

## **RESOLUCIÓN (Expte. 612/06, Aceites 2)**

### **Pleno**

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
E. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
Dña. M<sup>a</sup> Jesús González López, Vocal  
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 21 de junio de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Sr. D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 612/06, incoado contra las empresas SOS Cuétara S.A., Centros Comerciales Carrefour S.A., Caprabo S.A., Alcampo S.A., Erosmer Ibérica S.A., Mercadona S.A., Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIASA), Grupo El Árbol, Distribución y Supermercados S.A. y El Corte Inglés S.A. por presuntas prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- El 25 de abril de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia incoó expediente sancionador contra las empresas SOS Cuétara S.A., Centros Comerciales Carrefour S.A., Caprabo S.A., Alcampo S.A., Erosmer Ibérica S.A., Mercadona S.A., Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIASA), Grupo El Árbol, Distribución y Supermercados S.A. y El Corte Inglés S.A. por presuntas prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en relación con la existencia de posibles acuerdos para fijar los precios mínimos de venta al público de las marcas de aceite Carbonell 0,4 y Koipesol.

2.- El Servicio, tras solicitar su conformidad a las partes interesadas, procedió a incorporar al expediente la documentación procedente del expediente

583/04, que había sido tramitado por los mismos hechos y archivado por el Tribunal de Defensa de la Competencia por haber incurrido en caducidad en la precedente fase de instrucción. Una vez practicadas las investigaciones que estimó conveniente, el Servicio dictó Pliego de Concreción de Hechos el día 10 de mayo de 2006.

3.- En dicho Pliego el Servicio concluyó que *“se considera a Koipe S.A. responsable de infracción del artículo 1.1.a), consistente en haber fijado un precio mínimo de venta para sus marcas de aceite Carbonell 0,4º y Koipesol. Asimismo, en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, según la cual se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta, procede imputar la infracción precitada al GRUPO SOS CUÉTARA”*.

*“Por otro lado, se considera que los distribuidores minoristas CARREFOUR, CAPRABO, ALCAMPO, EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA, DIASA, GRUPO EL ARBOL Y EL CORTE INGLES, son asimismo responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC al llevar a cabo un seguimiento del precio fijado por el proveedor (KOIPE) y, por tanto, un acuerdo tácito con el mismo”*.

4.- Una vez concluida la instrucción, la Directora del Servicio remitió el expediente a este Tribunal, con el Informe-propuesta preceptivo, fechado el día 28 de junio de 2006, en el que, de conformidad con lo expresado en el Pliego de Concreción de Hechos, califica a éstos como constitutivos de conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, imputables a Koipe S.A. y, por tanto, al grupo que la controla, SOS-CUÉTARA, así como a los demás imputados CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA), GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. Y EL CORTE INGLES S.A., consistentes en haber fijado la primera un precio mínimo de venta para sus marcas Carbonell 0,4º y Koipesol, así como por haber seguido las demás imputadas ese precio fijado por el proveedor.

5.- Recibido el expediente en el Tribunal, el Pleno del mismo, por medio de Providencia de 14 de julio de 2006, acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal pudieran proponer las pruebas que a su derecho convinieran y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a los interesados.

6.- El día 9 de octubre de 2006 la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) solicitó ser declarada parte interesada en el expediente, como ya lo había sido en el anterior expediente tramitado por los mismos hechos y que, como queda dicho, fue archivado por causa de caducidad, lo que fue admitido por el Tribunal mediante Providencia de 20 de octubre de 2006.

7.- Mediante nueva Providencia de fecha 22 de enero de 2007, el Tribunal admitió la solicitud formulada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) para ser parte en el expediente, al tratarse de una organización cuyos Estatutos le atribuyen la finalidad de “la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios de todo tipo de productos y servicios en general”.

8.- El Tribunal, mediante Auto de 5 de febrero de 2007, resolvió sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas y acordó que las alegaciones finales de las partes se realizaran en una vista oral, conforme autoriza el artículo 41 de la Ley 16/1989.

9.- Una vez practicadas las pruebas, las partes interesadas presentaron sus escritos de valoración de las mismas, conforme previene el artículo 40.3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

10.- El día 22 de mayo de 2007 se celebró la vista oral en la que todas las partes interesadas formularon sus conclusiones definitivas, quedando el expediente visto para dictar Resolución.

11.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 7 de junio de 2007.

12.- Son interesados:

- GRUPO SOS-CUÉTARA.
- CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A.
- CAPRABO S.A.
- ALCAMPO S.A.
- EROSMER IBERICA S.A.
- MERCADONA S.A.
- DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA)
- GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A.
- EL CORTE INGLES S.A.
- Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)
- Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)

## HECHOS PROBADOS

**1.-** El Grupo SOS-CUETARA es un grupo de empresas, cuya cabecera es Sos-Cuétara S.A., que opera en el sector de la alimentación, estando integrado a 31 de diciembre de 2004 por más de treinta empresas que se dedican principalmente a la explotación de negocios relacionados con el aceite, aceitunas, arroz, galletas, confitería, vinagre y salsas. El año 2001 el Grupo SOS-CUETARA adquirió el 100% de las acciones de la empresa Koipe S.A., especialmente dedicada a la comercialización y distribución de aceite, entre otros, de las marcas Carbonell 0,4<sup>o</sup> y Koipesol.

A través de sus marcas activas en el mercado peninsular del envasado de aceite de oliva, el Grupo SOS-CUETARA mantuvo entre los años 2002 y 2005 una cuota, tanto en volumen como en valor, de entre el 20 y el 30 por ciento del mismo, frente a cuotas que oscilaron entre el 50 y el 60 por ciento para las marcas blancas de los grupos de distribución minorista y que no excedieron del 6% para otras empresas envasadoras con marcas propias. De entre las marcas propias del Grupo SOS-CUETARA, la denominada Carbonell 0,4<sup>o</sup> fue la de mayor venta, alcanzando durante los años expresados, según fuentes del propio Grupo, cuotas superiores al 42% de las ventas totales de aceite de oliva del Grupo.

En el mercado peninsular de envasado de aceite de semillas, la cuota del Grupo SOS-CUETARA osciló entre el 30 y el 40 por ciento, frente a cuotas del 50 al 60 por ciento de las marcas blancas. De entre las ventas de aceites de semillas del Grupo, la marca Koipesol alcanzó el 49,61% de cuota en el año 2003, el 40,93% en 2004 y el 37% en 2005.

**2.-** En el año 2002 el mercado español de la distribución minorista de productos alimenticios estaba constituido por 15.283 establecimientos, distribuidos entre grandes superficies, supermercados y otras tiendas con o sin libre servicio, con una superficie total de venta detallista de 10.001.540 m<sup>2</sup>, no habiendo experimentado una variación destacada a 31 de diciembre de 2004, en el que existían 16.628 establecimientos, con una superficie de venta detallista de 9.599.037 m<sup>2</sup>. De entre los distribuidores minoristas, los canales más importantes de distribución de aceite en los años expresados fueron los hipermercados, con una cuota de ventas del 28,1%, seguidos por los supermercados de superficie entre 101 y 400 m<sup>2</sup> (25,4%) y los supermercados de más de 1000 m<sup>2</sup> (23,6%), mientras que los comercios tradicionales comercializaron tan solo el 3,3% del producto vendido.

Los principales operadores del mercado español de la distribución al por menor de bienes de consumo diario en régimen de libre servicio, durante

los años 2002 a 2004, según sus respectivas cuotas de mercado, el número de establecimientos y la totalidad de metros cuadrados fueron los siguientes:

ESTRUCTURA DEL MERCADO NACIONAL DE LA DISTRIBUCION MINORISTA						
Grupo	2002			2004		
	Nº estableci.	Superf. m <sup>2</sup>	Cuota (%)	Nº establec.	Superf. m <sup>2</sup>	Cuota (%)
CARREFOUR	2.756	2.115.816	21,15%	2.966	1.731.705	18,04
MERCADONA	681	785.237	7,85%	862	1.059.212	11,03
EROSKI	1.378	1.115.336	11,15%	1.246	811.971	8,46
CAPRABO	515	501.537	5,01%	576	547.721	5,71
AHOLD	588	490.560	4,90%	-	-	-
PERMIRA	-	-	-	548	418.269	4,36
CORTE INGLES SA	187	448.530	4,48%	232	376.695	3,92
AUCHAN	245	596.440	5,96%	260	372.393	3,88
LIDL	349	272.760	2,72%	370	291.905	3,04
COOP.COVRAN	1.515	198.584	1,98%	1.876	256.042	2,67
CONSUM	-	-	-	422	241.179	2,51
EL ARBOL	533	306.868	3,06%	377	219.925	2,29

Fuente: elaboración propia con datos de Alimarket

**3.-** Tras la adquisición del grupo aceitero Koipe por parte del Grupo SOS-CUETARA, que tuvo lugar en el año 2001, este Grupo fijó un precio mínimo de venta al público para los aceites de sus marcas líderes Carbonell 0,4<sup>o</sup> y Koipesol, precios que fueron aceptados con dicho carácter de mínimos por las ocho empresas distribuidoras imputadas, de forma que, al menos desde el día 6 de agosto de 2002 el precio de venta al público del litro de aceite de las citadas marcas en los principales establecimientos de distribución minorista de España no fue inferior, salvo muy contadas excepciones, a las cantidades fijadas por el Grupo SOS-CUETARA.

