

RESOLUCIÓN (Expte. 578/04, EKO-AMA MONDÁRIZ)

Pleno

Excmos. Sres.:

- D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
- D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
- D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
- D. Miguel Comenge Puig, Vocal
- D. Antonio del Cacho Frago, Vocal
- D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
- D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
- D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 2 de noviembre de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal) con la composición antedicha y siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la presente Resolución en el expediente 578/04 (2465/03 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) originado por una denuncia de la empresa comercial Central de Compras Eko-Ama S.A. (EKO-AMA) contra la empresa productora de agua embotellada Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. (MONDÁRIZ) por una conducta presuntamente prohibida por la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en haberle impuesto los precios de venta al público de sus productos y haberle negado el suministro de los mismos cuando dejó de cumplir la citada imposición de precios.

ANTECEDENTES

1. El 8 de mayo de 2003 tiene entrada en el Servicio un escrito de EKO-AMA mediante el que denuncia a MONDÁRIZ por conducta supuestamente prohibida por la LDC consistente en haberle impuesto precios de venta al público para sus productos y dejarle de suministrar los mismos al dejar de cumplir la citada imposición de precios.
2. El 9 de mayo de 2003, mediante Providencia, el Servicio admitió a trámite la denuncia, acordó incoar expediente sancionador a MONDÁRIZ por supuestas conductas prohibidas por la LDC y nombró el equipo instructor.
3. El 2 de febrero de 2004 la Instructora formula Pliego de Concreción de Hechos (PCH), al que presentaron alegaciones los interesados, lo que

originó posteriormente ciertas actuaciones probatorias de la Instructora.

4. El 5 de mayo de 2004 el Servicio, concluida la instrucción, formula Informe al Tribunal con la siguiente propuesta:

Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) *Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la fijación vertical de precios de venta al público y la prohibición de hacer descuentos y promociones de la que es responsable AGUAS DE MONDÁRIZ S.A.*

b) *Se ordene a AGUAS DE MONDÁRIZ que cese en la práctica y que se abstenga en lo sucesivo de prácticas semejantes.*

c) *Se ordene a AGUAS DE MONDÁRIZ que publique, a su costa, la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte, en el BOE y en un diario de información nacional que tenga difusión en todo el territorio nacional.*

d) *Se ordene a AGUAS DE MONDÁRIZ que dé traslado de esa Resolución a todos los distribuidores.*

Segundo.- *Que se adopten [por el Tribunal] los demás pronunciamientos a que se refiere el art. 46 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.*

5. El 10 de mayo de 2004 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido y el correspondiente Informe-Propuesta.
6. El 24 de mayo de 2004 el Pleno del Tribunal dicta una Providencia, en la que nombra Ponente y acuerda a admitir a trámite el expediente y ponerlo de manifiesto a los interesados para que, por un plazo de 15 días, puedan proponer pruebas y solicitar la celebración de vista. Ambos interesados comparecen en este trámite.
7. El 20 de julio de 2004 el Tribunal dicta un Auto en el que acuerda admitir y declarar pertinentes varias pruebas propuestas e inadmitir otras, y establece el trámite de conclusiones escritas para la tramitación posterior del expediente.
8. El 21 de julio de 2004, una vez incorporadas al expediente las pruebas

admitidas, el Tribunal dicta Providencia en la que se dispone la puesta de manifiesto del expediente a los interesados para que, en el plazo de 10 días, aleguen cuanto estimen conveniente acerca del alcance e importancia de la prueba. Ningún interesado comparece en este trámite.

9. El 7 de septiembre de 2004, finalizada la fase probatoria del expediente, el Tribunal dicta Providencia en la que dispone la puesta de manifiesto del expediente a los interesados para que, en el plazo de 15 días, formulen conclusiones. Ambos interesados comparecen en este trámite.
10. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 27 de octubre de 2004, delibera y falla este expediente y encarga al Vocal ponente la redacción de la Resolución.
11. Son interesados:
 - Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A.
 - Central de Compras Eko-Ama S.A.

