EL POZO tramitado por la Dirección de Investigación, a raíz de la denuncia presentada por D. XXX y D. XXX en nombre y representación de la sociedad mercantil Blanjime SL, contra la mercantil El Pozo SA (EL POZO) por presunta vulneración de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 29 de marzo de 2011 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia presentada por D. XXX y D. XXX en nombre y representación de la sociedad mercantil Blanjime SL, contra la mercantil El Pozo SA (EL POZO) por presunta vulneración de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (folios del 1 al 12).

En el escrito de denuncia se señala que EL POZO habría incurrido en prácticas prohibidas tales como la fijación/imposición de precios de reventa, tratando de imponer a los distribuidores/dispensadores finales de sus productos los precios de venta que pagaría el consumidor final (folios 6 y 7). Esta práctica se habría realizado imponiendo a los “delegados” ciertas formas de actuación comercial contrarias a las normas de competencia, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC (folio 6).

En concreto, habría promovido de modo sistemático a través de los delegados de ventas la fijación de los precios de reventa, tratando de imponer a los distribuidores el precio de venta final al público (folio 6).

Como elemento de prueba, entre otros, se adjunta un correo-circular de fecha 16 de julio de 2008 de D^a XXX, empleada de la División de Elaborados de EL POZO, transmitiendo un mensaje del responsable de cuentas de Alcampo, D. XXX, y enviado a todos los delegados de ventas y en el que se indica lo siguiente: *“Comunicaros que a partir de ahora y hasta nuevo aviso queda terminantemente prohibido hacer cualquier tipo de acción (KAM, Cabeceras, Destacados...) en cualquier producto de comida preparada que tenemos en Alcampo. Además aquel hipermercado que no respete el pvp de 4,95 € del Pollo Asado Mesana, se le debe de dejar de servir inmediatamente”*, (folio 45).

Los denunciantes explican que la imposición de precios de reventa se efectuaba manteniendo un precio ajustado a los objetivos de rentabilidad, aprovechándose del prestigio de su marca. Textualmente el denunciante señala: *“EL POZO ALIMENTACIÓN SA, exigiendo a sus delegaciones la imposición por éstas a los dispensadores finales del establecimiento de unos determinados precios de venta al consumidor final, se garantiza una política uniforme de precios, sin que la misma sufra distorsiones entre las ventas operadas a través de delegación y las efectuadas directamente al dispensador final por el propio fabricante”* (folio 7).

Igualmente, entre la documentación aportada por los denunciantes obra en el expediente una circular de fecha 27 de abril de 2006, en la que, bajo el epígrafe de “precios mínimos”, el Jefe Nacional de Grandes Cuentas de EL POZO hace a los delegados de ventas un recordatorio de la obligación de que los precios mínimos recomendados estén en todas las referencias y clientes, y *“que no se va a permitir bajo ningún concepto que se continúe sin control ni información la gestión de los precios en cada uno de los clientes, con lo que espera que se pongan todos los medios necesarios al alcance de los delegados para abordar ese cáncer”* (folios del 29 al 31).

Los denunciantes señalan que estas prácticas de EL POZO estarían destinadas a eliminar a un competidor, la Delegación de Ávila (denunciante), propiciando su desaparición. Estas acciones son consideradas por los denunciantes como un abuso de posición de dominio del que gozaría EL POZO contrario al artículo 2 de la LDC (folio 6).

Las otras acciones de EL POZO tendentes a la eliminación de un competidor, serían, conforme a lo señalado por los denunciantes en su escrito: i) imposición a la misma (Delegación de Ávila) de unos precios de comercialización a sus clientes significativamente excesivos, mientras ofrece a clientes de zonas limítrofes unas condiciones económicas más favorables, y ii) vulneración del pacto de exclusividad territorial.

Los denunciantes asimismo atribuyen a EL POZO haber incurrido en prácticas prohibidas en el artículo 3 de la LDC (folio 6), sin detallar en el escrito de

denuncia en qué consistiría la práctica reputada como desleal que hubiese llevado a cabo EL POZO (folio 6).

- 2.- Con fecha 30 de junio de 2011, la DI remitió a los denunciantes escrito de solicitud de subsanación de la denuncia para que la misma reuniese los requisitos establecidos en el artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), percibiéndoles con que si no se subsanaba, la denuncia sería archivada sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/92 y todo ello sin perjuicio de que la DI pudiera continuar, en su caso, las actuaciones de oficio (folio 306).

No habiéndose recibido en la CNC respuesta a dicha solicitud de subsanación, la DI, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.3 del RDC, tomó por desistidos a los denunciantes.

- 3.- De conformidad con el artículo 25.4 del RDC, la DI decidió realizar de oficio la investigación de posibles acuerdos anticompetitivos consistentes en la fijación del precio de reventa por parte de EL POZO contrarios al artículo 1 de la LDC, a la vista fundamentalmente del contenido del correo electrónico de 16 de julio de 2008 presentado como parte de la denuncia (folio 45).