Así, en la práctica totalidad de los establecimientos de las ocho empresas distribuidoras imputadas, el precio de venta al público del aceite Carbonell 0,4 no fue inferior a 2,69 euros por litro y el de Koipesol no fue inferior a 1,19 euros por litro, siendo ambos precios mínimos los efectivamente aplicados en la mayor parte de los establecimientos de casi la totalidad de las imputadas.

Estos mismos precios mínimos de venta al público se mantuvieron inalterados por los distribuidores imputados durante el resto del año 2002 y hasta finales de 2003, momento en el que, al menos desde noviembre de 2003 hasta el mes de septiembre de 2004, cuando se produjo la terminación de la instrucción del primer expediente del Servicio que resultó afectado por la

declaración de caducidad por parte de este Tribunal, el precio mínimo comúnmente aplicado fue de 2,89 euros por litro para el aceite Carbonell 0,4º, manteniéndose el de 1,19 euros para el litro de Koipesol.

4.- A partir del mes de enero de 2003, la empresa Centros Comerciales Carrefour S.A. realizó en sus hipermercados ofertas de aceite Carbonell 0,4º a precios inferiores al precio de venta al público mínimo fijado por Koipe y así desde el 31 de enero hasta el 13 de febrero de 2003 ofreció dicho producto al precio de 2,28 euros por litro, llevando a cabo oferta similares entre el 25 de febrero y el 12 de marzo siguientes.

En el mes de mayo de 2003, Carrefour publicó un folleto publicitario para anunciar las promociones comerciales programadas para los días 10 a 18 de junio en sus hipermercados, entre las que se encontraba una oferta de descuentos de 0,18 euros en la compra de tres botellas de la marca Carbonell 0,4º, es decir, 0,06 euros por litro sobre el precio unitario fijado en 2,69. Como consecuencia del anuncio de dicha oferta, Koipe remitió a Carrefour el día 9 de junio de 2003 un fax comunicándole un aumento de sus precios de cesión de los aceites Carbonell 0,4 y Koipesol superior al 25% de los que venía ofertando hasta el momento, solicitando 3,475 euros por litro para el Carbonell 0,4º y 1,480 euros por litro para la marca Koipesol, lo que impidió a Carrefour cumplir con la promoción anunciada.

A partir de este momento, Carrefour no ha vuelto a adquirir a Koipe ni a ofrecer a sus clientes las marcas de aceite mencionadas.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** El Grupo SOS-CUETARA alega, como cuestión previa al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, la excepción de caducidad del expediente en la fase de instrucción realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia, al haber invertido éste en su tramitación más de los doce meses que establece para ello, como plazo máximo, el artículo 56.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Argumenta dicha parte interesada que el expediente fue incoado el día 16 de junio de 2005 y permaneció suspendido por acuerdo del Servicio, para solicitar unas informaciones complementarias a las partes interesadas, desde el día 11 hasta el 25 de abril de 2006, período que incluía diez días hábiles, por lo que, según su criterio, el plazo establecido por el artículo 56.1 antes citado debería ser prolongado únicamente en diez días hábiles por efecto de dicha suspensión. En consecuencia, el plazo que hubiera vencido naturalmente el día 16 de junio de 2006 hubiera debido quedar prorrogado,

según el criterio de la interesada, hasta el siguiente 28 de junio por lo que, al no haber tenido su entrada el expediente en el Tribunal hasta el día 30, se habría excedido el plazo legal de doce meses y se habría producido la caducidad del expediente.

Esta pretensión debe ser desestimada, teniendo en cuenta que el cómputo del plazo establecido por el artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia debe realizarse, a falta de disposiciones específicas en esta Ley, conforme a las normas supletorias del artículo 48.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que para los plazos fijados por meses o por años establece el sistema de cómputo de fecha a fecha, como resulta de la diferenciación que establece entre estos plazos y los señalados por días, para los que sí establece que sólo se computarán los días hábiles sin hacer lo mismo para los fijados por meses o por años, y como resulta asimismo de la regla establecida por el artículo 48.3 que, para esta clase de plazos, señala que cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá el plazo prorrogado hasta el primer día hábil siguiente, regla que carecería de sentido en el caso de que dichos plazos se computasen sólo por los días hábiles. Esta regla de cómputo de fecha a fecha de los plazos administrativos fijados por meses o por años, además de ser congruente con la regla general establecida por el artículo 5 del Código Civil para todos los casos en los que las normas no lo señalen expresamente, coincide con la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (por todas, SSTS de 2 de abril de 1990, 14 de junio de 1989 y 30 de septiembre de 1988).

Examinando las actuaciones a la luz del criterio expresado comprobamos que el expediente se inició el día 16 de junio de 2005, por lo que la fecha de conclusión no debía exceder en principio del 16 de junio de 2006. Sin embargo, el procedimiento permaneció suspendido desde el 11 al 25 de abril de 2006 durante catorce días naturales, por lo que el plazo para su tramitación, una vez alzada la suspensión, quedó prorrogado en esos catorce días, que debían sumarse al día inicialmente previsto. Así, la adición de los catorce días expresados a la inicial fecha de vencimiento del plazo, 16 de junio de 2006, da como resultado que el plazo de doce meses computable a efectos de caducidad vencía el día 30 de junio de 2006, que fue precisamente el día en que el expediente tuvo su entrada en el Tribunal, de lo que resulta que el Servicio concluyó y remitió el expediente al Tribunal dentro del plazo previsto por el artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que no cabe apreciar la excepción de caducidad planteada.

**SEGUNDO.-** Los hechos que se declaran probados se encuentran acreditados en el expediente por las pruebas existentes en el mismo, válidamente obtenidas y sometidas a contradicción entre las partes

interesadas. Así, la conducta del Grupo SOS-CUETARA de promover acuerdos para establecer un precio mínimo de venta al público uniforme en las grandes cadenas de distribución minorista para sus productos Carbonell 0,4º y Koipesol, se revela por las manifestaciones realizadas por su presidente, el Sr. S., al diario El País y publicadas en un artículo el 19 de mayo de 2002 (fol. 154), en el que, junto con manifestaciones que pueden ser producto de una interpretación subjetiva por parte del periodista, se contienen frases entrecomilladas, atribuidas directamente al Presidente del Grupo, en las que afirma que *“Esta política no va contra nadie, sino simplemente en defensa de los intereses del grupo e indirectamente de todo el sector. Sabemos que es una estrategia arriesgada ante la existencia de un mercado donde han dominado las ventas con precios bajos. Pero creemos que se puede cambiar ese mercado y nosotros tenemos el derecho y la responsabilidad de intentarlo, aunque nos puede suponer a corto plazo un descenso en las ventas”*.

Este apartado entrecomillado coincide con el resto del artículo, en el que se indica que *El grupo Koipe ha lanzado un órdago a la distribución. Desde el pasado mes de abril, la empresa ha fijado un precio de venta único en toda España para sus aceites, rechazando el suministro de sus productos a quienes no cumplan sus exigencias, añadiendo en el siguiente párrafo que el grupo Koipe ha decidido que su aceite de oliva Carbonell 0,4º se venda en toda España a 2,70 euros litro, 450 pesetas.*

Frente a las alegaciones realizadas en el expediente por alguno de los interesados poniendo en duda la autenticidad de la referida información, solicitando incluso la declaración del periodista firmante del artículo, lo cierto es que su contenido no ofrece dudas, ya que ni el Sr. S. puntualizó o rectificó en su día el contenido o la redacción literal del citado artículo ni los representantes en el expediente del Grupo Sos Cuétara niegan su autenticidad, aunque estos últimos alegaron en la Vista oral que el periodista no había interpretado correctamente las manifestaciones del Sr. S. y que lo que éste dijo en realidad no se refería a los precios de venta al público sino a los precios de cesión. Esta alegación no es verosímil si tenemos en cuenta que los propios representantes también afirmaron que los precios de cesión eran y son diferentes para cada distribuidor, pues son fruto de negociaciones individuales, por lo que la uniformidad anunciada en la información de prensa citada no podía ser la de tales precios de cesión, sino únicamente la de los precios de venta al público, como, por otra parte, se acredita en el expediente tanto por las informaciones aportadas por los propios interesados como por las encuestas de la OCU y los folletos publicitarios de los establecimientos de venta al público de las empresas imputadas, que ponen de manifiesto la identidad de precios de venta al público. Finalmente, la coincidencia casi completa entre los precios minoristas anunciados en el artículo periodístico y



los realmente aplicados después de su publicación ponen también de manifiesto que las informaciones publicadas no podían proceder sino de la propia empresa SOS-CUETARA.

Por otra parte, el fax remitido por SOS-CUETARA a Carrefour en junio de 2003, obrante al folio 6768 del expediente, proponiéndole una subida de los precios de cesión superior al 25%, que no parece que se aplicara a ninguno de sus competidores, ya que éstos siguieron aplicando precios de venta al público muy inferiores al solicitado a Carrefour, cuando éste se disponía a realizar una oferta rebajando el precio de venta al público del aceite Carbonell 0,4º, parece el cumplimiento de la advertencia contenida en el citado artículo periodístico de rechazar el suministro a quienes no cumplieran esas exigencias.