HECHOS PROBADOS

Resulta probado que el productor de la marca de agua embotellada MONDÁRIZ ha fijado los precios mínimos de venta al público de sus botellas de 1,5 l. al comercializador minorista EKO-AMA, y que, cuando éste decidió no continuar respetando esos precios mínimos, MONDÁRIZ le suspendió los suministros. La secuencia temporal de los hechos probados es la siguiente:

1. El 22 de mayo de 2001 MONDÁRIZ remite a EKO-AMA escrito en el que fija el precio de venta al público (PVP) mínimo de la botella PET de 1,5 l. de Agua de Mondáriz, en 42 ptas. para los establecimientos denominados «cash», y en 45 ptas. para las tiendas (f. 16).
2. El 29 de agosto de 2002 EKO-AMA inició una promoción que dió a conocer mediante un folleto en el que ofertaba al público, entre el 29 de agosto y el 13 de septiembre de 2002, la botella PET de 1,5 l. de Agua de Mondáriz a 0,29 €, si los consumidores compraban 5 botellas, ofreciendo la entrega una botella adicional de regalo (ff. 18-19).
3. El 29 de Agosto de 2002 MONDÁRIZ remite un escrito a EKO-AMA comunicándole que le suspende el suministro de las ventas por no haber respetado el PVP mínimo fijado para la botella PET de Agua de Mondáriz de 1,5 l., pues la había ofertado a un PVP de 0,29 € que, al regalar una

botella comprando cinco, resultaba en un PVP unitario de 0,24 €. (f. 21).

4. El 7 de octubre de 2002 MONDÁRIZ remitió un e-mail a EKO-AMA comunicándole que desea restablecerle el suministro y solicitándole, a tal fin, que le vuelva a enviar pedidos (f. 22).
5. El 15 de enero de 2003 MONDÁRIZ remitió un escrito a EKO-AMA con las tarifas de precios que debían entrar en vigor el 2 de febrero de 2003 en la que se establece un «PVP mínimo recomendado» para la botella PET de Agua de Mondáriz de 1,5 l. en 0,31 € (f. 27).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente se ha de dilucidar si los hechos probados comportan una vulneración del art. 1 LDC por parte de MONDÁRIZ, como sostiene el Servicio, o no hay tal transgresión, como defiende la empresa inculpada.

Posición del Servicio

2. La argumentación del Servicio se estructura en tres partes. La primera hace referencia a la específica prohibición contenida en el art. 1 LDC que afecta, entre otros, a los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.
3. La segunda parte de la argumentación del Servicio alude a la consolidada doctrina del TDC, concordante con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, según la cual el concepto de «acuerdo», en un caso como el presente, es equivalente al de una conducta que, aun habiendo sido adoptada de forma aparentemente unilateral por el fabricante, cuenta con la aquiescencia, al menos tácita, del distribuidor (ver, por todas, Sentencia *Sandoz* de 11.01.90). El Servicio hace notar que en este expediente la empresa denunciada señaló a la denunciante unos precios mínimos de venta al público que ésta aceptó durante más de un año, lo que pone de relieve la existencia de una cierta concordancia de voluntades, en un principio, entre la empresa denunciante y la denunciada, aunque luego tal concordancia dejara de existir. De lo cual, el Servicio concluye que la conducta denunciada constituye un acuerdo de los prohibidos por el art. 1 LDC.
4. La tercera parte de la argumentación del Servicio se refiere a la desigual responsabilidad que corresponde en el presente caso a ambas partes al

principio concordadas. En este sentido, el Servicio se acoge a la doctrina del TDC (ver, por todas, resoluciones 493/00 *Cepsa* y 468/99 *Texaco* 2) también concordante con la del Tribunal de Justicia Europeo, según la cual, aunque denunciante y denunciado han sido coautores materiales de la infracción, la aportación de EKO-AMA a la armonización inicial de voluntades no pasó de prestar transitoriamente su consentimiento a los precios mínimos fijados por MONDÁRIZ. Por eso, concluye el Servicio, con independencia de la coautoría material de ambos, sólo cabe inculpar a MONDÁRIZ de haber infringido el art. 1 LDC, haciéndole único responsable de la conducta prohibida consistente en fijar verticalmente precios de reventa mediante la imposición al distribuidor de precios mínimos de venta al público.