En este sentido, la DI, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, inició de oficio, la información reservada S/340/11 con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

- 4.- Con fecha 29 de septiembre de 2011, la DI remitió a la mercantil EL POZO solicitud de información, requiriéndole: i) explicación de su estructura de distribución para comercializar sus productos, ii) estimación de su cuota de mercado y la de sus competidores, iii) relación de comunicaciones y circulares que se hubiesen podido enviar a los delegados comerciales sobre políticas de precios del periodo comprendido entre 2006 y 2011, y iv) relación de precios mínimos recomendados de los productos de EL POZO igualmente en el periodo 2006 a 2011. Se recibió respuesta en cumplimiento de este requerimiento con fecha 3 de octubre de 2011 (folios del 312 al 315 y del 319 al 331).
- 5.- Con fecha 29 de septiembre de 2011, la DI remitió a la mercantil ALCAMPO solicitud de información, requiriéndole: i) relación de los principales proveedores de productos cárnicos similares a los que comercializa EL POZO, así como la cuota de ventas de sus productos, ii) copia de cartas o comunicaciones que EL POZO hubiese remitido a ALCAMPO en los últimos cinco años sobre estrategias de ventas de sus productos y de precios mínimos de venta de los mismos, iii) cualquier comunicación sobre interrupciones de suministro de producto o de acciones de promoción por parte de EL POZO en relación con las políticas de precios de ALCAMPO sobre sus productos. Con fecha 11 de octubre de 2011 se recibió respuesta en cumplimiento de este

requerimiento (folios del 308 al 310 y del 342 al 372).

- 6.- Con fecha 19 de octubre de 2011, la DI remitió nueva solicitud de información a EL POZO, requiriéndole que aclarase el contenido del correo electrónico citado en el párrafo 3, sus destinatarios y el alcance del mismo, recibándose respuesta al mismo con fecha 2 de noviembre de 2011 (folios de 373 al 382).
- 7.- Con fecha 22 de noviembre de 2011, la DI remitió solicitud de información a las empresas de distribución minorista El Corte Inglés, Mercadona y Carrefour, requiriéndoles (folios del 383 al 393): i) la relación de los principales proveedores de los productos cárnicos similares a los que comercializa EL POZO en venta en los establecimientos de estos distribuidores comerciales en toda España (incluidos los de marca propia de distribuidor) en los últimos 5 años, indicando la estimación del porcentaje de ventas y de compras que podrían representar los productos de EL POZO en el total de la oferta de estos productos tanto en el segmento de carne fresca como en el de elaborados cárnicos, ii) copia de cartas o comunicaciones que la mercantil EL POZO hubiese remitido a estos distribuidores comerciales directamente o a través de sus agentes o delegados comerciales en los últimos 5 años en relación con la estrategia de precios de sus productos y precios mínimos de venta de los mismos, y iii) cualquier comunicación/alegación/comentario sobre interrupciones de suministro de actuaciones de promoción que hubiera podido haber por parte de EL POZO por discrepancias con la política de precios de venta de estos distribuidores comerciales. Con fecha 5 de diciembre de 2011 se recibieron las respuestas a dichos requerimientos (folios del 413 al 429, 431, 432, y del 434 al 437).
- 8.- Con fecha 23 de noviembre de 2011 tuvo entrada escrito de aclaraciones de la representación legal de EL POZO sobre su contestación a la segunda solicitud de información, y en el que se aportan tablas de seguimiento de precios de venta al público del pollo Mesana en las principales cadenas de distribución comercial (folios del 395 al 403).
- 9.- Con fecha 16 de abril de 2012, la DI elevó al Consejo Informe y Propuesta de no incoación de expediente sancionador, así como el archivo de las actuaciones en base al artículo 49.3 de la LDC por considerar que no existían indicios de infracción del artículo 1 de la LDC.

De acuerdo con la información contenida en esta Propuesta de Archivo:

9.1.- EL POZO S.A. es una empresa, con domicilio social en Alhama de Murcia (Murcia), dedicada a la fabricación de derivados cárnicos, frescos, curados o procesados mediante calor, como jamón cocido, jamón serrano, embutidos y salchichas. La cifra de negocios del grupo ascendió a los 662 millones de euros en 2010 (Fuente: Dossier Corporativo 2011 / El Pozo Alimentación.)

Tiene organizada su red comercial mediante dos áreas de negocio: i) la de productos elaborados y ii) la de carnes frescas (folio 321).

Para la distribución de los productos de las dos áreas de negocio antes citadas, EL POZO dispone de una red comercial propia formada por: i) XXX, y ii) XXX. Estos terceros que actuarían por cuenta de EL POZO podrían dividirse en dos categorías: i) XXX y ii) delegados de ventas (folio 319 al 327).

