



Roj: **SAN 3927/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3927**

Id Cendoj: **28079230062023100562**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/07/2023**

Nº de Recurso: **549/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000549 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06245/2016

Demandante: Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB)

Procurador: D^a CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: (DIA) Y EROSKI S. COOP. (EROSKI)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a once de julio de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 549/16 promovido por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de la **Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB)** contra la resolución de 29 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI, mediante la cual se acordó la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por FIAB y PROMARCA. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; e intervenido como codemandadas las entidades Distribuidora Internacional de Alimentación (DIA) y EROSKI S. COOP. (EROSKI) representadas ambas por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "(i) anule la Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 29 de septiembre de 2016, dictada en el marco del expediente S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI, por la que se declara la no incoación de expediente sancionador y se archivan las actuaciones;

(ii) como consecuencia de lo anterior, ordene a la CNMC reabrir el procedimiento e investigar adecuadamente el poder de mercado de las denunciadas y los efectos de las prácticas denunciadas en los mercados relevantes, una vez delimitados éstos de conformidad con los precedentes existentes en la materia, para valorar si procede incoar expediente sancionador por infracción de la Ley 15/2007, como consecuencia de la adopción e implementación del acuerdo de compra conjunta de DIA y EROSKI; e

(iii) imponga las costas del presente recurso contencioso-administrativo a las demandadas".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y las entidades codemandadas contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 15 de febrero de 2023, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 29 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y proceder al archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por FIAB y PROMARCA. por considerar que en las acciones denunciadas no hay indicios de infracción la Ley 15/2007, de 3 julio de Defensa de la Competencia".

Como antecedentes, la resolución resume los acontecimientos que precedieron a su dictado de este modo:

"PRIMERO.- Con fecha 24 de junio de 2015 la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC tuvo conocimiento a través de información publicada en diversos medios de comunicación (Folios 3 a 8 del Exp.) del acuerdo de cooperación firmado entre DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIA) y EROSKI S. COOP. (EROSKI) para negociar conjuntamente con grandes proveedores.

SEGUNDO.- El 3 de julio de 2015, y con el fin de valorar el contenido del mencionado acuerdo, la DC remitió requerimiento de información a DIA y a EROSKI (Folios 9 a 13 y 14 a 18). La DC recibió respuestas el 23 del mismo mes (folios confidenciales 169 a 319 y folios 320 a 328, para el caso de DIA; y folios confidenciales 33 a 157 y folios 158 a 165 para el de EROSKI).

TERCERO.- Sobre la base de la información facilitada en esas respuestas, la DC realizó, entre el 5 de octubre y 5 de noviembre de 2015, requerimientos de información a algunos de los proveedores incluidos en el mencionado acuerdo (folios 329 a 440). Tales requerimientos fueron respondidos entre el 16 de octubre y 7 de diciembre de 2015.

CUARTO.- El 22 de octubre de 2015 la DC realizó un nuevo requerimiento de información a DIA y a EROSKI, que fue respondido por DIA el 3 de noviembre de 2015 (folios confidenciales 1882 a 1883 y folios 1884 a 1885) y por EROSKI el 5 de noviembre de 2015 (folios confidenciales 1890 a 1891 y folios 1892 a 1893).

QUINTO.- El 25 de noviembre de 2015 se presentó ante DC escrito de FIAB (Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas) y PROMARCA (Asociación Española de Productos de Marca) en el que se denuncian posibles conductas constitutivas de infracción de lo dispuesto en los Arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por parte de DIA y EROSKI en relación con el citado acuerdo de cooperación, y se solicita la adopción de medidas cautelares al amparo del Art. 54 de la LDC (folios 1934 a 1994).

Las denunciantes consideran que determinadas cláusulas del acuerdo incurren en algunas de las conductas prohibidas por el Art. 1 de la LDC, en particular: fijación de precios (Art. 1.1.a), limitación de las inversiones en innovación o promoción (Art. 1.1.b), obligación de aplicación de condiciones semejantes a prestaciones

diferentes (Art. 1.1. c) y subordinación de la celebración de contratos con ambos a la aceptación de pagos y condiciones comerciales que no guardan relación con el acuerdo de suministro con cada distribuidor (Art. 1.1.e). Junto a ello, la denuncia considera que la aplicación del acuerdo daría lugar a conductas que podrían considerarse un abuso de posición de dominio contrario al Art. 2 de la LDC , así como infracción de lo previsto en el Art. 3 de la LDC en conexión con los Arts. 15, 16.2 y 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 10 de 11 de enero).

SEXTO.- El 27 de enero de 2016 la DC realizó un nuevo requerimiento de información a DIA y a EROSKI (folios 2078 y 2083) respondido por DIA el 8 de febrero (folios confidenciales 2114 a 2118 y folios 2119 a 2120) y por EROSKI el día 10 de febrero (folios confidenciales 2121 a 2123 y folios 2124 a 2127).

SÉPTIMO.- El 6 de abril de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de DIA (folios confidenciales 2140 a 2158 y folios 2159 a 2161) comunicando (i) la introducción en el ámbito de aplicación del acuerdo de nuevos aspectos de la relación vertical entre DIA y EROSKI y los proveedores, y (ii) la ampliación de los proveedores afectados por el acuerdo. El 8 de abril de 2016, la DC solicitó a DIA aclaración sobre la mencionada modificación (folios 2166 a 2168).

El 8 de abril de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de EROSKI (folios confidenciales 2173 a 2189 y folios 2171 a 2172) comunicando (i) la introducción en el ámbito de aplicación del acuerdo de nuevos aspectos de la relación vertical entre DIA y EROSKI y los proveedores, y (ii) la ampliación de los proveedores afectados por el acuerdo. El 12 de abril de 2016, la DC solicitó a EROSKI aclaración sobre la mencionada modificación (folios 2190 a 2192).

Las respuestas a dichas aclaraciones tuvieron entrada en el registro de la CNMC el 18 de abril de 2016 (folios confidenciales 2195 a 2197 y 2198 a 2200, por parte de DIA; y folios confidenciales 2201 a 2202 y 2203 a 2205, por parte de EROSKI).