Finalmente, el diferente comportamiento del mercado de la venta minorista de los aceites Carbonell 0,4º y Koipesol en las épocas inmediatamente anterior y posterior al inicio de la nueva política comercial del Grupo Koipe es igualmente revelador de los acuerdos de precios mínimos declarados. En efecto, de las encuestas regularmente practicadas por la OCU sobre los precios de la distribución minorista de productos alimenticios, las anteriores a agosto de 2002 muestran una clara variedad de precios de venta al público en los establecimientos examinados durante los años 1999, 2000 y 2001, mientras que en la de agosto de 2002 y las posteriormente realizadas la identidad de precios es casi absoluta. Tomando como precio modal el aplicado por el mayor número de establecimientos encuestados, puede observarse el cambio de comportamiento de los precios de venta al público aplicados por los minoristas a partir de agosto de 2002, momento desde el cual casi desaparecen del mercado los precios inferiores a los precios modales (cuadro del fol. 7183):

AÑO	Nº Estable. muestreados	CARBONELL 0,4		LA ESPAÑOLA 0,4		KOIPESOL	
		Moda	Precios <Moda	Moda	Precios <Moda	Moda	Precios <Moda
1999	610	3,00	221	2,97	193	0,89	202
2000	608	2,25	65	2,13	52	0,81	205
2001	713	2,34	370	2,28	193	0,93	166
Ago- 2002	417	2,69	4	2,49	100	1,19	4
Oct-2002	822	2,69	2	2,39	78	1,19	6
Abr-2003	524	2,69	1	-	-	1,19	2
Jul-2003	519	2,69	15	-	-	1,19	0
Nov-Dic 2003	773	2,89	19	-	-	1,19	1
Jul-2004	537	3,39	19	-	-	1,19	3

Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia sobre datos suministrados por la OCU

**TERCERO.-** En cuanto al comportamiento de las empresas distribuidoras, el seguimiento de los precios de venta al público aparece acreditado por sus propias manifestaciones, al reconocer todas ellas que sus precios eran iguales o superiores a los que figuran en el Pliego de Concreción de Hechos, en concordancia con el resultado de las encuestas de la OCU que, aunque han sido repetidamente criticadas por las partes en sus escritos dirigidos al Servicio, no fueron apenas contestadas en la Vista oral, precisamente por coincidir con los datos aportados por las propias empresas: todas ellas aplicaron precios iguales o superiores a los indicados, coincidiendo además en muchos casos con el mínimo fijado.

Aunque el Corte Inglés ha alegado que sus establecimientos aplicaron con frecuencia precios superiores al mínimo común, la información aportada por el mismo interesado (informe Infolineal, fol. 2895 y 2896) ponen de manifiesto que en varias ocasiones durante los años 2002 a 2004 aplicaron exactamente los precios mínimos reclamados por Koipe, sin que ninguno fuera menor. Los datos presentados en la Vista oral por esa parte imputada demuestran además que en los casos en los que aplicó precios superiores para los aceites Carbonell 0,4º y Koipesol, éstos se mantuvieron perfectamente alineados con los precios mínimos pactados y con las variaciones de los mismos.

De la misma manera, las explicaciones alternativas ofrecidas por los interesados para justificar la aplicación de los precios mínimos expresados parecen insuficientes para desvirtuar la presunción de concertación derivada de la aplicación simultánea y uniforme de los mismos precios a partir de un momento determinado. Así, Eroski y Alcampo, entre otros, alegaron que su conducta se explica porque el aceite es un producto “gancho” que todos los establecimientos tratan de ofertar a precios muy competitivos, ajustándose al precio de cesión y nunca por debajo de éste para no incurrir en conducta prohibida por la Ley del Comercio Minorista. Sin embargo, esta conducta no explica los hechos probados, dada la diversidad de precios de cesión, que eran diferentes para cada empresa y se negociaban de forma individual con cada una de ellas, lo que impide llegar a la conclusión de que todas las imputadas, con diferentes precios de cesión y diferentes estructuras de costes llegaron a la fijación de unos precios de venta idénticos y de forma simultánea.

En cuanto a las alegaciones de Diasa y Caprabo de que ofrecían descuentos por medio de tarjetas de fidelización o bonos de compra y, por lo tanto, sus precios estaban por debajo de los mínimos imputados, se trata de

una cuestión irrelevante a efectos de la conducta imputada, teniendo en cuenta que sus precios marcados de venta al público de Carbonell 0,4<sup>o</sup> y Koipesol fueron los mínimos fijados por Koipe, sin ser objeto de rebajas ni de ofertas específicas, y que los descuentos y bonificaciones expresados eran descuentos globales, sin identificación de productos concretos o bien los descuentos sólo se aplicaron a los poseedores de los bonos o tarjetas, pero no redujeron los precios generales de venta al público.

**CUARTO.-** Frente a las alegaciones de las partes imputadas de que la aceptación de los precios mínimos por parte de las distribuidoras no es sino una hipótesis carente de prueba, ya que se basa en una mera apreciación subjetiva del Servicio que no cumple con los requisitos exigidos para fundamentar la prueba de indicios, conviene recordar la muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de que los requisitos y condiciones de la prueba de indicios pueden resumirse en dos: que parta de hechos plenamente probados y que la infracción se deduzca de esos hechos a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la resolución sancionadora (por todas, STC 233/2005, 61/2005, 137/2005, 43/2003, 135/2003), criterios acogidos con igual reiteración por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, en relación con las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ... hay que resaltar -continúa la sentencia indicada- que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Para aplicar estos criterios al presente expediente, en el que la imputación de un acuerdo anticompetitivo a cada una de las empresas distribuidoras imputadas con el Grupo SOS-CUETARA no se basa en una prueba directamente demostrativa de su existencia, sino precisamente en la inferencia obtenida de los indicios constatados, es preciso partir de los

hechos acreditados por prueba directa, que se describen en el fundamento anterior, para llegar a la conclusión de que en un mercado en el que los precios de venta al público venían siendo muy variables y diferentes para cada uno de los distribuidores hasta los primeros meses del año 2002, a partir de la toma de control del grupo aceitero Koipe por parte de SOS-CUETARA y tras la publicación de un artículo periodístico en el que se atribuye al presidente de este Grupo el anuncio de una nueva política comercial con precios mínimos de venta al público para todos los grandes grupos distribuidores, se produce radicalmente un cambio del mercado, caracterizado por la unificación de dichos precios mínimos, que además fueron especial y exactamente aplicados por un número elevado de establecimientos y, cuando uno de los distribuidores propone a sus clientes unos precios de oferta inferiores a los mínimos establecidos, recibe una comunicación elevando el precio de cesión en un 25%, que le imposibilita para cumplir sus compromisos.

La valoración conjunta de los hechos relatados, unidos a las circunstancias, reconocidas por las propias partes imputadas de que los precios de cesión son diferentes para cada uno de los distribuidores, ya que se negocian individualmente con cada uno de ellos en función de los volúmenes y condiciones de pago propios de cada caso y de que los costes y estructuras son diferentes para cada uno de los distribuidores, lleva a la conclusión de que los precios acordados entre éstos y el Grupo SOS-CUETARA fueron precios de venta al público, sin que parezcan acogibles las tesis alternativas propuestas por las partes imputadas, a las que se hace referencia en el apartado anterior, debiendo concluirse que la repentina unificación de precios mínimos en un mercado en las condiciones citadas de diferentes precios de cesión y diferentes costes y estructuras de los distribuidores, no puede explicarse conforme al normal funcionamiento del mercado si no es mediante la adopción de un acuerdo expreso entre operadores.

**QUINTO.-** Las conductas descritas en el apartado de hechos probados son legalmente constitutivas de un acuerdo de SOS-CUETARA con cada una de las empresas imputadas dedicadas a la distribución minorista, prohibido por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto constituyen una fijación directa de precios de venta al público, tendente a unificar las prácticas comerciales de las compañías distribuidoras, a mantener los precios de los aceites Carbonell 0,4º y Koipesol en un nivel mínimo predeterminado, con independencia del normal comportamiento del mercado y a eliminar la competencia con perjuicio de los consumidores.

Aunque los acuerdos expresados no hayan sido adoptados entre competidores, constituyen conductas prohibidas al tratarse de acuerdos

verticales, pactados entre empresas que operan en distintos planos de la cadena de distribución del aceite en España, cuyo objeto y efecto es la fijación de precios mínimos de venta al público. Los acuerdos verticales, en principio, se encuentran exentos de la prohibición legal por el Reglamento CE 2790/1999, de la Comisión Europea, por razón de que generalmente carecen de importancia significativa para afectar a la competencia o, en algunos casos, pueden conducir a la mejora en la producción o distribución, permitiendo participar a los usuarios de sus ventajas. Esta exención no se aplica, sin embargo, a los acuerdos verticales que ocasionan restricciones especialmente graves a la libre competencia, entre los que se encuentran aquellos que, como los que son objeto de este expediente, producen la restricción al comprador para determinar el precio de venta al público o suponen el establecimiento de un precio de venta mínimo (art. 4.º del Reglamento CE citado), los cuales siguen estando sujetos a las prohibiciones de los artículos 81 del Tratado de la Unión Europea y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por razón de esa especial gravedad.

Por otra parte, tampoco se dan las condiciones para acogerse a la exención reglamentaria cuando la competencia en el mercado queda restringida de modo significativo por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales similares puestos en práctica por proveedores o compradores competidores (párrafo 73 de la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales). En el presente caso, el hecho de que un mismo proveedor mantenga con los principales distribuidores del mercado un acuerdo de precios mínimos tiene el efecto indiscutible de restringir la competencia en los precios a los que el producto se ofrece al consumidor final.

