

**Esta Resolución ha sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional,
en el que se ha abierto pieza de medidas cautelares**

RESOLUCIÓN (Expt. 589/05 FIAB/Grandes Superficies)

Pleno

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña

En Madrid a 22 de mayo de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Antonio del Cacho Frago, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 589/04 (2434/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por la denuncia formulada por la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB), contra las entidades mercantiles Alcampo S.A., Grupo Carrefour, Grupo el Corte Inglés y Mercadona S.A. Por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1.1 a), b) y d), y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 2 de diciembre de 2002 se recibió en la Dirección General de Defensa de la Competencia escrito de D. J.J.BdeP., en nombre y representación de la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB), en el que formulaba denuncia contra las entidades mercantiles ALCAMPO S.A., GRUPO CARREFOUR, GRUPO EL CORTE INGLÉS y MERCADONA S.A., por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 a), b) y d), y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 81 del TCE, consistente en:

Acuerdo entre las denunciadas para la imposición a sus suministradores de un sistema homogéneo de seguridad, mediante etiquetas antihurto en origen, para todos aquellos productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto lo justificaran. Dicho acuerdo se había suscrito en Madrid por los jefes de compras de las entidades denunciadas ante notario y se denominaba “Proyecto de protección electrónica de artículos mediante sistema de radiofrecuencia digital”.

Aplicación de condiciones discriminatorias ya que la obligación de incorporar el etiquetado de seguridad se preveía para determinados productos, sin especificar el criterio diferenciador.

Abuso de posición de dominio colectivo, mediante la explotación de la situación de dependencia económica en que se encuentran los proveedores respecto de las demandadas, y por favorecer la posición de dominio de una determinada empresa (CHECKPOINT) de producción de sistemas de etiquetado antirrobo.

2. Tras la práctica de las correspondientes Diligencias Previas, con fecha 27 de junio de 2002, el Servicio dictó Acuerdo de Archivo de las actuaciones por entender que las prácticas denunciadas no llegaron a surtir efectos reales sobre el mercado, y que el acuerdo denunciado ya había cesado y, por tanto, las condiciones de competencia habían quedado restablecidas, sin que se hubieran producido efectos para la competencia que justificasen la apertura de un procedimiento sancionador.
3. El recurso interpuesto por la entidad denunciante contra el Acuerdo de Archivo del Servicio se estimó por este Tribunal, mediante Resolución de 8 de junio de 2004, en la que interesó del Servicio la apertura de expediente sancionador con el fin de esclarecer si los hechos constituyen conductas prohibidas por la LDC.
4. Con fecha 12 de julio de 2004, el Servicio admitió a trámite el expediente en el que se dictaron Pliego de Concreción de Hechos y posterior Informe Propuesta en 18 de mayo de 2005, con declaración de responsabilidad de las denunciadas por la existencia de una práctica anticompetitiva.
5. Recibido el expediente en este Tribunal, por Providencia adoptada en la sesión plenaria del 1 de junio de 2005 se admitió a trámite y se puso de manifiesto a los interesados por plazo de 15 días para proposición de prueba y petición, en su caso de celebración de Vista.

6. En el trámite de proposición de prueba participaron las entidades interesadas para solicitar la práctica de los medios de prueba que estimaran oportunos y que se llevaron a efecto con el resultado que consta en las actuaciones. El Tribunal acordó no dar lugar a la celebración de Vista.
7. Mediante providencia de 17 de enero de 2006 se concedió a las entidades interesadas el plazo establecido en el artículo 41.1 de la LDC para formular alegaciones, compareciendo en este trámite Fiab, Alcampo, El Corte Inglés S.A., Centros Comerciales Carrefour S.A. y Mercadona S.A.
8. El Pleno del Tribunal debatió y falló este expediente en la sesión del día 10 de mayo de 2006.
9. Son interesados:
 - La Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas.
 - Alcampo S.A.
 - Grupo Carrefour
 - Grupo el Corte Inglés

HECHOS PROBADOS

1. La denunciante en este expediente, la Federación de Asociaciones de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) representa prácticamente al 100% de las empresas productoras de este sector.
2. Las denunciadas en este expediente:

Alcampo S.A., perteneciente al Grupo Internacional Auchan, es uno de los mayores grupos de distribución a nivel mundial. En España posee las cadenas Alcampo y Sabeco.