OCTAVO.- El 6 de mayo de 2016 tuvo entrada en la DC escrito de ampliación de la denuncia presentado por FIAB y PROMARCA (folios 2208 a 2247), en el que aportan nuevos elementos en apoyo de su pretensión.

NOVENO.- Con fecha 19 de mayo de 2016, la DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su propuesta de archivo de actuaciones.

DÉCIMO.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de septiembre de 2016".

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida se refiere a la actora, FIAB, como una entidad creada en 1977 para representar a la industria española de alimentación y bebidas, y que a la fecha de la resolución estaba integrada por casi medio centenar de asociaciones que agrupan a más de 5.000 empresas. Destaca que defiende los intereses de las asociaciones adheridas en áreas como internacionalización, I+D+i, legislación y seguridad alimentaria, política agraria, medio ambiente, nutrición, formación, fiscalidad y comunicación en los ámbitos nacional, comunitario e internacional.

También alude a las dos entidades denunciadas, DIA y EROSKI.

De la primera, dice que se trata de una compañía internacional del sector de la distribución de alimentación, productos de hogar, belleza y salud, que opera en España, Portugal, Brasil, Argentina y China, y cuya actividad principal es el comercio al por menor de bienes de consumo diario a través de autoservicios, propios o en régimen de franquicia (DIA Market, DIA Maxi, La Plaza, DIA Fresh, Clarel, Max Descuento Cash&Carry, Cada día, Minipreço, Mais Perto y El Arbol).

En cuanto a EROSKI, refiere que es una sociedad cooperativa fundada en 1969, integrada en la Corporación Mondragón y dedicada a la distribución minorista, cuya principal rama de actividad es el sector de la alimentación, aunque también cuenta con tiendas de deportes (Forum Sport), de perfumería (IF), ópticas, agencias de viajes y de seguros.

Respecto a su relación con DIA, indica la resolución que en el año 2015 la CNMC autorizó la adquisición por parte de DIA del control exclusivo sobre los activos vinculados a la explotación de 160 establecimientos comerciales de distribución minorista del grupo EROSKI (Expediente C/0634/15 DIA/ EROSKI-Activos).

A continuación, procede a delimitar los mercados que están relacionados con las prácticas denunciadas, y cita los siguientes:

- El mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario en formato de libre servicio. Dicho mercado incluiría la actividad de distribución minorista de bienes de consumo diario consiste en la venta a consumidores finales de una serie más o menos diversificada de productos alimentarios y no alimentarios (droguería, perfumería, hogar, higiene, etcétera) de consumo diario, en locales de diversas características



y superficies, como hipermercados, supermercados, autoservicios de proximidad, tiendas especializadas, tiendas tradicionales, mercados de abastos, estaciones de servicio.

- El mercado ascendente del aprovisionamiento de bienes de consumo diario, que comprendería la venta de bienes de consumo corriente por los propios productores y cuyos clientes son los distribuidores mayoristas y minoristas de esos productos. Y,

- El mercado de la distribución cash&carry, respecto del cual dice literalmente que *"La distinción entre la distribución minorista de bienes de consumo diario y la distribución en formato cash&carry reside en que esta segunda modalidad de venta se dirige esencialmente a empresas y profesionales distintos de los consumidores finales. Por lo general, se exige algún tipo de identificación que acredite a los clientes como empresas o profesionales. La dimensión geográfica de este mercado es local o regional"*.

En cuanto al acuerdo firmado por DIA y EROSKI, objeto de denuncia, la CNMC señala que el objetivo de dicho acuerdo *"... es incrementar la competitividad de las partes por medio de negociaciones conjuntas con los proveedores y de este modo obtener una mejora en las condiciones de compra respectivas. El acuerdo fue firmado el 24 de junio de 2015, con duración inicial [no superior a 5 años] años a contar desde la fecha de firma, y con la posibilidad de prórrogas anuales automáticas de forma indefinida hasta que cualquiera de las Partes inste su terminación. El acuerdo prevé la adhesión de nuevos socios, si bien tomando en consideración las implicaciones que ello podría tener en materia de competencia (cláusula 13.1.4)"*.

Destaca además que *"Los proveedores afectados por el Acuerdo son los que aparecen listados en el Anexo 5.1 del Acuerdo (folios 2149 y 2150, por parte de DIA; y folios 2178 y 2179, por parte de Eroski): ..."*, y que dichos proveedores *"... pertenecen a un diverso elenco de segmentos de productos de gran consumo, con exclusión de los productos frescos tradicionales y los pequeños productores locales de proximidad"*.

También describe el funcionamiento del acuerdo del que significa, en cuanto la a determinación del volumen global de ahorro, que *"Las partes no intercambiarán información entre ellas, sino que la transmitirán a un tercero, denominado el Consultor [CONFIENCIAL], el Consultor partirá de la información proporcionada por las Partes en relación a dos conceptos: (...)"*.

En cuanto las negociaciones conjuntas con proveedores, el acuerdo incorpora diversas cláusulas para garantizar la estanqueidad de la información, que transcribe la resolución con referencia a la figura del Consultor. Incluye una referencia a las negociaciones bilaterales, de las que dice que no son de su objeto el intercambio de información que vulnere las normas de defensa de la; y a la evolución del acuerdo.

Sobre la base de todo ello, y a la vista de la denuncia y de los motivos en los que la justifican las denunciantes, la CNMC lleva a cabo un análisis económico jurídico del acuerdo que le lleva a concluir, tras los razonamientos que refleja, que *"... esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC considera que el Acuerdo analizado no constituye una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el Artículo 1 de la LDC"*.

Y también, en cuanto a una posible vulneración del artículo 2, que *"A la luz de los datos antes expuestos al describir el poder de mercado de las denunciadas, esta SALA considera que no se da posición de dominio habida cuenta, principalmente, de las cuotas de mercado y del entorno competitivo existente en el mercado nacional; y como ha manifestado el Consejo de la extinta CNC (S/0165/09 GRAN DISTRIBUCIÓN GALICIA), al no quedar acreditada la posición de dominio, individual o conjunta, no es posible que la conducta denunciada pueda constituir una infracción de abuso de la posición dominante según Artículo 2 de la LDC"*.