**SEXO.-** Tratándose de restricciones verticales establecidas mediante acuerdos, la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia ha variado en los diferentes casos al tomar en consideración la responsabilidad en su adopción de las distintas partes intervinientes, llegando en ocasiones a exonerar de toda responsabilidad a aquellas partes que, a pesar de haber participado materialmente en la suscripción o adopción del acuerdo, no han intervenido en su redacción ni en su gestación ni aparecen como beneficiarios de su resultado o de su contenido, declarando sancionable únicamente la conducta de los promotores y beneficiarios directos de las cláusulas prohibidas (Resolución 468/99, Texaco 2.), mientras que en otros casos la sanción ha alcanzado también a las empresas que, pese no haber sido las promotoras de los acuerdos, han colaborado voluntariamente con la empresa distribuidora en aceptar precios o condiciones comerciales que les atribuyen ventajas, renunciando a desarrollar libremente sus respectivas políticas comerciales (Resolución 547/02 Gas Natural Alicante).

Este mismo criterio es también el adoptado por la Audiencia Nacional que, en relación con las restricciones de fijación de precios establecidos mediante acuerdos verticales, no sólo ha declarado sancionable la conducta de los distribuidores que fomentan o preparan los acuerdos, sino también considera que las partes que los admiten son *“responsables de dicha conducta anticompetitiva al haber aceptado consciente y voluntariamente los precios y condiciones propuestos, renunciando de esta manera a sus respectivas políticas comerciales individuales”* (SAN de 12 de diciembre de 2005 y 27 de febrero, 5 de mayo y 2 de junio de 2006).

En el caso examinado, la responsabilidad del Grupo SOS CUETARA se deriva de la aplicación y promoción de la estrategia de fijación de precios mínimos para sus aceites Carbonell 0,4º y Koipesol y la práctica de las actuaciones necesarias para su aceptación por las empresas de la gran distribución, de lo que obtendría el mantenimiento de unos precios estables, evitando las hasta entonces frecuentes negociaciones y contraofertas derivadas de la variabilidad de los precios de la materia prima y conseguiría el cambio de mentalidad de minoristas y clientes de considerar las marcas de aceite más vendidas como “productos estrella” o “productos gancho”, que eran objeto de frecuentes rebajas y ofertas para atraer a la clientela, con el consiguiente aumento de la presión negociadora de los grandes distribuidores minoristas frente a sus principales proveedores. Al propio tiempo, las empresas de la gran distribución eliminaron un elemento de fuerte competencia en el sector, como era el precio de los aceites de las marcas más vendidas, lo que igualmente beneficiaba además a cada uno de ellos al permitirles no estrechar en demasía sus márgenes de beneficio en los aceites de marca blanca que cada una de ellas comercializaba, los cuales están destinados, por razones de estrategia comercial, a permanecer en niveles de precios inferiores a los de las marcas comerciales de mayor prestigio.

La existencia de un interés propio en la adopción y efectos de los acuerdos imputados para cada una de las partes intervinientes en ellos se refuerza en este caso, a los efectos de apreciar la responsabilidad compartida de todos ellos, con la circunstancia de que el Grupo SOS CUETARA y las empresas distribuidoras imputadas disponen de un poder de mercado y de una fuerza negociadora muy equilibrada, en cuanto el primero es el principal suministrador de aceites comestibles en el territorio nacional y propietario de las marcas más destacadas del mercado, Carbonell 0,4º para el aceite de oliva y Koipesol para el de semillas, que son objeto de una gran demanda por los consumidores, por lo que ninguno de los grandes establecimientos minoristas está dispuesto, en principio, a prescindir de ellas, mientras que las segundas son las grandes empresas de la distribución minorista, a través de las cuales se comercializa la mayor parte de aceite comestible en España, lo

que obliga al suministrador a contar con su beneplácito para fijar precios mínimos de venta al público.

En conclusión, las conductas declaradas probadas son constitutivas de un acuerdo anticompetitivo entre el Grupo SOS CUETARA y cada una de las cadenas de distribución minorista CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA), GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. Y EL CORTE INGLES S.A., consistentes en haber establecido la primera y aceptado las restantes un precio mínimo de venta al público para sus marcas Carbonell 0,4º y Koipesol, conducta que se encuentra tipificada y sancionada en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y de la que son responsables todas las partes imputadas.

**SEPTIMO.-** En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 1 con multas de hasta 900.000 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas.

En el presente caso, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente y recogidos en el Informe-Propuesta del Servicio, que no han sido contestados por ninguna de las partes imputadas, en el año 2005 el total de litros de aceite de semillas envasado en España fue de 260.053.000 litros, de los que el 34,9 por ciento correspondieron al Grupo SOS CUETARA, es decir, 91.000.000 de litros, mientras que las cifras relativas al aceite de oliva fueron las de 356.696.000 litros envasados, de los que el 33,2 por ciento correspondieron al Grupo SOS CUETARA, es decir, 118.500.000 de litros, lo que arroja unas cifras de ventas del Grupo de 427.055.000 euros, aun tomando como base los más bajos de los precios mínimos por litro fijados por éste.

Sobre la base de este baremo de carácter objetivo, es necesario hacer referencia a la gravedad de la infracción, que en el caso de acuerdos verticales tendentes a la fijación de precios mínimos debe siempre ser tenida en consideración, teniendo en cuenta que esta clase de acuerdos son calificados como muy graves por la Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (DOC 291, de 13 de octubre de 2000) y que esa gravedad especial es precisamente la que excepciona a estos acuerdos de la exención atribuida con carácter general por el Reglamento 2790/1999, más arriba citado. En este caso, además, dicha gravedad resulta patente al realizarse la conducta sobre un elemento

de consumo de primera necesidad, con perjuicio para los consumidores y eliminación de la competencia en una parte esencial del mercado.

Partiendo de ello, es preciso considerar los demás elementos que el artículo 10 de la Ley 16/1989 establece como criterios determinantes para fijar la cuantía de la sanción y, como más destacados, la dimensión del mercado afectado, que es de alcance nacional, las cuotas de mercado de las empresas imputadas, que es superior al 30% para el Grupo SOS CUETARA y muy elevada para las empresas minoristas imputadas y el efecto restrictivo de la competencia de las conductas infractoras, que ha sido muy importante, al eliminar la competencia existente hasta entonces en la venta de aceites comestibles, así como la duración de la infracción que, con la excepción del Grupo Carrefour, al que más tarde nos referiremos, duró al menos desde el mes de agosto de 2002 hasta el mes de septiembre de 2004, cuando se produjo la terminación de la instrucción del primer expediente del Servicio que resultó afectado por la declaración de caducidad por parte de este Tribunal.

Con estos elementos, resulta procedente imponer al Grupo SOS CUETARA por la infracción cometida una multa de 2.000.000 euros. Por su parte, a cada una de las empresas distribuidoras imputadas se les impone una sanción equivalente a repartir entre ellas la misma cantidad en proporción a su tamaño medido en metros cuadrados según lo que se detalla en el cuadro incorporado al apartado 3 de los Hechos Probados. A estos efectos, se atribuirá a DIASA, que forma parte del Grupo Carrefour pero está imputada separadamente de éste por razón de la independencia de su conducta empresarial y comercial, la mitad de los metros cuadrados que en dicho cuadro se atribuye al Grupo Carrefour.

**OCTAVO.-** Finalmente, en cuanto a la conducta de Centros Comerciales Carrefour S.A., queda acreditado que esta empresa aceptó desde el principio los precios mínimos propuestos por SOS CUETARA, aplicándolos en todo caso, aunque realizó una oferta de venta al público por precio inferior en febrero de 2003, alineándose en los precios pactados hasta el mes de junio de 2003, momento en el que cesó en su compromiso y dejó de adquirir aceite al Grupo SOS CUETARA ante la negativa de éste de mantener los precios de cesión anteriormente ofertados, impidiéndole llevar a cabo otras ofertas de aceite Carbonell 0,4<sup>o</sup>. Su conducta es, por lo tanto, inferior en cuanto a su duración y debe tenerse en cuenta, asimismo, como circunstancia favorable, la de haber colaborado con los órganos de Defensa de la Competencia aportando pruebas importantes sobre la realidad y la dimensión de la infracción, por lo que la multa correspondiente es la de un tercio de la que le hubiera correspondido por su cuota de mercado.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto



**PRIMERO.-** Declarar que Grupo SOS CUETARA y las empresas CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA), GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. y EL CORTE INGLES S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos para el establecimiento de un precio mínimo de venta al público de sus marcas Carbonell 0,4º y Koipesol.

**SEGUNDO.-** Imponer al Grupo SOS CUETARA una multa de dos millones de euros (2.000.000 euros), a CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. una multa de 112.750 euros, a CAPRABO S.A. una multa de 214.000 euros, a ALCAMPO S.A. una multa de 145.500 euros, a EROSMER IBERICA S.A. una multa de 317.200 euros, a MERCADONA S.A. una multa de 413.800 euros, a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA) una multa de 338.250 euros, a GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. una multa de 85.900 euros y a EL CORTE INGLES S.A. una multa de 147.200 euros.

**TERCERO.-** Intimar a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas.

**CUARTO.-** Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá una multa de EUROS SEISCIENTOS (€ 600), por cada día de retraso.

**QUINTO.-** Los sancionados, justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

**SEXTO.-** Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso

contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ contra la Resolución dictada en el Expediente 612/06 ACEITES 2, al discrepar sustantivamente de lo acordado en la misma.**

Esta mi discrepancia sobre lo resuelto, la desarrollo en los siguientes apartados, del siguiente tenor

**PRIMERO.- CUESTION PREVIA.**

**1º EL PLENARIO.-** El Servicio de Defensa de la Competencia, bien por denuncia o bien de oficio, tras un periodo de información reservada, decide incoar Expediente Sancionador, que lo instruye cumpliendo todos los trámites de audiencia, con intervención de las partes declaradas interesadas.