Carrefour, que es líder europeo y segundo mundial de la distribución minorista, además de estar presente en otros sectores. En España actúa bajo las insignias Hipermercados Carrefour; Supermercados Champion, Día y Cash and Carry Puntocash.

Grupo el Corte Inglés, matriz de empresas tales como el Corte Inglés, Hipercor, Superior S.A. y Opencor. Se trata de la primera firma del sector de la distribución del país, y está presente en diversas actividades además de la distribución minorista.

Mercadona S.A. compañía de distribución integrada dentro del segmento de supermercados, está presente en 35 provincias de 11 comunidades autónomas con 646 supermercados.

3. Las cuatro empresas denunciadas, que actúan en el sector de la distribución minorista en todo el territorio nacional, en el que poseen una fuerte presencia e implantación, adoptaron un acuerdo que se plasmó en un documentos denominado “Proyecto de protección electrónica de artículos mediante sistema de radiodifusión digital”, suscrito en Madrid ante notario.
4. Este acuerdo se comunicó a los proveedores mediante un escrito fechado en Madrid, el 19 de junio de 2002, y firmado por ejecutivos de las empresas denunciadas, en el que “se comunica que todos aquellos productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto así lo justifiquen, deberán ser entregados al canal de distribución debidamente protegidos con etiquetas de Radio Frecuencia desactivables de 8,2 mhz”.
5. La referida comunicación se remitió a las empresas que a continuación quedan reseñadas:

Allied Domecq S.A., compañía líder en el sector de bebidas espirituosas en España, que encuentra entre sus marcas con Ballantine’s, DYC, Beefeater y Centenario.

Diageo España S.A., considerada primera compañía de bebidas Premium del mundo que cuenta entre sus marcas con Baileys, Smirnoff, Cardhu, Johnnie Walker.

Bacardí España S.A., con una importante cuota de mercado respecto del ron.

Larios Pernod Ricard S.A., que comercializa entre otras: Clan Campbell, Chivas Regal y Passport en marcas de whisky, Larios en ginebras y Havana Club, en ron.

Importaciones y Exportaciones Varma.

6. Mediante escrito de 20 de enero de 2003, el Consejero-Secretario de El Corte Inglés desautoriza el envío de la carta de 19 de junio de 2002, y manifiesta que “seguirá dirigiéndose a sus proveedores únicamente en su nombre y de forma individual –como viene haciendo siempre-, siendo en cualquier caso necesario encontrar una solución adecuada para ambas partes sobre el etiquetado de seguridad de sus productos”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El análisis de las cuestiones planteadas en este expediente encuentra su fundamento fáctico en el acuerdo adoptado por las cuatro entidades mercantiles denunciadas, es decir, Alcampo S.A., Grupo Carrefour, Grupo el Corte Inglés y Mercadona S.A., que se formalizó ante notario mediante la firma de los jefes de compra de las mencionadas sociedades. En el acuerdo, notificado por correo ordinario a Allied Domecq S.A., Diageo España S.A., Bacardí España S.A. y Larios Pernod Ricard S.A. en septiembre de 2002, se obligaba a estas empresas a entregar al canal de distribuciones, debidamente protegidos con etiquetas de Radio Frecuencia desactivables de 8,2 mhz, los productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto así lo justifiquen. Este acuerdo se valora por el Servicio de Defensa de la Competencia en los siguientes términos: “La implantación en origen de un determinado sistema de seguridad es una decisión empresarial que, al implicar un incremento en costes, una modificación en las cadenas de producción y distribución, una posible modificación en los precios, etc, corresponde al ámbito de la autonomía empresarial de cada fabricante, importador o distribuidor. La decisión adoptada por Grupo Carrefour, Mercadona S.A., Alcampo S.A. y Grupo el Corte Inglés de unificar sus exigencias y referirlas a un determinado sistema de seguridad, intentando imponerlas a sus proveedores de determinados productos, es un acuerdo entre competidores de fijación de condiciones comerciales, prohibido por el artículo 1 de la LDC”. Esta calificación ha sido rechazada por las entidades comerciales denunciadas, tanto en fase de instrucción ante el Servicio, como en las alegaciones formuladas por sus representantes legales en las actuaciones practicadas por este Tribunal.