Los delegados de ventas están vinculados a EL POZO mediante un contrato atípico, similar al de un gerente profesional no laboral, a través del cual la empresa les asigna determinados recursos para que, a cambio de una retribución en forma de comisiones, realicen por cuenta y en nombre de EL POZO la organización y gestión de un almacén logístico, el reparto de los productos a los clientes, así como labores promocionales y de gestión de cobro. Los delegados de ventas gozan de libertad organizativa, pero están sujetos a las instrucciones y criterios comerciales y estratégicos de EL POZO, entre los que se encuentra la XXX (folio 320).

EL POZO atiende directamente con su propio equipo comercial la gestión de las grandes cuentas (centrales de compras centralizadas) y la distribución del canal HORECA, lo que supone el 60% de las ventas de este fabricante, mientras que los profesionales autónomos contratados (agentes y delegados de ventas) atienden al comercio tradicional y pequeños distribuidores (folio 322).

9.2.- ALCAMPO es la filial de hipermercados del grupo de distribución minorista Auchan, que está presente también en el mercado español a través de la cadena de supermercados Sabeco y Simply Market, la promotora inmobiliaria Immochan, la cadena de material deportivo Decathlon y la financiera Accordfin. (Fuente: Informe de Responsabilidad Social Corporativa 2010 y página web www.alcampo.es). Dispone en España de una red de 52 hipermercados y 27 gasolineras. La cifra de negocios alcanzada en 2010 ascendió a los 3.700 millones de euros.

9.3.- Blanjime SL es una sociedad de la que son socios los co-denunciantes, D. XXX y D. XXX, y cuyo objeto social es la compraventa, distribución, al por mayor y al por menor, de toda clase de productos alimenticios (folio 3).

Los co-denunciantes (y socios de Blanjime SL) y EL POZO mantenían una relación contractual en calidad de gestores de “delegación comercial” para la distribución de los productos cárnicos de EL POZO, con la excepción de la carne fresca, en las provincias de Ávila, Segovia, Salamanca, la localidad de Talavera de la Reina y diversos municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid. (Los denunciante señalan en su escrito de denuncia que el contrato estaba aún en vigor a fecha de 23 de marzo de 2011 (folio 2), sin que la otra parte contratante haya mencionado que el contrato hubiese terminado).

9.4.- La DI hace la siguiente descripción del mercado en el que se desarrolla las conductas denunciadas:

En numerosos precedentes comunitarios la Comisión Europea ha venido considerando la existencia de mercados de producto diferentes para carne procesada/elaborada de aves, para carne procesada/elaborada de vacuno y

para carne procesada/elaborada de porcino, y que estos mercados eran distintos de los de carnes frescas (COMP/M.3401 Danish Crown/Flagshio Foods; COMP/M.5705 Marfrig Alimentos/Seara y COMP/M.3337 Best Agrifund/Nordfleisch).

Las autoridades españolas de competencia, en los casos C-0043/08 FUERTES/CARREFOUR y N/4007 PROINSEGA/CÁRNICAS REVILLA, sólo han definido el mercado de producto en el segmento de carnes frescas, sin que se haya dado ningún caso nacional en el que se hayan definido mercados de productos cárnicos elaborados. (Expedientes nacionales C-0043/08 FUERTES/CARREFOUR y N/4007 PROINSEGA/CÁRNICAS REVILLA.)

La Comisión no ha tomado ninguna decisión definitiva sobre una posible segmentación entre carne fresca y carne congelada, siendo su criterio el de no considerar diferentes mercados de producto, al ser su elasticidad cruzada bastante alta. (COMP/M. 3337 Best Agrifund/Nordfleisch).

La propia organización comercial de EL POZO, dividida, por un lado, en el departamento de productos elaborados y, por el otro, en el de carne fresca, refleja la distinta naturaleza de los productos elaborados frente a los productos cárnicos de fresco (folio 321 y 322).

La Comisión ha tenido en cuenta segmentaciones posteriores atendiendo al tipo de cliente y forma de venta de estos productos (venta minorista en cadenas de alimentación y empresas de catering) o al tipo de producto (productos curados, carne procesada para tomar en frío, salchichas cocidas, pates y pasteles y platos listos para consumir), pero sin llegar a conclusiones definitivas.

EL POZO, a este respecto, menciona entre los clientes a los que suministra sus productos no sólo cadenas de distribución comercial (canal alimentación convencional), sino también empresas de catering y hostelería dentro del canal HORECA (folio 321).

En todo caso, el mercado de producto en el que se habrían cometido las prácticas denunciadas sería el de preparados cárnicos elaborados a partir de la carne de varias especies animales y distribuidos en el canal alimentación.