Finalmente, frente a lo afirmado en la denuncia en cuanto a la infracción del artículo 3 de la LDC, y tras recordar que dicha infracción exige la concurrencia de dos requisitos conjuntamente, el falseamiento de la libre concurrencia y afectación al interés público, declara que *"... no existe una afectación a la competencia en los términos del Artículo 3 de la LDC"*, antes al contrario, mantiene que *"... en línea con precedentes de la CNMC (S/DC/0524/14 LIDL) y teniendo en cuenta lo argumentado en apartados anteriores, el Acuerdo es susceptible de generar efectos positivos para los consumidores, lo que reduciendo notablemente la posibilidad de incidir negativamente sobre el interés general, que constituiría el tercer requisito necesario para apreciar una infracción del Artículo 3 de la LDC"*.

TERCERO.- Expuesto, en términos generales, el contenido de la resolución recurrida, ha de decirse que la misma ha sido también objeto de recurso por parte de la entidad PROMARCA (Empresas de Productos de Marca), seguido también ante esta Sección bajo el número 570/16 y en el que los argumentos impugnatorios son exactamente los mismos que los esgrimidos aquí.

Ha de decirse que dicho recurso ha sido resuelto en reciente sentencia de 28 de junio de 2023 cuyas consideraciones y conclusión resultan plenamente trasladables al presente caso.

Pues bien, hemos dicho en esa sentencia lo siguiente:



"TE RCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la parte demanda opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

a) Incorrecta delimitación de los mercados de producto y geográficos de referencia y que, por tanto, no analiza adecuadamente las prácticas denunciadas.

b) Incorrecta valoración del poder de mercado de DIA y EROSKI en los mercados de producto y geográficos de referencia.

c) Ausencia de valoración de los efectos del acuerdo de DIA y EROSKI en los mercados relevantes.

Por el contrario, el Abogado del Estado sostiene que no hay motivos para incoar expediente sancionador porque no hay prácticas restrictivas de la competencia. Por su parte DIA y Eroski oponen la inadmisibilidad del presente recurso por falta de legitimación de la recurrente y, con carácter subsidiario, interesan su desestimación.

CUARTO. - Examinaremos, en primer lugar, la causa de inadmisibilidad formulada por las representaciones procesales de DIA y de EROSKI por considerar que PROMARCA no se encuentra legitimada para la interposición del recurso contencioso-administrativo de referencia en la medida en que carece del interés legítimo exigido para ello en el artículo 19 de la LJCA .

Aducen que el hecho de que PROMARCA sea uno de los sujetos que interpuso la denuncia que dio lugar a la Resolución recurrida no le otorga automáticamente la condición de interesado en el procedimiento administrativo que pudiera llegar a iniciar la CNMC, y mucho menos legitimación para actuar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y recuerda que el Tribunal Supremo ha venido declarando en sucesivas sentencias que el denunciante es simplemente aquel sujeto que pone en conocimiento de la Administración unos hechos, los cuales pueden dar lugar o no al procedimiento administrativo, de modo que el denunciante, por el simple hecho de serlo, no es tenido como parte en el procedimiento, sino que debe ostentar para ello un interés legítimo en el mismo (vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1987 y de 3 de julio de 1990). Añaden, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 2007 : que, en los supuestos en materia de defensa de la competencia, mientras que la denuncia de las conductas prohibidas por las normas de competencia es pública y se permite a cualquier persona, la acción para interponer un proceso contencioso-administrativo carece de este carácter público y, en consecuencia, quien pretenda llevar a cabo la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa deberá acreditar la afectación de derechos e intereses legítimos.

Dicho lo anterior, concluyen que para que PROMARCA, en cuanto denunciante, pueda considerarse legitimada para accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa debe ostentar interés legítimo en el procedimiento de referencia y que este interés legítimo no puede consistir en el mero interés por parte de PROMARCA en el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, sino que es necesario que exista una cierta relación con el objeto del proceso, de manera que el éxito de la acción genere un beneficio para el recurrente o, por lo menos, la denegación de un perjuicio y que, en consecuencia, PROMARCA carece de interés legítimo alguno en el procedimiento contencioso-administrativo de referencia en la medida en que el interés de PROMARCA no va más allá de la mera defensa de la legalidad, de manera que la eventual sentencia que se dicte en el presente procedimiento en ningún caso le reportará beneficio o perjuicio alguno.

La parte recurrente manifiesta que, de acuerdo con el artículo 5.1 de sus Estatutos, son fines de la asociación: "Promover y defender los legítimos intereses comunes de sus empresas asociadas, en el ámbito comercial e industrial, actuando a estos efectos ante cualquier persona física o jurídica, asociación, institución pública o privada, nacional e internacional, incluida la Administración Pública" y que, en cumplimiento de su finalidad estatutaria, PROMARCA no actuó ante la CNMC como "cualquier persona, interesada o no", sino en representación y defensa de los asociados recogidos en una lista, según la voluntad expresa de éstos, todos ellos fabricantes de productos de marca que son víctimas directas de las prácticas de las codemandadas objeto de la denuncia ante la CNMC. Que una hipotética sentencia favorable de esta Sala ofrecería a esta Parte la "ventaja" de poder ampararse en ella frente a infracciones similares del Derecho de la Competencia que puedan intentar las propias codemandadas o sus competidores en el sector de la gran distribución.

Añade que, pretender que hubieren debido ser los propios fabricantes quienes interpusieran el presente recurso desafía toda lógica, teniendo en cuenta el fundado temor de represalias comerciales por parte de los fabricantes (párrafo 109 de la Demanda) y que solo a través de las asociaciones sectoriales más relevantes -FIAB y PROMARCA- es realista y posible discutir materialmente, como manifestación directa del derecho de acceso a la justicia, una resolución de archivo que no sólo es contraria a Derecho, sino también a esos intereses colectivos legítimos que represen a PROMARCA, encarnados en la denuncia presentada en su día y en el presente pleito.

A mayor abundamiento, manifiesta que es destinataria de la Resolución recurrida, que expresamente le informa de las vías de recurso de que dispone (véanse las páginas 3 y 14).



Y que, conforme a la práctica habitual de las autoridades de competencia, el denunciante es parte interesada en el procedimiento sancionador y goza, por tanto, de legitimación para discutir jurisdiccionalmente la resolución administrativa que se adopte.