Concluso el Expediente, eleva al Tribunal de Defensa de la Competencia un Informe-Propuesta, con remisión del expediente.

El Tribunal de Defensa de la Competencia al convocar a las partes a la celebración de *VISTA*, abre el trámite **PLENARIO** en el que la totalidad de las partes, concretan definitivamente los hechos, exponen y desarrollan sus argumentos (por doble intervención: informe y contestación; réplica y dúplica) pudiendo ser asistidas por técnicos, con aporte documental y concluyen definiendo claramente sus posiciones.

Es en el Plenario donde se valoran definitivamente la totalidad de los hechos, conductas, infracciones de preceptos normativos, valoraciones de las pruebas aportadas *ex nunc* y *ex tunc*, así como la veracidad de los argumentos y la desvirtuación, en su caso, de los mismos. De ahí que lo no argumentado y desarrollado en el Plenario, carece de virtualidad jurídica y sólo conservaría el valor de *antecedentes necesarios*.

O dicho de otra manera, es en este momento procesal del Plenario, en donde la totalidad de las partes que conforman el Expediente Administrativo vienen impelidas: de una parte, a fijar sus propias conductas y su explicitación argumental; y de otra, a desvirtuar o intentar desvirtuar, al menos, las argumentaciones de contrario.

Desconocer esto o bien ignorarlo nos conduciría de facto al fraude procesal o parodia procesal.

**2º LAS PRUEBAS.**- Las partes interesadas a las que el Servicio de Defensa de la Competencia les imputa una relación de hechos o conductas sancionables por vulneración de normas legales de aplicación en el campo de la competencia vienen obligadas a probar las mismas, de forma directa y suficiente, dentro del principio de contradicción. Carga probatoria que, *prima facie*, descarta la inversión de la carga de la prueba o la llamada procesalmente probanza diabólica.

Tal necesidad debe predicarse igualmente para el Servicio de Defensa de la Competencia, dado que se le concede para la instrucción del expediente un largo periodo de tiempo (doce meses naturales) con la posibilidad de suspenderlo por razones motivadas. De ahí que tras la concreción de hechos imputados como resultado de unas conductas concretadas, *debe probar* de forma plena, directa y suficiente los mismos como relevantes para ser incardinados en preceptos sustantivos que regulan las infracciones de normas concretas de la Ley de Defensa de la Competencia y, por ello, sujetos a sanción.

Sólo y excepcionalmente *podrá acudir* a la indirecta de los indicios, que conforme a la doctrina jurisprudencial *deberá centrarse* al cumplimiento de tres requisitos, con el valor de *sine qua non*; es decir, que el solo hecho de no producirse uno de ellos, *hará decaer* esta prueba indirecta o de indicios.

Es exigencia que ampara el principio de seguridad jurídica y legalidad, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española, que nadie puede ser condenado sin ser oído o sin pruebas ciertas, incontrovertidas y fundadas, so pena de conculcar principios constitucionales y legales, o configurarlo creando el *uso alternativo del Derecho*.

## **SEGUNDO.-CADUCIDAD.**

Son hechos ciertos, que gozan de fehaciencia y valor de documentos públicos por cuanto conforman Expedientes y Resoluciones Administrativas, los siguientes:

**1º** Este Tribunal de Defensa de la Competencia en *Resolución 23 de Abril del 2005* (Expediente Sancionador 583/04 Aceites) establecía que

- el 26 de Septiembre del 2002 se recibió en el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia del Director General de la OCU contra KOIPE por presuntas infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La denuncia se basaba, fundamentalmente, en un artículo aparecido en el diario El País de 19 de Mayo del 2002, en el que se decía (entrecomilladamente) “*el grupo*

*Koipe ha lanzado un órdago a la distribución. Desde el pasado mes de abril, la empresa ha fijado un precio de venta único en toda España para sus aceites, rechazando el suministro de sus productos a quienes no cumplen sus exigencias”.*

- el 10 de Octubre, en uso de las facultades que le confiere el Artículo 36.3 LDC el Servicio de Defensa de la Competencia decidió realizar la instrucción de una información reservada, antes de resolver sobre la iniciación de expediente sancionador.
- por Providencia de 22 de Mayo del 2003, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente contra KOIPE por presuntas infracciones de la LDC.
- por Providencia de 22 de Mayo del 2003 el Instructor del expediente acuerda proponer la ampliación de la incoación a: Centros Comerciales Carrefour S.A., Caprabo, Alcampo, Eroski, Mercadona, Diasa, Grupo El Arbol y El Corte Inglés. A la vista de la Providencia anterior, con fecha 24 de Marzo del 2004, el Director General de Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente sancionador a las entidades anteriormente citadas.
- el expediente se cierra el día 1 de Septiembre del 2004, formulándose Informe-Propuesta el día 10 de Septiembre del 2004.

Tras el establecimiento de los Fundamentos de Derecho, este Tribunal **RESOLVIA**: declarando la caducidad del Expediente 2411/02 del Servicio de Defensa de la Competencia; y el archivo del Expediente 583/04 ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, por aplicación de lo dispuesto en el Artículo 56.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia “dado que el expediente se inició el día 22 de Mayo del 2003 y que el Informe-Propuesta se formuló el 10 de Septiembre del 2004”.

**2º** El Servicio de Defensa de la Competencia, con amparo en el aserto de nuestra Resolución 23 de Abril del 2005 (Sexto Fundamento de Derecho: *la declaración de extinción del procedimiento por caducidad no ha supuesto la prescripción de las infracciones investigadas, por lo que el Servicio puede abrir un nuevo procedimiento sobre ellas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 44.2 y 92.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común*) el día **16 de Junio del 2005** incoa expediente sancionador contra las empresas SOS Cuétara S.A., Centros Comerciales Carrefour S.A. , Caprabo S.A. , Alcampo S.A. , Erosmer Ibérica S.A. , Mercadona S.A. , Diasa , Grupo El Arbol , Distribución y Supermercados S.A. y El Corte Inglés S.A., por presuntas prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de

la Competencia, en relación con la existencia de posibles acuerdos para fijar los precios mínimos de venta al público de las marcas de aceite Carbonell 0,4 y Koipesol.

El Servicio, tras solicitar su conformidad a las partes interesadas, procedió a incorporar al expediente la documentación procedente del Expediente 583/04 que había sido tramitado por los mismos hechos y archivado por el Tribunal de Defensa de la Competencia por haber incurrido en caducidad en la precedente fase de instrucción. Una vez practicadas las investigaciones que estimó convenientes, el Servicio de Defensa de la Competencia dictó Pliego de Concreción de hechos el día 10 de Mayo del 2006.

Conclusa la instrucción, la Directora del Servicio remitió el expediente a este Tribunal de Defensa de la Competencia, con el Informe-Propuesta preceptivo fechado el día 28 de Junio del 2006 en el que, de conformidad con lo expresado en el Pliego de Concreción de hechos, califica a éstos como constitutivos de conductas prohibidas por el Artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, imputables a Koipe S.A., y, por tanto, al grupo que la controla SOS CUETARA, así como a los demás imputados CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACION S.A., GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS S.A. y EL CORTE INGLÉS S.A., consistentes en haber fijado la primera un precio mínimo de venta para sus marcas Carbonell 0,4 y Koipesol, así como por haber seguido las demás imputadas ese precio fijado por el proveedor.

Recibido el expediente en el Tribunal el día **30 de Junio del 2006** el Pleno del mismo, por Providencia de 14 de Julio del 2006 acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados, para que en el plazo legal pudieran proponer las pruebas que a su derecho convinieran y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a los interesados. El Tribunal en Auto de 5 de Febrero del 2007 resolvió sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas y acordó que las alegaciones finales de las partes se realizaran en una Vista Oral, conforme autoriza el Artículo 41 de la Ley 16/1989.

El día 22 de Mayo del 2007 se celebró la Vista Oral.

**3º** Este Tribunal de Defensa de la Competencia, con fecha 21 de Junio del 2007, dicta *Resolución* poniendo fin al Expediente Sancionador 612/06 Aceites 2, en el que aborda en primer lugar el tema de la *caducidad* alegada por las partes, como cuestión previa procesal al pronunciamiento del fondo.

Al efecto, en el Primero de los Fundamentos de Derecho se establece literalmente:

El Grupo SOS CUETARA alega, como cuestión previa al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, la excepción de caducidad del expediente en la fase de instrucción realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia, al haber invertido éste en su tramitación más de los doce meses que establece para ello, como plazo máximo, el Artículo 56.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

A juicio de mis notables compañeros la Resolución dictada y de la que discrepo, también en este extremo, dice que “esta pretensión de caducidad debe ser desestimada, teniendo en cuenta que el cómputo del plazo establecido por el Artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, conforme a las normas supletorias del Artículo 48.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que para los plazos fijados por meses o por años establece el sistema de cómputo de fecha a fecha; y como resulta asimismo de la regla establecida por el Artículo 48.3 que, para esta clase de plazos, señala que cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá el plazo prorrogado hasta el primer día hábil siguiente, regla que carecería de sentido en el caso de que dichos plazos se computasen sólo por los días hábiles. Esta regla de cómputo de fecha a fecha de los plazos administrativos fijados por meses o por años, además de ser congruente con la regla general establecida por el Artículo 5 del Código Civil para todos los casos en los que las normas no lo señalen expresamente, coincide con la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (por todas, SSTS de 2 de Abril de 1990, 14 de Junio de 1989 y 30 de Septiembre de 1988)”.