Por lo que respecta a la cuota de EL POZO en el mercado nacional de elaborados cárnicos, la cifra aportada por los denunciantes fue en 2010 del [0%-10%], mientras que la propia compañía aporta para el mismo año la cifra del [0%-10%], según referencias de la consultora Nielsen. En cualquier caso, se trataría de una cuota de mercado inferior al [0%-10%] (folio 327).

Las cuotas en el mercado español de elaborados cárnicos en los ejercicios 2010/2011 de EL POZO y sus principales competidores, fueron, según la consultora Nielsen, las que se señalan a continuación:

Tabla 1. CUOTAS DE MERCADO DE CARNE ELABORADA EN ESPAÑA		
EMPRESA/MARCA	2010	2011
GRUPO CAMPOFRÍO	[10%-20%]	[10%-20%]

EL POZO	[0%-10%]	[0%10%]
HESPERIA	[0%-10%]	[0%-10%]
MARCA BLANCA/DISTRIBUIDOR	[30%-40%]	[40%-50%]
RESTO MARCAS FABRICANTES	[30%-40%]	[30%-40%]

Fuente: AC Nielsen

EL POZO aporta cuotas de ventas en otros segmentos de mercado, un [0%-10%] en el mercado nacional de procesado cárnico de porcino y un [10%-20%] en el mercado nacional de procesados cárnicos de aves, mientras que, conforme a sus estimaciones propias, en el mercado nacional de carne fresca de porcino su cuota ascendería a un [0%-10%] y a un [0%-10%] el de carne fresca de vacuno (folio 399).

Por lo que respecta a las cuotas de ventas de productos de EL POZO de las principales cadenas de distribución, éstas serían las que se recogen en el cuadro siguiente:

Tabla 2. Cuota de ventas de productos de El Pozo en segmento "Charcutería" (Carnes procesadas) 2010 de las principales cadenas de distribución comercial en España	
Carrefour	[10%-20%]
ALCAMPO	[0%-10%]
El Corte Inglés	[0%-10%]
Mercadona	[0%-10%]

Fuente: Datos aportados por las propias cadenas de Distribución Comercial

Tabla 3. Cuota de ventas de productos de El Pozo en segmento "Carnicería" (Carnes frescas) 2010 de las principales cadenas de distribución comercial en España	
Carrefour	[10%-20%]
ALCAMPO	[0%-10%]
El Corte Inglés	[10%-20%]
Mercadona	[0%-10%]

Fuente: Datos aportados por las propias cadenas de Distribución Comercial

En todos los precedentes comunitarios se ha venido dejando abierta la definición de mercado geográfico, sin delimitar su ámbito como nacional o comunitario.

No obstante, se ha considerado la posibilidad de que la dimensión geográfica de este mercado pueda ser de, al menos, ámbito comunitario, ya que se producen: i) importantes intercambios comerciales a nivel comunitario tanto para efectuar ventas de productos terminados como aprovisionamiento de materia prima, y ii) mejoras y mayor eficiencia en la cadena de almacenamiento y conservación de estos productos.

La Comisión Europea ha señalado a este respecto, matizando la posible dimensión geográfica comunitaria, que: i) existe un flujo comercial importante de productos de carnes procesadas dentro del Espacio Económico Europeo (EEE) y también a nivel mundial, ii) muchos de los productos de carnes procesadas que se pueden encontrar en supermercados y restaurantes provienen de países no comunitarios, y iii) la gran distribución comercial en Europa se aprovisiona de estos productos en muchos casos en países de fuera del EEE (Expediente Comunitario COMP/M.5933 - MARFRIG/KEYSTONE).

9.5.- A la vista de los hechos denunciados, y especialmente en lo que concierne al contenido del correo electrónico aportado en la denuncia, la DI procede al análisis de la existencia de posibles prácticas contrarias al artículo 1 de la LDC por parte de EL POZO.

Así, señala que el artículo 1 de la LDC prohíbe todo *“acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”*.

Tiene en cuenta el Reglamento 330/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en el apartado a) de su artículo 4, (en el momento en el que tuvo lugar la supuesta infracción la norma en vigor era el Reglamento (CE) nº 1215/1999, del Consejo, de 10 de junio de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, que también excluía de la exención la fijación de los precios de reventa) retira el beneficio de la exención por categorías a los acuerdos verticales que tengan por objeto *“la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”*. Por ello, la DI procede a analizar la posible existencia de i) acuerdos de fijación del precio de reventa entre EL POZO y los delegados de ventas, y ii) acuerdos de fijación del precio de reventa entre EL POZO y la distribución final.