SEGUNDO.- El artículo 1.1 de la LDC, que tiene una redacción similar a la que conforma la norma del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea, contiene en el mismo ámbito de la prohibición, distintas alternativas, como evidencian el empleo de las expresiones de que las conductas tengan por “objeto”, o produzcan o puedan producir el “efecto” de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional; en este sentido numerosas resoluciones de este Tribunal y sentencias de la Audiencia Nacional, de las que se puede citar a título de ejemplo la sentencia de 2 de noviembre de 1998, recaída en recurso contencioso-administrativo contra resolución del TDC, dictada en expte. 345/94 (máquinas recreativas), en la que se afirma que las conductas tipificadas en el artículo 1 de la LDC están prohibidas “Si y sólo si, por

lo que respecta al impedir, restringir o falsear la competencia, cumplen una al menos de las siguientes condiciones:

- a) Tener el objeto, aunque no lo consiga.
- b) Producir el efecto, aunque no haya propósito o
- c) Haber podido producir el efecto incluso sin perseguirlo”

En consecuencia, procede distinguir en las conductas anticompetitivas sancionadas en los preceptos nacional y comunitario citados, aquellas que lo son por constituir restricciones por su objeto y aquellas otras en las que las restricciones están ocasionadas por sus efectos negativos para la competencia. En este sentido se pronuncia el TJCE en sentencia de 13 de julio de 1966 en los asuntos acumulados Consten y Grundig, así como también posteriormente en sentencias de 30 de junio de 1966 en el asunto Maschinenbau y sentencia de 11 de enero de 1990 en el asunto Sandoz. Es suficiente que el objeto de los acuerdos sea anticompetitivo, es decir, que por su propia naturaleza constituya una restricción de la competencia para que actúe la prohibición legal, porque el perjuicio a la competencia es el propio contenido del pacto. Sin que sea necesario proceder al examen de sus concretos efectos, reales o previsibles, sobre el mercado, aunque sí es necesario que la lesión a la competencia sea verosímil, elemento de valor que se definirá en cada caso en atención a las circunstancias concretas apreciables en el ámbito del propio acuerdo y en la situación del mercado.

TERCERO.- El acuerdo firmado por las cuatro empresas de distribución denunciadas está prohibido por el artículo 1.1 a) de la LDC, como propone el Servicio, habida cuenta que el entendimiento interempresarial implica la coordinación para la fijación de condiciones comerciales, es decir, la imposición a sus suministradores de un sistema homogéneo de seguridad, mediante etiquetado antihurto en origen para determinados productos. Este acuerdo, que ha sido adoptado por competidores directos en el sector de la distribución minorista, modifica las anteriores condiciones comerciales, mediante el traslado al sector de los proveedores de gran parte de la responsabilidad de protección de los productos ante el elevado índice de pérdidas injustificadas y hurtos no descubiertos, cuestión que se plantea fundamentalmente en el sector de la distribución, que es el llamado, en consecuencia, a la adopción de las correspondientes medidas de seguridad, incluso con la colaboración de los proveedores, por tratarse un problema común que afecta a todos los operadores del mercado, aunque esta colaboración tiene el cauce adecuado en la relación individualizada con cada una de las empresas proveedoras, a fin de lograr una solución apropiada en el sistema de etiquetado de seguridad de sus productos.

El acuerdo que motiva la incoación de este expediente sancionador es en sí mismo, por su propio contenido y finalidad, restrictivo de la competencia, en el sentido expuesto por el Servicio, con las consecuencias negativas para el mercado que el propio órgano instructor señala, habida cuenta, además, del elevado número de productos afectados, atendida, de una parte, la consideración de las empresas denunciadas como líderes en la distribución minorista y, de otra la presencia relevante en el mercado de las empresas a las que les fue comunicado el acuerdo: Allied Domecq S.A., Diageo España S.A., Bacardí España S.A., Importaciones y Exportaciones Varma y Larios Pernod Ricard S.A.