La Resolución, en su redacción en este Primero de sus Fundamentos de Derecho, continua diciendo y transcribimos en su literalidad que “examinando las actuaciones a la luz del criterio expresado comprobamos que el expediente se inició el día 16 de Junio del 2005, por lo que la fecha de conclusión no debía exceder en principio del 16 de Junio del 2006. Sin embargo, el procedimiento permaneció suspendido desde el 11 al 25 de Abril del 2006 durante catorce días naturales, por lo que el plazo para su tramitación, una vez alzada la suspensión quedó prorrogado en esos catorce días, que debían sumarse al día inicialmente previsto. Así, la adición de los catorce días expresados a la inicial fecha de vencimiento del plazo, 16 de Junio del 2006, da como resultado que el plazo de doce meses computable a

efectos de caducidad vencía el día 30 de Junio del 2006, que fue precisamente el día en que el expediente tuvo su entrada en el Tribunal, de lo que resulta que el Servicio concluyó y remitió el expediente al Tribunal dentro del plazo previsto por el Artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que no cabe apreciar la excepción de caducidad”.

**4º DISCREPO SUSTANTIVAMENTE** de los anteriores argumentos y de la conclusión alcanzada, por las siguientes consideraciones:

- a) es un hecho indubitado, cierto y fehaciente, que el Servicio de Defensa de la Competencia inició la incoación de este Expediente Sancionador el día **16 de Junio del 2005** por lo que, *prima facie*, el Expediente (de no mediar suspensión alguna) debería haberse recibido en este Tribunal de Defensa de la Competencia, como última fecha, el día 16 de Junio del 2006.

Así se habría dado correcto cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 56.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y ello en relación y concordancia con lo dispuesto en el Artículo 48.2 de la Ley 30/1992 de 29 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- b) *en perjuicio de lo anterior*, el Servicio de Defensa de la Competencia ex Artículo 42.5a de la Ley 30/1992 efectuó con fecha **10 de Abril del 2006** un requerimiento de información, que fue notificado a SOS CUETARA el siguiente día 11 de Abril del 2006; y que en Providencia adjunta se advertía correctamente a la parte que **“el cómputo del plazo de los diez hábiles, quedaría suspendido en la fecha misma de la notificación del requerimiento”**, esto es, el citado día **11 de Abril del 2006**.

En dicha Providencia o Acuerdo de requerimiento **se habla inequívocamente de días hábiles: DIEZ.**

- c) de ahí que el Servicio de Defensa de la Competencia, congruentemente con lo anterior y una vez recibida la información requerida, dicte una Providencia en la que literalmente se dice que **“habiéndose recibido toda la información en diferentes fechas, se levanta la suspensión decretada en la providencia precitada desde el día 25 de Abril del 2006..”**. O dicho de otro modo, si los efectos son desde el día 25 de Abril, la suspensión efectivamente lo había sido hasta el día 24, en que habría finalizado la suspensión acordada.

Por tanto, **CONCURREN:** *de una parte, un año natural; y de otra, diez días hábiles, a sumar al anterior.*

Así, desde el día 11 de Abril del 2006 (ex Artículo 42.5ª LRJAPyPAC) hasta el día 24 de Abril del 2006 han transcurrido los siguientes *días hábiles:*

11 Abril Martes  
12 Abril Miércoles.  
13 Abril Jueves Santo es *inhábil* en la Comunidad de Madrid.  
14 Abril Viernes Santo es *inhábil* en toda España.  
15 Abril Sábado  
16 Abril Domingo es *inhábil*.  
17 Abril Lunes  
18 Abril Martes  
19 Abril Miércoles  
20 Abril Jueves  
21 Abril Viernes  
22 Abril Sábado  
23 Abril Domingo es *inhábil*  
24 Abril Lunes

La suma aritmética de los días hábiles citados nos da un montante de **diez días hábiles** (y no de catorce días como erróneamente se dice en la Resolución dictada de la que discrepo), que contados y a sumar al día 16 de Junio del 2006, en que debería haber finalizado el plazo de los doce meses naturales, de no haber mediado la suspensión habida, nos lleva inexcusablemente al día **26 de Junio del 2006**.

Y toda vez, que según ha quedado fehacientemente acreditado en nuestra Resolución, que el expediente se recibió y tuvo su entrada en el Tribunal el día **30 de Junio del 2006** éste había caducado cuatro días antes.

De ahí que debería haberse estimado la excepción planteada y declararse la caducidad del Expediente y su archivo.

**5ª** finalmente, entiendo procede contestar a lo manifestado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el *Plenario* en orden a las alegaciones de las partes en cuanto a la excepción de caducidad nuevamente reiterada.

El Servicio de Defensa de la Competencia se limitó a decir textualmente “que el expediente no había caducado” sin más explicación. Y, ex novo, citó sin ulterior desarrollo argumentativo “el interés general del expediente”.



Ciertamente no es de recibo, que el Servicio de Defensa de la Competencia, tras cuatro años de instrucción, tras dejarse caducar por doble partida el expediente, *finalmente* cite sin argumentar “estar en presencia de un interés general” cuando es el propio Servicio de Defensa de la Competencia el que ha hecho abstracción y olvido el interés general dejándose caducar los dos expedientes incoados.

Así, la primera de las discrepancias que sostengo frente a lo acordado por EL PLENO de este Tribunal de Defensa de la Competencia es ***que debió acordar la CADUCIDAD del Expediente, y haber estimado la excepción articulada por SOS CUÉTARA.***

### **TERCERO.- FONDO.**

Obviamente al estimarse la excepción de caducidad, el entrar en el fondo del expediente habría decaído *ope legis*.

En todo caso, *ad cautelam*, entiendo ser procedente entrar en el fondo del expediente, por considerar que a mayor abundamiento debió declararse el Archivo del Expediente por inexistencia de causa tutelable.

Consiguientemente debemos partir de lo acordado en la Resolución en su Parte Dispositiva, en cuyo PRIMER RESUELVE “declara que el grupo SOS CUETARA y las Empresas CARREFOUR, CAPRABO, ALCAMPO, EROSMER IBERICA, MERCADONA, DIASA, GRUPO EL ARBOL y EL CORTE INGLES han incurrido en una práctica prohibida por el Artículo 1.1a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos para el establecimiento de un precio mínimo de venta al público de sus marcas Carbonell 0,4 y Koipesol”.

Conclusión a la que llega desde el establecimiento de Hechos Probados, que no sólo conforman el Segundo de los Fundamentos de Derecho, sino que se enuncian a lo largo y ancho de la Resolución.

De ahí que, sentada la realidad de los diferentes y muy diversos *precios de cesión*, se declara como probado que “la conducta del Grupo SOS CUETARA de promover acuerdos para establecer un precio mínimo de venta al público, uniforme en las grandes cadenas de distribución minorista para sus productos Carbonell 0,4 y Koipesol” **se revela: 1)** por las manifestaciones realizadas por su presidente, el Sr. S. al diario a El País y publicadas en un artículo el 19 de Mayo del 2002; **2)** por el fax remitido por SOS CUETARA a Carrefour en junio del 2003, proponiéndole una subida de los precios de cesión superior al 25%; y **3)** finalmente, el diferente comportamiento del mercado de la venta minorista de los aceites Carbonell 0,4 y Koipesol en las

épocas inmediatamente anterior y posterior al inicio de la nueva política comercial del Grupo Koipe, según acreditan las encuestas de la OCU.

El Servicio de Defensa de la Competencia a lo largo de la muy extensa duración de la instrucción del Expediente Sancionador que ahora nos ocupa, pero que trae causa antecedente del anterior declarado por este Tribunal de Defensa de la Competencia como *caducado*, deviene necesario enfatizar que siendo su duración superior a *cinco años*, ***ha sido incapaz de encontrar alguna prueba directa concluyente***, debiendo acogerse a la prueba de indicios, que la muy constante y uniforme doctrina jurisprudencial dictada al efecto “sólo reconoce valor probatorio excepcionalmente y siempre y cuando la misma de cumplimiento a los tres requisitos que con valor *sine qua non* fija, por cuanto la sólo inexistencia de uno de ellos, llevaría al fracaso de dicha prueba de indicios y a su desestimación *de facto*”.

Por cuanto antecede y sentados los Hechos que la Resolución establece, así como la prueba de indicios que los desarrolla, procede valorarlos para, en su caso, desvirtuarlos por inconsistentes.

**1º** el primero de ellos y citamos, nuevamente en su literalidad, nos dice que “se revela por las manifestaciones realizadas por el presidente de SOS CUETARA, el Sr. S., al diario El País y publicadas en un artículo del 19 de mayo del 2002” que obra al Folio 154 del expediente tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

- decir en primer lugar, que *no se trata de una entrevista concertada entre el periodista y el Presidente del Grupo SOS CUETARA.*
- en segundo lugar, que se trata, por tanto, de un artículo periodístico, con el único valor que pueda tener acreditado el articulista, *pero que en ningún caso goza del valor ex cátedra y de aplicación erga omnes*, lo que equivaldría a un ejercicio de fe ciega, por mucho valor que queramos dar a una publicación aparecida en El País.
- pero en definitiva ¿qué se dice en dicho artículo periodístico firmado por el articulista V. M.?. Pues lo siguiente:

**V. M.**

**El grupo Koipe ha lanzado un órdago a la distribución. Desde el pasado mes de abril, la empresa ha fijado un precio de venta único en toda España para sus aceites, rechazando el suministro de sus productos a quienes no cumplen sus exigencias.**

El grupo Koipe es el líder del mercado de aceite de oliva en España, con una cuota de mercado del 30%. Así que la gran distribución, acostumbrada a negociar tradicionalmente a la baja con todo el sector aceitero, ha tenido que aceptar este reto a regañadientes.