En cuanto a la relación entre EL POZO y sus delegados de ventas, las Directrices relativas a las restricciones verticales, de la Comisión Europea (C/130/01/2010) (antes, las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (2000/C 291/01), de 13 de octubre de 2000), señalan que el factor determinante para la definición de un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación, o exclusión, del artículo 101 del TFUE, es el riesgo financiero o comercial que el agente asume siendo tres los tipos de riesgos comercial o financiero que pueden determinar el carácter genuino de un acuerdo de

agencia: i) riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos entre el agente y el principal, como es el de la financiación de existencias, ii) riesgos derivados de inversiones necesarias para el desarrollo de la actividad del agente, y iii) riesgos relacionados con otras actividades realizadas por su propia cuenta en el mismo mercado de producto. Se considerará, por tanto, como acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101.1 TFUE, a aquél en el que el agente no asume ningún riesgo (o un riesgo insignificante) de los antes señalados (párrafo 16 de las Directrices) y si el agente incurre en riesgos específicos del contrato, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente (párrafo 17).

Sentado lo anterior, la DI analiza las relaciones de EL POZO y los delegados de ventas que vienen recogidas en sus obligaciones contractuales. De la lectura del contrato de delegados de ventas, que fue aportado por los propios denunciados (folios del 18 al 28), se deduce que no existe una asunción de riesgos significativos por parte de los delegados de ventas. De esta manera la DI concluye que la figura del delegado de venta en este caso concreto cumple, pues, los requisitos fijados en las directrices relativas a acuerdos verticales y se asimila a la figura del agente a efectos de la aplicación del artículo 1 de la LDC, ya que: i) no contribuye a la adquisición de los bienes que distribuye, y se dedica fundamentalmente a su transporte (funciones logísticas), ii) tiene la custodia de las mercancías que distribuye, pero no su propiedad (que sigue a disposición del principal), iii) recibe del principal equipo e instalaciones para la realización de sus tareas, iv) no revende producto, sino que gestiona ventas por las que obtiene el pago de una comisiones establecidas previamente, y, por tanto, v) no parece asumir ningún riesgo comercial y financiero.

La segunda cuestión que analiza la DI es la existencia de acuerdos de fijación del precio de reventa entre EL POZO y la distribución final. Concretamente, se procede a valorar el correo electrónico enviado el 16 de julio de 2008 por una empleada administrativa de la División de Elaborados de EL POZO y dirigido a los delegados de ventas, en el que se insiste en la necesidad de que se acepte un precio determinado de venta al público para uno de sus productos, el pollo “Mesana”, así como en interrumpir actuaciones promocionales con la cadena de supermercados/hipermercados ALCAMPO, podrían deducirse indicios de la existencia de un acuerdo de fijación de precios de reventa entre EL POZO y ALCAMPO. En concreto, en el mencionado correo se afirma lo siguiente: *“Además aquel hipermercado que no respete el pvp de 4,95 € del Pollo Asado Mesana, se le debe de dejar de servir inmediatamente”*.

En este sentido, EL POZO ha manifestado que *“En cuanto a los precios, la tarifa es la misma para todo el territorio nacional. Sin embargo, el sistema permite variaciones del precio dentro de unos márgenes. De igual forma, El POZO aplica el mismo criterio a todas las zonas de venta, para determinar el precio óptimo, así como el límite de la autorización, independientemente del sujeto comercial que opere en la zona”* (folio 326).

También explica EL POZO, en relación al mencionado correo electrónico, que los destinatarios del mismo eran miembros de la red comercial de EL POZO, que simultáneamente se dedicaban a la gestión de puntos de venta de los productos de venta en determinados establecimientos y que no hubo ninguna respuesta a este correo por parte de sus destinatarios, y tampoco queda acreditado que hubiera aceptación de los precios que se pretendían exigir (folio 380). Añade EL POZO que: *“El pollo Mesana era un producto de la línea de preparados que EL POZO comenzó a comercializar en julio de 2003 y que, dado su poco éxito comercial, tuvo un insignificante volumen de ventas (por debajo del [0%-10%] de las ventas totales en España). El envío del correo [...] no afectó nunca a la práctica sistemática de EL POZO de suministrar pollo Mesana a todas las cadenas de alimentación interesadas en la compra del mismo al precio acordado con EL POZO, con independencia del pvp que posteriormente fijara cada una de ellas. Prueba de lo anterior es que el mencionado pvp variaba en función de cada distribuidor”* (folio 380).

Asimismo expone que *“En el año 2008, se produjo un incremento de los costes de producción, por lo que mi representada se vio obligada a repercutir dicho aumento en el precio de venta a sus distribuidores (en adelante, precio de cesión). Evidentemente, dicho incremento incidía de forma directa en el precio de referencia, que todas las grandes superficies (y, entre ellas, Alcampo) solicitan a mi mandante como parámetro general para posicionar el producto en el mercado. Precio de referencia que sólo se comunica a los grandes distribuidores y, en ningún caso, puede considerarse precio mínimo, tal y como se explicará más adelante”* (folio 397).