5. El mercado de producto afectado ha sido, en opinión del Servicio, el de venta de aguas emvasadas y, aunque el producto objeto de la denuncia se distribuye en todo el territorio nacional, el Servicio considera que los perjuicios derivados de la práctica acreditada han repercutido, principalmente, en los consumidores gallegos.
6. El Servicio, al margen de la argumentación que sucintamente se acaba de recoger, deja referencia en su Informe-Propuesta de que, ante las alegaciones del denunciante al Pliego de Concreción de Hechos, solicitó de oficio determinadas pruebas consistentes en preguntar a varias importantes cadenas de distribución minorista de alimentación si MONDÁRIZ imponía el precio de venta al público para el formato denunciado, o si existe plena libertad de precios. El Servicio hace constar que las contestaciones registradas en los folios 2002, 2003, 2006, 2007, 2013, 2014 y 2022 a 2025 del expediente han sido declaradas, cautelarmente, confidenciales y se ha constituido con ellas pieza separada. Su contenido no ha sido utilizado en la inculpación a MONDÁRIZ.

Argumentación de MONDÁRIZ

7. MONDÁRIZ alega que las imputaciones que se le hacen son infundadas pues el comportamiento denunciado fue un hecho aislado consistente en una simple reacción cautelar de su departamento comercial para evitar lo que se interpretó como una venta a pérdida y que, con independencia del mayor o menor acierto en la redacción, en modo alguno ha existido un ánimo de imposición de precios mínimos de venta al público.
8. Por otra parte, se hace constar que MONDÁRIZ no ocupa una posición dominante en el mercado de agua embotellada, que su producción

representa menos del 2 % de la producción nacional y que su principal mercado es Galicia, donde su cuota es del 15 %, compitiendo en ese mercado duramente con gran número de marcas.

9. MONDÁRIZ concluye indicando que entre la denunciante y ella misma no existe una desproporción de medios e intereses, tratándose de dos empresas, una fabricante y otra de distribución mayorista y comercialización minorista a través de una red de supermercados propios que, dentro del sector de alimentación, gozan de una total libertad y autonomía para concertar, pactar y elegir clientes y productos. Por lo cual -alega MONDÁRIZ- las relaciones mantenidas con la denunciante han estado basadas en todo momento en acuerdos pactados libremente entre ambas. Termina sus alegaciones MONDÁRIZ señalando que, aun en el supuesto de que hubiera existido alguna irregularidad -lo que supone sólo a efectos dialécticos- debe valorarse el escaso contenido económico y la nula repercusión sobre los derechos de los consumidores.

Argumentación de EKOAMA

10. EKO-AMA señala como hecho cierto y constatable que MONDÁRIZ fijaba regularmente los precios a los que sus clientes debían vender sus productos a los consumidores y que, si se desviaban de los mismos, dejaban de ser suministrados.
11. Por eso considera impuestos los precios mínimos practicados y niega haber llegado con la denunciada a ninguna clase de acuerdo para fijarlos, al mismo tiempo que atribuye a MONDÁRIZ una posición dominante en el mercado nacional.
12. Finalmente, solicita que se declare la comisión por parte de MONDÁRIZ de una conducta restrictiva de la competencia y se adopten las medidas necesarias para la cesación de la misma.

Consideraciones del Tribunal

13. Está fuera de toda duda que, en mayo de 2001, MONDÁRIZ comunicó por escrito a EKO-AMA los precios mínimos a que debía vender al público la botella PET de Agua de Mondáriz de 1,5 l. en los establecimientos minoristas de su cadena. Tampoco es discutible que EKO-AMA aceptó practicar esos precios hasta que, en agosto de 2002, decidió dejar de respetarlos, poniendo en marcha entonces una campaña promocional en la que ofrece al público unos precios por debajo de los señalados por MONDÁRIZ como mínimos y que ella venía practicando. Finalmente,

también consta que la reacción de MONDÁRIZ a la ruptura de la entente por parte de EKO-AMA fue dejar de suministrarle a partir de entonces.