Para el grupo Koipe la medida puede suponer una reducción en las ventas, perder cuota de mercado, pero no un recorte en los ingresos ni en los beneficios.

El aceite de oliva, como la leche, ha sido en los últimos años uno de los productos “reclamo” de la gran distribución para el carro de la compra. Frente a los precios de coste, en muchos casos, las cabeceras de los lineales de la gran distribución estaban plagadas de aceites en oferta a precios mucho más bajos, sin que nunca se haya sabido si eso era debido a la mala calidad del producto o a la venta con pérdidas.

Medios industriales califican el aceite como un mercado duro, con unos márgenes en el mejor de los casos muy limitados, llegando a incurrir incluso en pérdidas en muchas operaciones para no quedarse fuera de una cadena de la gran distribución.

Aunque hay una demanda cada día mayor del aceite de oliva virgen extra y las grandes marcas mantienen sus cuotas de mercado, la realidad es que la venta de aceite de oliva tiene una gran relación con el aceite de oferta de cada semana, donde lo primero es el precio.

Esta situación, fuertemente arraigada en el sector del aceite de oliva y la distribución es algo que están tratando de romper desde hace unas semanas los nuevos responsables del grupo Koipe, la familia S., con sus marcas Carbonell y Koipe como buques insignia. Frente a todo lo que se venía haciendo en el pasado en el sector, el grupo Koipe ha puesto en marcha una nueva estrategia arriesgada para el grupo que puede suponer una locomotora para todo el sector. Para el presidente del grupo Koipe (Sos-Cuétara) era indispensable romper la anterior situación de un mercado presidido permanentemente por los precios de oferta siempre a la baja para un producto de calidad que tiene en el exterior unas elevadas cotizaciones. En ese convencimiento, apenas aterrizar en el grupo, los nuevos propietarios han iniciado una estrategia basada, entre otros puntos, en abandonar esa política y defender unos precios altos y estables para todo el país.

“Esta política no va contra nadie, sino simplemente en defensa de los intereses del grupo e, indirectamente, de todo el sector. Sabemos que

es una estrategia arriesgada ante la existencia de un mercado donde han dominado las ventas con precios bajos. Pero creemos que se puede cambiar ese mercado y nosotros tenemos el derecho y la responsabilidad de intentarlo, aunque nos puede suponer a corto plazo un descenso en las ventas”, seña el presidente J. S..

El grupo Koipe ha decidido que su aceite de oliva Carbonell 0,4º se venda en toda España a 2,70 euros litro, 450 pesetas.

### **Dudas sobre los resultados**

La estrategia del grupo Koipe no se ve con malos ojos en el resto del sector, aunque existen serias dudas de que la misma tenga éxito ante la existencia de un mercado viciado por los precios a la baja. No obstante, se reconoce el valor del grupo Koipe y se coincide en señalar que si alguien puede intentar ese cambio en el sector es solamente el grupo líder.

Si la estrategia sale bien, se mantienen ventas y el resto del sector colabora sin ofertas masivamente precios a la baja, el resultado de esta política para el conjunto del aceite puede ser espectacular, con beneficios para todos y precios al alza. Con esta actuación se podrían frenar los precios de oferta y elevar las cotizaciones una media de 0,30 euro por litro, unas 50 pesetas.

- tanto el Servicio de Defensa de la Competencia, como el Tribunal en la Resolución citada y de la que discrepamos, *dan como argumento de valor* que lo manifestado por el Periodista en cierto, que le ha sido manifestado por el Presidente de SOS CUETARA, si bien no se ha celebrado ninguna entrevista al efecto y que ello es tan cierto “por cuanto nunca se ha desvirtuado por la persona no entrevistada”.

Entramos en el mundo de la *falacia especulativa*, pues tanto el Servicio de Defensa de la Competencia, como este Tribunal en la Resolución dictada *hacen abstracción a capricho* de una realidad contrastada: SOS CUETARA y así consta en el expediente tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia, como en las actuaciones habidas ante este Tribunal han propuesto, de forma reiterada, la prueba testifical del articulista, así como la del presidente nunca entrevistado. **PRUEBA QUE NUNCA SE ADMITIÓ, LO QUE IMPOSIBILITÓ SU ADVERACIÓ.**

Pero es más irritante, a los efectos procesales, que dichas pruebas pudieron y debieron practicarse inexcusablemente, dado que tanto el articulista como el presidente nunca entrevistado ***siguen vivos en la***

**actualidad y en paradero conocido.** Por lo que estaríamos hablando de prueba directa, suficiente y bastante, y no de una prueba de presunciones o de indicios, que devendría alternativa, caso de no haberse podido acceder a la prueba directa.

Si ello no tuviera suficiente relevancia en el mundo procesal, estamos en presencia de un Expediente Sancionador, caducado, instruido sin audiencia de la parte condenada “*efecto primario y necesario*” para darse los siguientes requisitos de la prueba de presunciones, **si** lo tendría el hecho que el presente Expediente Sancionador habría sido instruido en clara vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad, que consagran los Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

**CONCLUYENDO** este primer requisito de los tres exigidos por la doctrina jurisprudencial no se ha cumplido *sensu strictu*, por lo que de conformidad con la doctrina que desarrolla y posibilita, como alternativa, la prueba de presunciones o de indicios, haría decaer los dos siguientes, lo que nos llevaría inexcusablemente al Archivo del Expediente Sancionador.

**2º** sin perjuicio de lo establecido en el anterior párrafo 1º y, a mayor abundamiento, **el segundo de los indicios** en los que se ampara la Resolución de la que discrepamos, dice que “el fax remitido por SOS CUETARA a Carrefour en junio del 2003, obrante al Folio 6768 del expediente, le propone una subida de los precios de cesión superior al 25%....”.

En el acto de la Vista y a propuesta de este Vocal discrepante, DIASA (Distribuidora Internacional de Alimentación S.A.) reconoció pertenecer al mismo Grupo que Carrefour, teniendo los mismos órganos directivos, conformar el mismo accionariado del capital societario, así como el domicilio social y, lo que es más importante, *tener la misma actividad comercial*.

Si ello es así, si DIASA según el informe oral concretado en la Vista, manifiesta que no ha tenido ningún problema en el suministro de los aceites Carbonell 0,4 y Koipesol y ello no obstante mantener precios de venta al público bajos, incluso inferiores a los precios de cesión (= venta a pérdidas), así como la virtualidad de las Tarjetas Club Dia, o la realidad de los cupones de hasta un 10% de descuento, cómo es posible concluir que otra empresa del mismo grupo, Carrefour, por el sólo anuncio de promocionar una serie de productos, entre ellos los aceites Carbonell 0,4 y Koipesol, sea represaliada.

Entendiendo como represalia una *propuesta* de subida de los precios de cesión o es que ahora, por conveniencia se habla de precios de venta al público?. Ello, de asumirse, no llevaría a otra conclusión que “las propuestas

sobre la movilidad de precios de cesión en este mercado es una realidad” que conduce a las negociaciones entre el proveedor y el concreto distribuidor, lo que propicia el aserto incontrovertido, tanto del Servicio de Defensa de la Competencia, como de la Resolución “en la existencia real de diferentes y diversos precios de cesión” a cada uno de los distribuidores de los aceites de SOS CUETARA.

Pero simplemente y a los meros efectos argumentales ¿puede entenderse que el proveedor, SOS CUETARA, efectúe diversos y diferentes precios de cesión a cada uno de los distribuidores de sus productos, para seguidamente y sin solución de continuidad imponerles unos precios mínimos de venta al público?. Cabe preguntarse ¿en dónde está su beneficio en los precios de cesión (compraventas ciertas) o en los precios de venta al público, que en ningún caso se cumplen, dadas las diferentes políticas comerciales de cada distribuidor, tales como productos gancho, tarjetas de fidelización, bonos descuentos, promociones, etc.?. ¿Cómo podría entenderse que el proveedor sólo tenga problema con Carrefour, que representa el 10% de las ventas totales y no tener ningún problema con el resto del sector que representa el 90%?. ¿Cómo puede entender, de seguirse el argumento de la Resolución, que el proveedor que necesita de los distribuidores para su subsistencia, se enfrente a la totalidad del sector de la distribución, para una vez negociados los diferentes precios de cesión, les imponga seguidamente los precios de venta al público, y ello teniendo en cuenta la diferentes y muy diversa realidad de sus costes, lo que equivaldría de facto a una discriminación de unos frente a otros, de los grandes contra los más pequeños?.

Y todo partiendo de una prueba de indicios, no adverada en la instrucción (*desconocemos el por qué de la inadmisión de la prueba directa*) que se necesita fijar como cierta, pues caso contrario el expediente caería como un castillo de naipes. ELLO NO ES ADMISIBLE, NI TUTELABLE en Derecho.

Lo que nos llevaría a declarar el Archivo del Expediente.

**3º** finalmente, el informe OCU. Decir *prima facie*, que el Expediente Sancionador se inicia a virtud de denuncia que la OCU hace ante el Servicio de Defensa de la Competencia y a la que aporta unas encuestas. De ahí que al ser parte denunciante, no puede ser al mismo tiempo juez de la denuncia, por lo que las citadas encuestas deben ser objetivadas como documento de parte *ad hoc* y valoradas como una prueba más, que puede ser desvirtuada por los demás informes aportados al expediente por las partes denunciadas. O lo que es lo mismo, no goza de valor de prueba plena.