EL POZO viene a destacar que *“el precio de 4,95€ (precio de 2008) que se menciona en el correo es un precio de referencia y no un precio de venta al público, a pesar de los términos empleados en el correo por un empleado sin cualificación comercial y que, por lo tanto, desconocía las diferencias existentes entre ambos términos”,* y manifiesta que en ningún caso interrumpió el suministro de ningún producto a sus distribuidores por no seguir el precio de referencia. Todo ello, añade, *“a pesar de las presiones que, en ocasiones, recibió de algunos de ellos cuando, como consecuencia de revender el producto a un precio aproximado al de referencia, no obtenían la rentabilidad esperada, debido a que -según ellos- los precios practicados por algunos de sus competidores, que se apartaban en mayor medida del referido”* (folio 397).

Más concretamente, en cuanto al incidente con ALCAMPO, que se menciona expresamente en el correo electrónico, EL POZO aporta explicaciones adicionales. Según EL POZO, éste se originó por las discrepancias con esta cadena de hipermercados sobre el nuevo precio de cesión (y no del pvp recomendado) del pollo “Mesana”. La falta de acuerdo sobre dicho precio de cesión llevó a un cese de suministro desde el mes de agosto de 2008 hasta enero de 2009, momento en que ambas partes llegaron a nuevo acuerdo sobre el precio de cesión, reanudándose el suministro con total normalidad

(folios 397 y 398).

EL POZO clarifica que por “precio de cesión” entiende aquél al que vende sus productos a los distribuidores, diferenciándolo del precio recomendado, que es el precio de referencia de venta al público que, a petición de los distribuidores, les ayuda a éstos a saber dónde posicionar cada producto comercializado en el mercado (folio 398). De hecho, en otro correo electrónico, aunque de 2006 (folios 29 a 31), sí se hace referencia de forma expresa al precio mínimo recomendado. Por otro, señala que la reiterada doctrina consolidada del fuerte poder de mercado y de negociación de la gran distribución comercial, para descartar cualquier posibilidad de ejercer algún tipo de poder de negociación sobre la misma, y en concreto sobre ALCAMPO, aduciendo las siguientes razones: i) facilidad de cambiar de proveedor de las cadenas de distribución, ii) grado de dependencia relativa de EL POZO con respecto a la gran distribución comercial, al representar ésta cerca del [50%-60%] de las ventas de marca propia realizadas en el canal alimentación, y iii) fuerte penetración de las marcas blancas o marcas del distribuidor, que suponen una alternativa consolidada a las marcas de fabricante (folio 340).

La DI añade además que en la descripción del mercado se ha reflejado que la cuota de ventas de los productos de EL POZO, siendo importante, no es especialmente significativa en la mayoría de los grandes distribuidores requeridos por la DI (ALCAMPO, Carrefour, El Corte Inglés y Mercadona). Se hace referencia a la tabla de precios del pollo “Mesana” elaborado por la consultora Mercadinámica (Consultora española dedicada a la observación, chequeo y auditoría del punto de venta, folletos y tiendas virtuales), y aportada por EL POZO, desde el año de lanzamiento del producto en 2003 hasta su retirada del mercado en 2010, debido a su escaso éxito comercial, y donde se observa que ALCAMPO ha ofrecido precios por ese producto inferiores a la media de su sector (hipermercados) y de alguno de sus competidores, e inferior, en el caso de Alcampo, a los 4,95€ en la fecha en que se envió el correo electrónico.

(11) Tabla 4. PVPs MEDIOS POR CADENA DE POLLO ASADO MESANA				
AÑO	HIPERMERCADO	SUPERMERCADO	ALCAMPO	CARREFOUR
2007	[...]€	[...]€	[...]€	-
2008	[...]€	[...]€	[...]€	[...]€
2009	[...]€	[...]€	[...]€	[...]€
2010	[...]€	[...]€	[...]€	[...]€

Fuente: Mercadinámica.

También destaca la DI lo manifestado por ALCAMPO que declara que “en las comunicaciones El POZO-Alcampo no se hace referencia a la obligatoriedad de fijar un p.v.p por parte de Alcampo para que exista suministro de El POZO. En ocasiones se hacen recomendaciones de p.v.p por parte del fabricante,

que se siguen o no, dependiendo del criterio comercial de Alcampo". Y, asimismo reconoce que no le consta que hubiese interrupciones de suministro por parte de El POZO y que la tasa de servicio de El POZO en 2010 fue superior al [...] (folio 343). A su vez, ALCAMPO aporta diversas tablas de planes promocionales en las que prueba que en numerosas ocasiones, como parte de su política de ventas, se ha desviado de los precios de venta al público recomendados por sus proveedores, por lo que no parece se haya podido producir, en el caso de este distribuidor minorista, ninguna conducta coordinada ni de aceptación de un precio mínimo de reventa fijado por El POZO u otros proveedores de productos similares (folios del 366 al 372).