Por todo ello concluye que, no cabe sino constatar el interés legítimo de esta Promarca y, por ende, que este procedimiento es admisible, como han reconocido invariablemente tanto esta Audiencia como el Tribunal Supremo cuando un denunciante recurre el archivo de una denuncia por parte de la CNMC.

Pues bien, recordemos la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 6 del 08 de noviembre de 2022 (ROJ: STS 3995/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3995), a cuyo tenor: "En relación con dicha cuestión, ha de comenzarse recordando el criterio de esta Sala que, por lo que hace a la legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de las quejas en las que se instaba una actuación disciplinaria, como también el de los procedimientos disciplinarios iniciados, ha hecho la diferenciación que se explica a continuación. Ha reconocido esa legitimación cuando lo pretendido no es la imposición de una sanción al Magistrado denunciado sino, únicamente y al margen del resultado a que se llegue, que el Consejo desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de las atribuciones que legalmente le corresponden.

Y ha negado dicha legitimación cuando la pretensión ejercitada es solamente la imposición de una concreta sanción al Juez o Magistrado cuya actuación haya sido objeto de denuncia.

Debe también ser subrayado que el núcleo de la jurisprudencia que ha declarado esa falta de legitimación parte del dato de que la imposición o no de una sanción al juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera (jurisprudencia expresada, entre otras, en la sentencia de 25 de marzo de 2003 y las que en ella se citan, y en las posteriores de 12 de diciembre de 2012 y 19 de diciembre de 2017)".

Aplicando esta doctrina la caso que nos ocupa, la causa de inadmisibilidad examinada ha de ser desestimada por cuanto que lo pretendido por el recurrente en su demanda es precisamente que "se ordene a la CNMC reabrir el procedimiento e investigar adecuadamente el poder de mercado de las denunciadas y los efectos de las prácticas denunciadas en los mercados relevantes, una vez delimitados éstos de conformidad con los precedentes existentes en la materia, para valorar si procede incoar expediente sancionador por infracción de la Ley 15/2007, como consecuencia de la adopción e implementación del acuerdo de compra conjunta de DIA y EROSKI".

QUINTO. - Descartada la causa de inadmisibilidad formulada y centrado el objeto de debate corresponde examinar si se ajusta a derecho la resolución de la CNMC en cuanto acuerda la no incoación de expediente sancionador y el archivo de las actuaciones practicadas por entender que, concluido, una vez realizada la oportuna actividad investigadora, no existen prácticas restrictivas de la competencia.

Con carácter previo al análisis de la cuestión sometida a debate, esta Sección considera oportuno concretar el límite de las facultades de los órganos jurisdiccionales respecto de las decisiones administrativas que acuerdan que no hay motivos para la incoación de un expediente sancionador. Ello ya se ha resuelto por esta misma Sección en la sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2013 (rec. nº 432/2012) fundamento de derecho tercero decíamos lo siguiente:

"TERCERO: Tal y como apuntó la defensa del Estado, una cuestión liminar que debe tratarse en el presente caso es la relativa a delimitar cuales son las obligaciones de la autoridad de competencia cuando una persona física o jurídica le presenta una denuncia por práctica anticompetitiva, y más en concreto si existe por parte de dicha administración una obligación de investigación, el curso en que en cuanto al fondo debe darse a cada denuncia y la extensión del control jurisdiccional en estos casos."

La STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, respondió a estas cuestiones con una doctrina que se ha mantenido inalterada con el paso del tiempo.

Por su interés y aplicabilidad para el presente asunto, se reproducen los apartados 73 a 81 de dicha resolución, sin que los cambios normativos producidos desde entonces afecten en lo esencial a la "ratio" de la doctrina contenida en la resolución citada:

"73. Para definir las obligaciones de la Comisión en este contexto, debe recordarse, con carácter preliminar, que es responsable de la aplicación y de la orientación de la política comunitaria de la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89). Esta es la causa de que el apartado 1 del artículo 89 del Tratado le asigne la misión de velar por la aplicación de los principios establecidos por los artículos 85 y 86 y de que las disposiciones adoptadas con base en el artículo 87 le confieran amplias facultades.



74. El alcance de las facultades de la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia debe examinarse a la luz del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, que, en este ámbito, constituye la manifestación concreta de la misión general de vigilancia confiada a la Comisión por el artículo 155 del Tratado. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal de Justicia en el marco del artículo 169 del Tratado (sentencia de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit/Comisión*, 247/87, Rec. pp. 291 y ss., especialmente p. 301), dicha misión no implica que la Comisión esté obligada a iniciar procedimientos que tengan como objeto probar posibles violaciones del Derecho comunitario.

75. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 18 de octubre de 1979, *GEMA*, antes citada, pp. 3173 y ss., especialmente p. 3189) se desprende que, entre los derechos conferidos a las partes denunciadas por los Reglamentos n° 17 y n° 99/63, no figura el de obtener una Decisión, en el sentido del artículo 189 del Tratado, en cuanto a si existe o no la supuesta infracción. De ello se deduce que la Comisión no puede estar obligada a pronunciarse al respecto, salvo cuando el objeto de la denuncia entra dentro de sus competencias exclusivas, como ocurre con la revocación de una exención concedida con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

76. Como la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar. A este respecto, procede recordar que, a diferencia de lo que prevé la segunda frase del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, en los casos de las solicitudes presentadas por los Estados miembros, los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 no obligan expresamente a la Comisión a iniciar investigaciones sobre las denuncias que le sean presentadas.

77. A este respecto, debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia, es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario.

78. Este punto de vista no es contrario a las sentencias del Tribunal de Justicia, de 11 de octubre de 1983 (210/81), antes citadas, de 28 de marzo de 1985, *CICCE* (298/93, Rec. p. 1105), y de 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds/Comisión* (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487). Efectivamente, en la sentencia *Demo-Studio Schmidt*, el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión «tenía que examinar los hechos expuestos» por la parte denunciante, sin prejuzgar, no obstante, la cuestión de si la Comisión podía abstenerse de llevar a cabo una investigación sobre la denuncia, ya que, en aquel asunto, la Comisión había examinado los hechos expuestos en la denuncia y la había desestimado por no haber elementos que permitiesen llegar a la conclusión de que existía una infracción. Dicha cuestión tampoco se planteó en los asuntos posteriores *CICCE* (298/83, antes citado) y *BAT y Reynolds* (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, antes citados).