De ahí, en primer lugar que dichas encuestas se refieren a un cortísimo periodo de tiempo; se refieren a un muy corto número de establecimientos de los existentes en el sector de la distribución; y, finalmente, no se ha acreditado la técnica empleada para llegar a la conclusión final. Es decir, no se dan los requisitos mínimos probatorios exigidos para convertirse en una prueba plena.

Lo que nos llevaría a declarar el Archivo del Expediente.

#### **CUARTO.- RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS DICTADAS POR EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**

Coetáneamente a este Expediente Sancionador y objeto de la Resolución que combato, el Servicio de Defensa de la Competencia el día 19 de Julio del 2006, dicta un *Acuerdo de archivo* de la denuncia presentada por la Unión de Consumidores de la Comunidad Valenciana UCE, contra Alcampo, Consum, Mercadona, Carrefour y El Corte Inglés “por un supuesto acuerdo de fijación de precios para una serie de productos puestos a la venta (leche, arroz, agua, preparados de muestra, atún, garbanzos, zumos, lavavajillas, **aceites de oliva**, macarrones, limpiacristales, detergentes, suavizantes, lavasuelos) lo que en su opinión supone una infracción del artículo 1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia”.

Tras valorar la denuncia, citar las actuaciones seguidas por el Servicio, fijar los hechos y el mercado, concluye valorándolos para llegar al Archivo de la denuncia, en mérito a la prueba de indicios. Prueba de indicios o presunciones que podemos sintetizar así:

- de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución 224/86 de 13 de Julio de 1988) *la práctica concertada* es aquella conducta anticompetitiva que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia en el mercado y que, por esta razón, induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probados.
- éste es un mercado cuyas características principales son: la fuerte interdependencia de los operadores; la posibilidad de entrada de nuevos competidores; la competencia en precios puede ser prácticamente concebida como un juego de suma cero e incluso de suma negativa, es decir, partiendo de una situación de equilibrio si un operador disminuye sus precios con el fin de aumentar su cuota de mercado, sólo puede hacerlo a costa de la cuota de mercado de sus

competidores, lo que haría a éstos reducir asimismo los suyos, en una situación donde la demanda es prácticamente invariable.

Sería este un alineamiento natural del mercado.

- el mismo Tribunal de Defensa de la Competencia en Resolución 387/90 de 11 de Mayo de 1998 define al práctica *conscientemente paralela* como un comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar cada una de ellas las respectivas acciones con el propósito de evitar discordancia, conociendo cada una, previamente, los fines y medios de las demás.

Un comportamiento paralelo puede ser equivalente a una práctica concertada si desemboca en unas condiciones de competencia que no se corresponden a las normales del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza del producto, el número y tamaño de las empresas y el volumen del mercado.

- tal y como viene admitiendo el Tribunal de Defensa de la Competencia, para que pueda imputarse la comisión de una práctica concertada o conscientemente paralela, es preciso que se cumplan conjuntamente los siguientes requisitos, que son los necesarios para admitir la *prueba de presunciones*: 1) que los hechos estén suficientemente probados; 2) que exista una relación causal entre la presunta conducta y los hechos; y 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los supuestos comportamientos, debiendo, en el caso de que existan otras razones para explicar los indicios, analizar y explicar la causa de su rechazo.

Las reglas de la lógica dictan que una igualdad como la que se da en este caso ha de ser el resultado, *bien* de un acuerdo de los prohibidos por el Artículo 1 de la LDC, *o bien* tener su fundamento en la propia lógica de un mercado con las características como las descritas.

Sentado lo anterior, el Servicio de Defensa de la Competencia dice en este Acuerdo de Archivo que venimos examinando que:

1º los hechos analizados en el marco del mercado descrito, no parece aceptable que la similitud de precios sea consecuencia de una situación de *competencia perfecta*.



Pero no obstante, no existen elementos suficientes para eliminar la *teoría del liderazgo* según la cual cualquier cambio de precios en la empresa reconocida como líder es seguida por el resto, ya que por un lado los propios denunciados han manifestado su adaptación a los precios de la competencia, sin especificar si los movimientos de precios son iniciados siempre por parte de la misma empresa (el líder) y secundados por el resto; y por otro, tampoco ha quedado acreditado que se trate de movimientos simultáneos de las empresas.

2º aún rechazando las tesis anteriores (competencia perfecta y liderazgo) tampoco podría pensarse, *sin más*, que la igualdad de precios sólo pueda deberse a una concertación o conducta conscientemente paralela.

Tal y como viene estableciendo la *jurisprudencia comunitaria* (Sentencias TJCEE de 14 de Julio de 1972; 13 de Julio de 1989 y 31 de Marzo de 1993) “cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación, no podrá presumirse una concertación de esa naturaleza”. Así, “los criterios de coordinación y colaboración exigibles en las prácticas concertadas deben interpretarse en el sentido de que los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política comercial que vayan a adoptar en el mercado. Ahora bien, *el requisito de la independencia* no priva a las empresas del derecho a adaptarse inteligentemente al comportamiento actual o previsto de sus competidores”.

3º de acuerdo con esta doctrina comunitaria, para que haya práctica concertada *no es suficiente* que las empresas que participen en un mercado como el presente, adopten un comportamiento paralelo y consciente sobre el mercado, *sino que es necesario* que ese comportamiento sea el resultado de *un plan común y de un concurso de voluntades que no pueda ser explicado por las condiciones y funcionamiento real del propio mercado*.

Por tanto, lo transcrito no es sino la reiteración de nuestra propia doctrina (la de este Tribunal de Defensa de la Competencia), más el añadido de la doctrina comunitaria, que habría que haberla adecuado al Expediente del Servicio y a esta Resolución de la que discrepo, en orden a la realidad del mercado examinado, que no es otro que:

- se trata de un mercado con un número reducido de empresas, con una elevada cuota de comercialización de un producto homogéneo; y ello, con una demanda elástica. Bajo estas condiciones, la propia estructura del mercado limita las posibilidades de competencia efectiva.

- los operadores en este mercado disponen de un sistema de información que les permite conocer en todo momento los precios de venta de todos los competidores, lo que les permite reaccionar rápidamente a cualquier rebaja iniciada por éstos. De ahí que, los operadores son conscientes de su interdependencia y adoptan un alineamiento con los precios de los dominantes. Cada operador sabe que una actuación competitiva dirigida a aumentar su cuota (bajando los precios, incentivándolos con descuentos, tarjetas, bonos, etc.) provoca una situación idéntica de los demás.
- todo ello lleva a concluir que se trata de un mercado en el que cada operador puede tomar conciencia de sus intereses, que coinciden en cierta manera y medida con los intereses comunes y hacer bajar y mantener sus precios al mismo nivel que sus competidores *sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada sobre todo en productos de marca que actúan como productos gancho, por su finalidad de atraer a la clientela.*

## **QUINTO.- CONCLUSIÓN.**

En mérito y con amparo en todo lo establecido y desarrollado precedentemente, la Resolución dictada mayoritariamente por el Pleno de este Tribunal de Defensa de la Competencia **DEBIÓ**

- en primer lugar, declarar la caducidad del expediente.
- y toda vez, que la excepción de caducidad *ope legis* impide entrar en el conocimiento del fondo del Expediente Sancionador, acordar el Archivo del mismo.
- en todo caso, *ad cautelam*, debió acordar el Archivo del Expediente, por cuanto el acudir a la prueba indirecta de presunciones o indicios *sólo y excepcionalmente* viene autorizada para aquellos supuestos en los que fuera e imposibilidad manifiesta el acudir a las pruebas directas, lo que no se da en el presente por los establecimientos que conforman este mi voto particular.
- no procede hacer abstracción, ni ignorar tanto por el Servicio de Defensa de la Competencia, como por este muy honorable Tribunal de Defensa de la Competencia, que la prueba de presunciones o indicios, según doctrina constitucional y jurisprudencial, requiere la existencia y exigencia conjunta de tres requisitos con el valor de *sine qua non*. Es decir y como resumen de los tres que “*si no cabe concebir otra interpretación racional de los supuestos comportamientos, debiendo en el caso de que existen otras razones para explicar los indicios, analizar y explicar la causa de su rechazo, lo que no hacen ni el Servicio, ni este Tribunal*”.

Por eso, es de lamentar, de una parte que el Servicio de Defensa de la Competencia instruyera este Expediente ***muy superficialmente***, dando por supuestos tanto los hechos, como las conductas ; y lo es, que este Honorable Tribunal de Defensa de la Competencia siguiera el *iter* marcado por el Servicio, sin apreciar la excepción de caducidad y en cuanto al fondo, el acudir sin más a la prueba de presunciones o indicios, ***sin valorar la misma, por cuanto atrae a su resolución lo explicitado por el Servicio y, finalmente, sin analizar el por qué y cómo de las causas de rechazo de lo acontecido, perfectamente explicable, como hemos puesto de manifiesto en el apartado anterior CUARTO.***

**CONCLUYENDO:** EL Tribunal de Defensa de la Competencia debió dictar una Resolución en la que se acordase la caducidad del expediente, sin más. Y caso de entrar en el fondo del mismo, debió acordar su archivo por las razones expuestas.

Así por este mi VOTO PARTICULAR, lo pronuncio, mando y firmo.