Por todo ello, la DI declara que ni ha quedado acreditado que ALCAMPO aceptase la fijación de ese precio (en caso de que se tratara efectivamente de un precio de reventa) ni se desprende de la información recabada que EL POZO hubiese adoptado medidas de represalia contra ALCAMPO por no poner en práctica esa posible imposición. A este respecto señala la DI que el marco doctrinal aplicable que se deriva de las sentencias del caso ADALAT (Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000, Bayer AG vs. Comisión, Adalat, Asunto T-41/96) que estableció que no existe acuerdo en "algo que tan sólo es la expresión de una política unilateral *de una de las partes contratantes*" y que el mero hecho de que una medida adoptada por un fabricante se encuadre en las relaciones contractuales entre éste y sus mayoristas no basta para declarar la existencia de dicho acuerdo. Asimismo, consideró que sí hay acuerdo cuando *"las prácticas y las medidas restrictivas de la competencia que, aun habiendo sido adoptadas de forma aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores, cuentan sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos"*. El Tribunal de Justicia (Sentencia de 6 de enero de 2004, Adalat, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P), que confirmó la sentencia del TPI, añade que para que un acuerdo en el sentido del antiguo artículo 85, apartado 1, del Tratado pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, *"es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo"*. Es decir, un acuerdo de este tipo, como es la expresión de una política unilateral, no puede realizarse sin el apoyo y ayuda de otros. Por tanto, el concepto de 'acuerdo' anticompetitivo a los efectos de las normas comunitarias requiere la existencia de una verdadera 'concurrentia o acuerdo de voluntades' entre empresas para colaborar, siendo irrelevante la manera en la que se expresen dichas voluntades.

En este sentido, la DI analiza las contestaciones a los requerimientos de información realizados a algunos de los distribuidores comerciales más representativos que operan en España (Corte Inglés, Carrefour y Mercadona), con el fin de comprobar si la supuesta imposición de precio de venta al público del pollo "Mesana" por parte de El POZO había contado con la colaboración activa o aquiescencia tácita de la gran distribución comercial.

Carrefour señala que no recibió, en ningún momento durante los últimos cinco años, ninguna comunicación, escrito o incidencia de EL POZO sobre la estrategia de precios de reventa que debía aplicar en sus establecimientos (folio 434). Igualmente proporciona su relación de proveedores de preparados cárnicos, incluyendo la cuota de compras y ventas que representan los productos de EL POZO, que se situó en 2010 en el [10%-20%] y el [10%-20%] respectivamente en la sección de productos de libre servicio, y de un [10%-20%] y un [10%-20%] en sección de charcutería. Por lo que respecta a la carne fresca, la participación de EL POZO sobre el total de compras y ventas de Carrefour fue en 2010 del [10%-20%] y del [10%-20%] respectivamente (folios 436 y 437).

Mercadona, por su parte, sólo tiene a EL POZO como proveedor de referencia en su categoría de “fiambres curados”, con un [0%-10%] del porcentaje total de ventas en dicha categoría (folio 415). También aclara que no ha recibido de EL POZO ningún tipo de comunicación en relación con la estrategia de precios de sus productos, y aporta pruebas de que en numerosas ocasiones se ha desviado de la política comercial y de precios recomendados de EL POZO, atendiendo sus propios criterios y estrategias (folio 417). Asimismo, aporta una serie de correos como prueba de estrategia independiente de precios en su relación con EL POZO (folio 419).

El Corte Inglés confirma que EL POZO es uno de sus proveedores destacados tan sólo en la categoría de “charcutería” (carnes procesadas), con cuotas de venta de un [0%-10%] en la categoría “charcutería”, un [10%-20%] en la categoría “carne fresca”, y un [10%-20%] en la categoría “refrigerados autos” (folio 432). Igualmente indica que nunca recibió durante los últimos cinco años comunicaciones o indicaciones de EL POZO sobre imposición de precios de reventa de ninguno de sus productos, ni interrupciones de suministro o de actuaciones de promoción comercial de los mismos (folio 431).