79. No obstante, si bien la Comisión no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, las garantías procesales previstas en el artículo 3 del Reglamento n° 17 y en el artículo 6 del Reglamento n° 99/63 la obligan a examinar atentamente los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt*, de 28 de marzo de 1985, *CICCE*, y de 17 de noviembre de 1987).

80. Cuando, como ocurre en el presente asunto, la Comisión ha adoptado una decisión de archivar la denuncia, sin llevar a cabo investigación alguna, el control de legalidad que debe efectuar este Tribunal tiene la finalidad de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder.

81. Corresponde al Tribunal de Primera Instancia, a la luz de estos principios, comprobar en primer lugar si la Comisión realizó el examen de la denuncia al que estaba obligada, evaluando, con toda la atención necesaria, los elementos de hecho y de derecho expuestos por la demandante en su denuncia y, en segundo lugar, si la Comisión motivó correctamente su decisión de archivar la denuncia, invocando su facultad de «conceder diferentes grados de prioridad en la iniciación de actuaciones sobre los asuntos que le son sometidos», por un lado, y refiriéndose al interés comunitario del asunto como criterio de prioridad, por otro. La anterior doctrina plantea y resuelve un supuesto que va, incluso, más allá de la realidad que subyace en el presente caso, pues subraya por una parte que no existe un derecho subjetivo del denunciante a obtener una declaración sobre la existencia o no de la infracción, lo que implica que no existe un deber jurídicamente exigible que imponga a la Comisión la obligación de iniciar

una investigación, y por otra, que la autoridad de competencia, para el correcto ejercicio de las potestades que le han sido confiadas, puede, incluso, establecer grados de prioridad en las investigaciones.

En ambos casos, las referidas decisiones, tomadas necesariamente sobre la base de un examen pormenorizado de los hechos y alegaciones formulados por la denunciante, están sujetas a un ulterior control jurisdiccional, que excluye la valoración de la oportunidad en la toma de la decisión, pues se limita a verificar que la decisión controvertida, no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder.

SEXTO. - De acuerdo con la doctrina expuesta, examinaremos si la decisión de no incoar el procedimiento sancionador, adoptada por la CNMC, está basada en hechos materialmente inexactos, o está viciada de error de derecho, o de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder. La decisión de archivo de la denuncia por parte de la CNMC viene precedida de una actividad de investigación preliminar practicada por la Dirección de Competencia de la CNMC que realizó un completo análisis de la situación denunciada.

Corresponde, por tanto, analizar si la decisión controvertida está basada en hechos materialmente inexactos, o está viciada de error de derecho, o de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder, si bien esta Sección anticipa que no comparte la tesis de la recurrente. Y ello porque la resolución de la CNMC impugnada contiene un razonamiento que no puede calificarse como incurso en un manifiesto error de apreciación, ni en arbitrariedad ni constitutivo de una desviación de poder.

La recurrente insiste en su demanda que la Resolución yerra al valorar el alcance geográfico del de la distribución minorista de bienes de consumo diario en formato de libre servicio y la ulterior segmentación por familias de productos del mercado ascendente del aprovisionamiento de bienes de consumo diario.

Sostiene que el mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario en formato de libre servicio es local y denuncia que la resolución recurrida indica que incluso puede llegar a tener dimensión nacional en contra incluso de sus propios precedentes y sin motivar esta aseveración.

Pues bien, recordemos que la resolución impugnada recoge expresamente que la delimitación exacta del ámbito local de este mercado debía efectuarse caso por caso partiendo de los núcleos donde las empresas afectadas actuaban y teniendo en cuenta (i) el tipo de superficie de venta y (ii) las características de su entorno. Así, señala que "No obstante, en ocasiones también se ha tomado en consideración la posible dimensión nacional del mercado debido a que debe atenderse especialmente al hecho de que las relaciones competitivas entre las grandes cadenas comerciales al por menor no se limitan a la competencia local, sino que existe una dimensión geográfica mucho más amplia. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que, en el caso de las grandes cadenas al por menor, el surtido de mercancías se controla en gran medida de modo centralizado y, por lo tanto, al menos en cuanto al surtido básico, es idéntico en cada mercado local. La publicidad, por otra parte, también se efectúa a nivel nacional"

Y dicho lo anterior, consigna que, a escala local, el criterio utilizado para medir el poder de mercado es el de la superficie de los establecimientos. Que el estudio de impacto económico anexo al Acuerdo denunciado no proporciona esta información municipio a municipio, si bien contiene un análisis del impacto desde una perspectiva global.

Explica que, si se toma en consideración la dimensión nacional del mercado, con arreglo a la información facilitada por las partes, y utilizando los criterios de asignación por tipo de establecimiento utilizados en precedentes nacionales, la cuota conjunta de Eroski y DIA atendiendo a la superficie ascendió en 2014 a [20-30] %. Si se atiende al volumen de ventas, la cuota conjunta ascendió en 2014 a [10-20] %. Según la información actualizada de Kantar Worldpanel en enero de 2016, la cuota de mercado conjunta a escala nacional en términos de valor asciende a un 14,1% (DIA 8,2% y Eroski 5,9%). Con arreglo a esa misma fuente, se observa una progresiva reducción de la citada cuota a lo largo del año 2015, pues al inicio del mismo (mes de enero), ésta ascendía a un 15,1% (DIA 8,4%, Eroski 6,7%).

Y que por lo que se refiere a los competidores, según los datos de Kantar Worldpanel en enero de 2016 Mercadona contaba con una cuota del 21,9%; Carrefour, un 8,6%; Lidl un 3,8% y Auchan un 3,8% en términos de valor. Los seis principales operadores del mercado de la distribución minorista, por tanto, ostentan una cuota del 52,2% a escala nacional. Según los datos aportados en el informe económico anexo al Acuerdo, a escala nacional el índice HHI del mercado de distribución minorista se situó a inicios de 2015 en [$<$ 1000].