14. Todos estos circunstanciados hechos configuran, como acertadamente ve el Servicio, una conducta colusoria de las prohibidas por el art. 1 LDC, consistente en un acuerdo de fijación de precios mínimos entre MONDÁRIZ y EKO-AMA cuya duración ha sido de quince meses. Ciertamente, MONDÁRIZ empezó queriendo imponer unos precios mínimos de reventa, pero EKO-AMA podía haber desoído, como hizo más de un año después, las instrucciones de MONDÁRIZ, pero no lo hizo y tácitamente aceptó los términos de las indicaciones que se le hacían, lo que convirtió algo que pudo no pasar de una imposición en una entente que se prolongó desde mayo de 2001 a agosto de 2002.
15. También es correcta la apreciación que hace el Servicio según la cual, aunque MONDÁRIZ y EKO-AMA son coautores de la conducta prohibida, no cabe atribuir igual responsabilidad a una y otra. En efecto, MONDÁRIZ puso en marcha el proceso cuando pretendió imponer como obligatorios unos determinados precios mínimos de venta al público, no pasando la aportación de EKO-AMA a la armonización inicial de voluntades de prestar transitoriamente su consentimiento, convirtiendo la pretendida imposición en entente. De ahí que, como hace el Servicio, quepa imputar sólo a MONDÁRIZ la infracción del art. 1 LDC cometida.
16. Ahora bien, procede señalar que también hubiera sido posible, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo a que hace referencia el Servicio y según doctrina de este Tribunal, imputar la conducta a ambas empresas aunque sancionando sólo a una. Ciertamente, EKO-AMA corrigió más tarde su comportamiento inicial, lo cual es loable, pero no merece beneplácito, sin embargo, su pacífica aceptación, durante más de un año, de los precios de venta al público mínimos que se le fijaron; su rebelión de un año después, debió hacerla nada más recibir la indicación de MONDÁRIZ.
17. En todo caso, el Tribunal considera ajustada a Derecho la propuesta del Servicio, que acepta. En consecuencia, procede declarar la comisión por MONDÁRIZ de una infracción del art. 1 LDC e imponerle obligación de publicación y la correspondiente sanción.
18. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la sección segunda del Capítulo I del Título I de la LDC, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las intimaciones, el art.

9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por este Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos. Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan los arts. 1, 6 y 7 LDC multas de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

19. La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.
20. En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar para el cese de la conducta y también multar, porque la ilicitud deliberada de la acción de MONDÁRIZ examinada en este expediente no ofrece ninguna duda.
21. Por lo que se refiere a la determinación de la cuantía de la sanción, el Tribunal ha atendido a la importancia de la infracción, teniendo en cuenta los criterios que le impone el art. 10 LDC y hace constar, en este sentido, lo siguiente:
 - a) En cuanto a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, hay que señalar que conductas como la aquí declarada son muy perturbadoras del buen funcionamiento de los mercados al aparecer igualados los precios de reventa, sin que la competencia haya podido jugar su importante papel en el proceso de formación de los mismos, con claro perjuicio del consumidor, en este caso.
 - b) En relación con la dimensión del mercado afectado, ciertamente no es muy amplia porque se refiere principalmente a Galicia.
 - c) Respecto de la cuota de MONDÁRIZ en el mercado relevante, es reducida.
 - d) En cuanto al efecto de la restricción sobre la competencia, aunque

conceptualmente es muy importante, en la práctica no ha podido ser elevado, dadas las circunstancias.

e) En cuanto a la duración de la restricción de la competencia, resulta acreditado que ha durado quince meses.

f) Por lo que se refiere a la reiteración del imputado, no consta.

22. Estas consideraciones ponen de manifiesto que la mayoría de factores que deben ser tenidos en cuenta para cuantificar la sanción se han dado en un grado que, en su conjunto, no puede calificarse como grave. El Tribunal, atendiendo todas las circunstancias, fija la cuantía de la sanción en 90.000 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

Primero.- Declarar a Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. responsable de haber practicado una conducta prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en fijar verticalmente precios de venta al público.

Segundo.- Intimar a Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. para que en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes.

Tercero.- Imponer a Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio español.

Cuarto.- Ordenar a Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. que dé traslado de esta Resolución en su integridad a todos sus clientes en el plazo de dos meses.

Quinto.- Imponer a Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. una multa sancionadora de 90.000 euros.

Sexto.- Imponer a Aguas de Mondáriz Fuente del Val S.A. una multa coercitiva de trescientos euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de sus obligaciones de hacer pública esta Resolución.

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