Finalmente, la DI alcanza las siguientes conclusiones que le llevan a proponer al Consejo la no incoación del expediente sancionador y el archivo de las actuaciones llevadas a cabo:

- *“En lo que respecta al correo electrónico de EL POZO a sus delegados de 16 de julio de 2008, EL POZO señala que el término “pvp” del pollo “Mesana” fue una imprecisión terminológica y que hacía referencia en realidad a “precio de referencia” y que no hubo en ningún caso una fijación del precio de venta al público (folio 397).*
- *En todo caso, de la información obrante en el expediente, no queda acreditada una posible aquiescencia de los distribuidores con las pretensiones de un supuesto precio mínimo de venta de EL POZO ni una actitud cooperativa con ello, elementos necesarios para declarar la existencia de infracción, en línea con lo señalado por la doctrina ADALAT.*

Así, de la información aportada por la gran distribución comercial consultada se concluye que no existen indicios ni evidencias de la imposición por EL POZO de un precio mínimo de venta, habiéndose seguido en numerosas ocasiones una estrategia de precios distinta de la recomendada por el fabricante. De hecho, ya se ha mencionado que incluso en 2008 el precio del pollo Mesana en ALCAMPO fue inferior a los 4,95 euros señalados en el correo electrónico.

- *Además, resulta poco probable que EL POZO pudiera fijar un precio de reventa a ALCAMPO o a otro grupo de la gran distribución comercial dado el elevado poder de negociación de la misma y la cuota de EL POZO en las ventas de las mismas, que es inferior al [10%-20%] en las diversas categorías de productos cárnicos elaborados, y menos todavía en relación con el pollo “Mesana”, que el propio EL POZO reconoce no tuvo apenas éxito comercial y, por ello, fue retirado del mercado.”*

10.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 12 de junio de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que, *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”.*

Por otro lado, el artículo 27.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, estipula que, *“Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia 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 le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.”*

En este expediente la DI, sobre la base de los preceptos citados, propone al Consejo la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas en el expediente S/0340/11, EL POZO, por no apreciar en la fase de información reservada indicios de infracción de la mencionada Ley en los hechos analizados.

Por lo tanto, el objeto de esta Resolución es determinar si, a la vista de la información disponible de la fase de información reservada, la propuesta elevada a este Consejo por el órgano de instrucción es conforme a Derecho.

SEGUNDO.- A la vista del contenido de la denuncia, de la información obrante en el expediente de referencia y del análisis de los hechos realizado, este Consejo comparte la propuesta de la DI por la que no se aprecian indicios racionales de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Concretamente, es objeto de análisis en la presente Resolución determinar si tal y como se recoge en los hechos denunciados EL POZO ha llevado una política comercial consistente en la fijación de precios fijos de reventa a ALCAMPO o a otro grupo de la gran distribución comercial, como se podría deducir del contenido del correo-circular de fecha 16 de julio de 2008 enviado a ALCAMPO y a los delegados de ventas de EL POZO (Hecho denunciado 24).

En este sentido cabe recordar que en virtud del artículo 1.1 de la LDC:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”

En efecto, la fijación de precios por el fabricante al distribuidor puede constituir una conducta prohibida por el citado precepto. Ahora bien, una vez analizada toda la información obrante en el expediente y las actuaciones llevadas a cabo por la DI, el Consejo considera que no existen indicios de que EL POZO haya impuesto a sus delegados de ventas ni al distribuidor final los precios de venta al público.

Como ha valorado la DI, de la lectura de las obligaciones contractuales suscritas entre EL POZO y sus delegados de ventas (según los contratos aportados por los co-denunciantes, folios 18-28), no se deduce la asunción de riesgos significativos por parte de éstos últimos, por lo que se cumplen los requisitos establecidos en las directrices relativas a acuerdos verticales (C/130/01/2010) para asimilarlos a la figura del agente genuino y, en consecuencia, son operadores excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, y, por ende, del artículo 1 de la LDC, al carecer de la bilateralidad de voluntades económicamente autónomas exigida por dichos preceptos.

Tampoco existen indicios de que EL POZO haya impuesto a las grandes cadenas de distribución, entre las que se incluye ALCAMPO, los precios de venta al público. Es más, la propia ALCAMPO ha declarado que nunca ha sufrido ningún tipo de incidente con EL POZO. Asimismo, niega que EL POZO haya fijado sus precios de venta al público, aunque reconoce que en ocasiones se hacen recomendaciones. En todo caso, de las contestaciones de las grandes cadenas de distribución consultadas se deduce que, aunque por parte del fabricante se recomendaban precios éstos no son mínimos y no se corresponden con el precio de reventa al público.

Por otro lado, como destaca la DI en su Informe, de la información disponible no se puede deducir que EL POZO tenga una posición en el mercado tal que le permita adoptar la conducta denunciada dado el fuerte poder de mercado y de negociación que ostentan las grandes cadenas de distribución minorista en España.

En definitiva, este Consejo concluye que en el presente expediente no concurren los presupuestos necesarios para considerar que la evidencia recabada en la información reservada realizada por la DI justifique la incoación de un procedimiento sancionador.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio,

RESUELVE

ÚNICO.- De conformidad con el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas seguidas con el número S/0340/11, El POZO, por considerar que no hay indicios de infracción de la misma Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la denunciada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.