Respecto del mercado del aprovisionamiento de bienes de consumo diario, denuncia la parte recurrente que la CNMC, contradiciendo, sin la necesaria justificación, los precedentes propios y europeos, se refiere a la segmentación de este mercado en categorías de productos, pero sin analizar dichas categorías y asumiendo la segmentación unilateral y no contrastada aportada por las denunciadas en siete categorías que no se citan en la Resolución recurrida so pretexto de confidencialidad.



Refiere que la Comisión Europea ha venido indicando que en este mercado debe procederse a una ulterior segmentación por familias de productos, no sustituibles entre sí, que alcanza entre 19 y 23 categorías diferentes, citando como ejemplo el asunto IV/M.1221 - Rewe/Meinl, Decisión de 3 de febrero de 1999 y el asunto COMP/M.1684 - Carrefour/Promodès, Decisión de 25 de enero de 2000, entre otras y que, en el presente caso, ha de efectuarse una segmentación en 19 o 23 categorías de productos en referencia a lo dispuesto en precedentes de la Unión Europea, citando como referencia la Decisión de la Comisión en los asuntos IV/M.1221 - Rewe/Meinl y COMP/M.1684 - Carrefour/Promodès.

Denuncia que la CNMC no ha investigado la certeza y verosimilitud de los datos aportados por las denunciadas, limitándose a referirse a estos como supuesta prueba de la ausencia de poder de mercado y afirma que la resolución recurrida ha originado perjuicios tanto a PROMARCA como al sector de la industria alimentaria y a los consumidores.

Pues bien, vistos los razonamientos de la resolución recurrida, fundados en informes obrantes en autos y en precedentes nacionales y europeos, no apreciamos, en consecuencia, falta de motivación en el concreto aspecto ahora examinado ni error manifiesto. Por lo demás, PROMARCA no ha acreditado los perjuicios causados por el acuerdo denunciado a la recurrente, al sector de la industria alimentaria y a los consumidores.

SÉPTIMO. - Opone la recurrente que la incorrecta delimitación de los mercados en la Resolución recurrida vicia de anulabilidad todo ulterior análisis de poder de mercado y/o efectos. Señala que la valoración de las cuotas de mercado de las denunciadas en los mercados relevantes a los efectos de la práctica denunciada no se ajusta a la realidad y que la CNMC admitió injustificadamente una valoración del poder de mercado de las denunciadas únicamente sustentada en el informe económico aportado por ellas mismas, mantenido confidencial durante años, y que contradice la realidad de los hechos, los precedentes existentes, y los datos reales de cuotas en los mercados relevantes en España según la información de Kantar Worldpanel. A estos efectos aporta un certificado de Kantar Worldpanel en el que se indica que la cuota conjunta en 2016 era del 20,1% (DIA 12% y Eroski 8,2 %) y en 2015 del 20,8 (DIA 12,1% y Eroski 8,7%). Añade que, además, deberían analizarse las cuotas en los mercados locales en los que existan solapamientos en los que se excede con mucho ese porcentaje como demuestra la Resolución de la CNMC de 9 de abril de 2015, dictada en el expediente C/0634/15 DIA / EROSKI (Activos) en el que la CNMC mencionó cuotas, en superficie de ventas, que rondaban el [50-60]% en el área de influencia de diversos municipios en los que había solapamientos.

Respecto del poder de mercado de las denunciadas, manifiesta que es difícilmente apreciable si no se tienen en cuenta las categorías no sustituibles en que debe segmentarse dicho mercado de acuerdo con los precedentes existentes y reitera que de Resolución recurrida se colige que una segmentación de este mercado en siete categorías (de acuerdo con el informe económico de las denunciadas) y no 19 o 23 como indican los precedentes europeos y que sólo en uno de esos segmentos -no se sabe cuál- se alcanzaría una cuota superior al 15%.

Añade que no es admisible que la propia CNMC indique que en alguna de las repetidas 7 categorías se supera el umbral de licitud de la práctica del aprovisionamiento conjunto y, sin embargo, no se analice ni se investigue esta cuestión.

Dando respuesta a la recurrente cumple manifestar que la resolución recurrida diferencia, por un lado, la dimensión local y, por otro, la nacional. Así, a escala local, se aborda el análisis para medir el poder de mercado siguiéndose el criterio utilizado en precedentes nacionales y comunitarios como en el expediente C/0600/14 DIN GRUPO EL ÁRBOL y en las Decisiones de la Comisión en los asuntos comunitarios M.991 PROMODES/CASINO y M.1087 PROMODES/SIMAGO, esto es, el criterio de la superficie de los establecimientos. Además, se recoge que el estudio de impacto económico anexo al acuerdo elaborado por Compass Lexecon, aunque no proporciona esta información municipio a municipio, sí contiene un análisis del impacto desde una perspectiva global (folio confidencial 253) del que se concluye: (i) que la actividad de las partes en el mercado de referencia se solapó en un total de [3.000-3.500] municipios; (ii) que sólo en un total de [200-250] municipios, que supone el [0-10]% del total en que se solapa la actividad de las partes se superan los límites establecidos en precedentes de la CNMC, como los expedientes C/0600/14 DIA / GRUPO EL ÁRBOL, y C/0634/15 DIA EROSKI (Activos), para la autorización de concentraciones. Esto es,

-Contar con una cuota conjunta superior al 30%

-Ser la adición de cuota inferior o igual a 5 puntos porcentuales

-Ser la cuota de mercado combinada de los dos principales competidores igual o superior a la cuota combinada de las partes.

Además, se tiene en cuenta la dimensión nacional, en función de la información facilitada por las partes y utilizando los criterios de asignación por tipo de establecimiento utilizados en precedentes nacionales, resultando que la cuota conjunta de Eroski y DIA, atendiendo a la superficie, ascendió en 2014 a [20-30] %.