Las precedentes consideraciones no pierden eficacia ante las alegaciones formuladas por las representaciones legales de las entidades mercantiles denunciadas. En efecto, la realidad del acuerdo denunciado está fuera de toda duda, según aparece demostrado por el conjunto de actuaciones; la comunicación de este acuerdo a las empresas proveedoras se ha efectuado por medio de documento firmado por ejecutivos de las cuatro empresas distribuidoras, que han utilizado sus logotipos; la existencia del acuerdo en cuestión y su comunicación a los proveedores está cubierta por la garantía de la fe notarial; aunque el proceso de estudio y decisión de las medidas de seguridad ha adoptado la denominación de “proyecto” esta expresión no se puede aplicar a la comunicación enviada por carta de 19 de junio de 2002, que tiene sentido imperativo: de forma que los productos “deberán ser entregados al canal de distribución debidamente protegidos con etiquetas de Radio Frecuencia desactivables de 8,2 mhz”; la actuación de los ejecutivos de las cuatro empresas distribuidoras ha tenido lugar con asentimiento de las respectivas entidades comerciales, que han cambiado la actitud inicial por una relación individual con los proveedores con posterioridad a la denuncia formulada por FIAB ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

En conclusión, procede estimar la propuesta efectuada por el Servicio de existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la LDC, de la que son responsables Alcampo S.A. Grupo Carrefour, Grupo el Corte Inglés y Mercadona, consistente en la adopción y comunicación a los proveedores de un acuerdo de fijación de condiciones comerciales, y, en consecuencia, imponer las sanciones previstas en la mencionada Ley.

CUARTO.- Respecto a la sanción correspondiente al acuerdo anticompetitivo imputado a las cuatro empresas distribuidoras, la cuantía de la multa debe atenerse a los elementos de determinación suministrados por el artículo 10.2 de la LDC, y para ello hay que tener en cuenta que el mercado de producto es el de bebidas alcohólicas y que el mercado geográfico es el nacional. En este sentido, son datos de interés que en el anuario del Ministerio de Agricultura del año 2002, el gasto total anual de bebidas alcohólicas fue de 3.071 millones de €, y de esta

cantidad, aproximadamente, 1.811 millones se adquirieron en el comercio minorista. Así mismo, a nivel nacional en el sector de licores y bebidas espirituosas, cerca de un 30% corresponde a ventas a grandes empresas de distribución; entre un 65 y un 70% sería la facturación del comercio tradicional, en el que se incluyen mayoristas, y el resto correspondería a restauración. También a nivel nacional, en la relación de Hechos Probados, ha quedado descrita la importancia y posición de auténticos líderes que tienen en el mercado las cuatro empresas imputadas, y en el mismo lugar de esta resolución se menciona la destacada presencia que tienen los proveedores, a los que se les comunicó la imposición de la referida medida de seguridad antihurto, en el mercado de bebidas alcohólicas. Por último, es de tener en cuenta que, en virtud de la denuncia formulada por FIAB, el acuerdo tuvo una corta presencia en el mercado y que éste prácticamente no sufrió los efectos de la restricción. La ponderación de los distintos aspectos mencionados y la valoración conjunta de éstos por el Tribunal, motiva la sanción de cada una de las entidades comerciales imputadas de setenta y cinco mil euros.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que las entidades mercantiles Alcampo S.A., Grupo Carrefour, Grupo el Corte Inglés y Mercadona S.A. son responsables de una infracción sancionada por el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por concertar sus políticas comerciales imponiendo a sus suministradores un sistema homogéneo de seguridad, a través de la instalación de etiquetas antihurto en origen.

SEGUNDO.- Imponer a cada una de las mencionadas empresas la multa de 75.000 euros

TERCERO.- Intimar a las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar dicha conducta.

CUARTO.- Ordenar a las entidades sancionadas a la publicación, en el plazo de dos meses, 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, con multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicar.

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.