Respecto del volumen de ventas, se consigna que la cuota conjunta ascendió en 2014 a [10-20] % de acuerdo con la información de Kantar Worldpanel que DIA aportó al expediente, y que, según la información actualizada de Kantar Worldpanel en enero de 2016, la cuota de mercado conjunta a escala nacional en términos de valor ascendía a un 14,1% (DIA 8,2% y Eroski 5,9%), observándose una progresiva reducción de la citada cuota a lo largo del año 2015, pues en enero ésta ascendía a un 15,1% (DIA 8,4%, Eroski 6,7 como se indicaba en la web:<http://www.kantarworldpanel.com/nies/grocery-market-hare/spain>).

Por lo demás, la resolución aquí impugnada hizo referencia a las cuotas que ostentaban el resto de competidores, también según los datos de Kantar Wordlpanel: Mercadona contaba con una cuota del 21,9%; Carrefour, un 8,6%; Lidl un 3,8% y Auchan un 3,8% en términos de valor, datos que demostraban, pues, cómo los seis principales operadores del mercado de la distribución minorista (Mercadona, Carrefour, DIA, Eroski, Lidl y Auchan) ostentaban una cuota a escala nacional que superaba el 50% a escala nacional, en concreto, alcanzaban el 53,2%. Pues bien, el hecho de que con posterioridad Kantar Wordlpanel haya certificado con posterioridad, que los datos, que en su día publicó en su web difieren de los reales no permite concluir que la resolución recurrida haya incurrido en error manifiesto.

Por lo demás, cumple manifestar que las referencias que se efectúan en la demanda a la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2020 que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por DIA no proyecta consecuencias en el presente procedimiento toda vez que el objeto de los expedientes sancionadores abiertos a DIA desde el MAPAMA no fue el Acuerdo de cooperación firmado en 2015 entre DIA y Eroski para negociar conjuntamente con grandes proveedores, sino las infracciones cometidas en los contratos de suministro de productos alimenticios vigentes entre DIA y los fabricantes, en el periodo posterior a septiembre de 2015 cuando la entidad sancionada resolvió unilateralmente realizar alteraciones en algunas de las condiciones pactadas previamente y como consecuencia del acuerdo de colaboración y sin contar con la aceptación de la otra parte.

OCTAVO. - Rechaza la recurrente que, en el presenta caso, el Acuerdo entre DIA y EROSKI denunciado pueda generar efectos beneficiosos para el consumidor final. Añade que existía un evidente riesgo de intercambio de información sensible entre competidores como consecuencia de la implementación del acuerdo, tal y como pusieron de relieve tanto las denunciantes como diversos proveedores.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación conviene recordar que la resolución recurrida toma como referencia el esquema de análisis propuesto por las «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal»), precisando que no cabe considerar que el Acuerdo aquí analizado tenga por objeto la restricción de la competencia (Párrafo 205 de las Directrices), y por tanto debe procederse al análisis de sus efectos en los términos previstos en el Párrafo 207, a cuyo tenor: "Los arreglos de compra conjunta que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. El análisis de los efectos restrictivos de la competencia generados por un arreglo de compra conjunta debe incluir los efectos negativos en los mercados tanto de la compra como de la venta". Por lo demás, el apartado 201 de las citadas Directrices establece que: "en caso de que las partes tengan un grado considerable de poder de mercado (que no necesariamente tiene que ser equivalente a una posición dominante) en el mercado de la venta, es probable que los menores precios de compra logrados gracias al arreglo de compra conjunta no beneficien a los consumidores".

Explica que el análisis del informe económico anexo al Acuerdo para tratar de demostrar la ausencia de poder mercado en la gran mayoría de municipios afectados por él, emplea la metodología utilizada por la CNMC para el control de concentraciones. Y que, no obstante, al tratarse de un acuerdo entre dos empresas y no de una operación de concentración, el análisis debe realizarse a la luz de los criterios establecidos en el párrafo 208 de las Directrices, según el cual «no es probable que exista poder de mercado si las partes del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de compra y además una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de venta». que no cabe considerar que el Acuerdo aquí analizado tenga por objeto la restricción de la competencia (Párrafo 205 de las Directrices), y por tanto debe procederse al análisis de sus efectos en los términos previstos en el Párrafo 207:

Dicho lo anterior, el informe económico anexo al Acuerdo indica que en el [40- 50] % de los municipios en que se solapa la actividad de distribución minorista de bienes de consumo diario de las partes, éstas cuentan con una cuota de mercado superior al 15%, superando por tanto el umbral establecido en el citado párrafo 208.

Así, en función de la cuota de mercado ostentada en cada municipio por las partes de forma conjunta, los municipios en que ambas se hallan presentes se pueden clasificar del modo siguiente:

· En el [50-60] % de los municipios, la cuota conjunta se encuentra por debajo del 15%.



- En un [10-20] % de los municipios, la cuota conjunta se encuentra entre el 15 y el 30%.
- En un [30-40] % de los municipios la cuota conjunta supera el 30%.

Añade que de conformidad con el párrafo 209, la superación de cuota del 15% en cuota no indica automáticamente que el Acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia, aunque sí hace necesario evaluar sus efectos en el mercado: "Una cuota de mercado que supere uno o ambos umbrales no indica automáticamente que sea probable que el arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia. Cuando un arreglo de compra conjunta no esté amparado por esta salvaguardia regulatoria, será necesario evaluar con detalle sus efectos en el mercado abarcando, entre otros, factores tales como la concentración del mercado y el posible poder de negociación de los proveedores fuertes".

El informe económico anexo al Acuerdo revela que a escala nacional el índice HHI (Índice Herfindahl-Hirschman) del mercado de distribución minorista se situó a inicios de 2015 en [700-800] (folio 280), lo que con arreglo a los criterios de la Comisión Europea se encuentra por debajo del umbral a partir del cual se considera que pueden plantearse riesgos para la competencia. Recuerda que el apartado 19 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Diario Oficial C 31 de 5 de febrero de 2004) se manifiesta en este sentido señalando que "es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia horizontal en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1000. En general, no es necesario proceder a un análisis pormenorizado de este tipo de mercados".

Rechaza, por lo demás la resolución el riesgo que para la competencia supone el establecimiento de una cláusula de cliente más favorecido como la que de facto viene a suponer el Acuerdo, facilitando el alineamiento de precios y la coordinación indirecta entre los distribuidores por cuanto no se está en presencia de un alto grado de concentración del mercado.

En cuanto al mercado de aprovisionamiento, razona la resolución recurrida que, de acuerdo con el apartado 202 de las Directrices, uno de los riesgos que pueden plantear este tipo de acuerdos es que un excesivo poder de mercado en el mercado de la compra pueda obligar a los proveedores a reducir la gama o la calidad de los productos, así como la inversión en el lanzamiento de innovaciones, pero que, los estudios recientes han venido a señalar que no existen evidencias que permitan establecer una vinculación directa entre el incremento del poder de compra de los distribuidores y una eventual reducción de la innovación y variedad de los productos a disposición de los consumidores y que así se manifiesta en el informe de la Comisión Europea de 2014 a cuyo tenor "El impacto económico de la nueva distribución sobre la variedad e innovación en el sector alimentario en la UE. Informe final". Y añade que el umbral establecido por las Directrices a partir del cual se considera que el poder de mercado de las partes puede plantear riesgos para la competencia es de un 15% (párrafo 208) y las partes en el acuerdo sólo cuentan con una cuota conjunta superior ligeramente a dicho umbral en uno de los segmentos.

Y por lo que se refiere al "mercado de la distribución cash&carry, se considera que el acuerdo no plantea riesgos para la competencia en este mercado al ser la cuota conjunta a la citada escala nacional inferior al". [0-10] %. y, por tanto, de conformidad con el párrafo 208 de las Directrices in fine: "si las cuotas de mercado conjuntas de las partes no exceden del 15% tanto en el mercado de las compras como en el de las ventas, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3".

Así las cosas, razona la resolución impugnada que el poder de mercado ostentado por DIA y Eroski de forma conjunta tanto en el mercado ascendente como en el descendente no es lo suficientemente elevado como para que el acuerdo plantee riesgos para la competencia.

Y que, en consecuencia, el poder de negociación que los proveedores mantienen sigue siendo suficiente como para contrarrestar el refuerzo del poder de compra por parte de DIA y Eroski. Añade que si bien es cierto que en determinados municipios las partes pueden ostentar una cuota de mercado conjunta en el mercado de distribución minorista que supera levemente el límite del 15% previsto por las Directrices, y a partir del cual se aconseja evaluar los efectos del Acuerdo sobre el entorno competitivo del mercado (párrafo 209 de las Directrices), hay que tener en cuenta que, de según la información aportada, la cuota de mercado conjunta ostentada por DIA y Eroski en el mercado de aprovisionamiento asciende a escala nacional a un [0-10] %. En los distintos segmentos afectados, la cuota conjunta se mantiene siempre por debajo del citado umbral del 15%, con una sola excepción en uno de ellos, donde levemente se supera ese valor. Por ello, cabe afirmar, a la luz de la información aportada, que el poder de negociación que los proveedores mantienen sigue siendo suficiente para contrarrestar el refuerzo del poder de compra por parte de DIA y Eroski.

Continúa explicando la resolución que, desde el punto de vista de la relación vertical entre DIA y Eroski, por un lado, y los respectivos proveedores, por otro, y de conformidad con el párrafo 196 de las Directrices, la cuota de mercado conjunta de DIA y Eroski en el mercado de aprovisionamiento de bienes quedaría cubierta por



la exención prevista en el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, cuyo artículo 3, establece que la exención prevista en el artículo 2 del mismo se aplicará siempre que: "la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales" y que con independencia de la cuota de mercado de cada uno de los proveedores afectados, en ninguno de los segmentos que integraría el mercado de aprovisionamiento se supera conjuntamente por parte de DIA y Eroski dicho umbral del 30%. Y que cabe destacar los eventuales efectos positivos para la competencia de este tipo de acuerdos (como precios de compra más bajos o reducción de los costes de transacción), en unas determinadas condiciones de mercado y el impacto que este tipo de acuerdos pueden tener de cara al fomento de la innovación o al incremento de la diversidad de productos ofertados por los proveedores y sobre el fomento de la innovación o el incremento de la diversidad de productos ofertados por los proveedores, recogido en también en el párrafo 208 de las Directrices.

NOVENO.- Respecto del riesgo de intercambio de información, expone la es resolución recurrida, que un intercambio de información como el previsto en el Acuerdo puede, en determinadas circunstancias, presentar riesgos para la competencia (párrafo 58 de las Directrices) pero que, no obstante, se debe considerar la posibilidad de que los mecanismos de salvaguarda previstos por el Acuerdo puedan evitar que el intercambio de información lleve a resultados colusorios, precisando que, el acuerdo recoge distintas cláusulas para garantizar la estanqueidad de la información tales como la existencia del Consultor actúa como filtro en los intercambios de información entre las Partes, de manera que una vez recibida y procesada la información remitida por las partes, éste solo les transmitirá cifras agregadas; la configuración por el Consultor de un "Clean Data Room" con el fin de garantizar que los datos facilitados se mantienen en la más estricta confidencialidad; la canalización de las negociaciones con cada uno de los proveedores a través de dos negociadores por cada parte, y sometimiento de los mismos a un específico compromiso de confidencialidad, la limitación de las negociaciones conjuntas al conjunto de cuestiones incluidas en el Ámbito de Negociación Conjunta, obligándose los negociadores a informar a los representantes del proveedor al comienzo de cada sesión de que no están autorizados a tratar ninguna otra cuestión en presencia de la otra Parte, por lo que, en definitiva, la información que reciben las partes es agregada y los mecanismos previstos en el acuerdo garantizan la estanqueidad.

DÉCIMO. - Por todo lo expuesto no se aprecia que la CMNC haya incurrido en un uso desviado de sus competencias en relación con la decisión de no incoar expediente sancionador respecto de la denuncia analizada, procediendo, en consecuencia, la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo con imposición de costas a la parte recurrente".

La conclusión ha de ser la misma en este caso dada, insistimos, la identidad de supuestos y de los argumentos impugnatorios esgrimidos por las entidades demandantes, lo que determina que el recurso sea igualmente desestimado.

CUARTO.- Las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la parte actora en aplicación de lo prevenido en el artículo el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de la **Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB)** contra la resolución de 29 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI, mediante la cual se acordó la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por FIAB y PROMARCA.

Con imposición de las costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.