

RESOLUCIÓN AUTORIZACIÓN SINGULAR A 346/2004, Productos Lácteos (Expte. Servicio 2502/2004)

Pleno

EXCMOS. SEÑORES

VICEPRESIDENTE

Don Francisco Javier Huerta Trolèz

VOCALES

Don Antonio Castañeda Boniche

Don Julio Pascual y Vicente

Don Miguel Comenge Puig

Don Antonio del Cacho Frago

Don Fernando Torremocha y García-Sáenz

Don Emilio Conde Fernández-Oliva

Don Miguel Cuerdo Mir

En Madrid, a 25 de junio de 2004

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado **RESOLUCION** en el Expediente A 346/2004 iniciado a instancias de la ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DE INDUSTRIAS LACTEAS (**INLAC**) en solicitud de autorización singular “para la elaboración y publicación del Índice Trimestral de Tendencias de Mercado de Productos Lácteos en España (ITTMPLE) con amparo en el Artículo 4 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia”.

Ha sido Ponente el **EXCMO. SEÑOR DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de Enero del 2004, los Señores Don Miguel Angel Díaz Yubero y Don José María Ocariz Basarte, en su condición respectiva de Presidente y Director Gerente de INLAC, presentaron ante el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito en solicitud de Autorización Singular “para la elaboración y publicación del Índice Trimestral de Tendencias de Mercado de Productos Lácteos en España (ITTMPLE) con amparo en la norma del Artículo 4 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia.”

“Al entender que (ello) puede aportar estabilidad al sector, así como permitir normalizar las relaciones entre los productores de leche españoles y las industrias transformadoras”.

Y al efecto, acompañaban como ANEXOS numerados y relacionados una serie de documentos (folios 1 al 62).

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en Resolución de 29 de Enero del 2004, dictada por el Subdirector, que fue registrada de salida con el número 73 (Folios 63 y 64) establecía que “la solicitud no reúne toda la información requerida para proceder a su admisión a trámite y la subsiguiente calificación en el plazo a que hace referencia el Artículo 8 del Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 52/1999 de 28 de Diciembre, lo que le es comunicado a la solicitante INLAC con amparo y efectos del Artículo 6 del citado Real Decreto”.

Y ello, por cuanto “no se aportan datos referidos al Acuerdo, ni al mercado afectado, que permitan una valoración del mismo y su posterior calificación y envío al Tribunal de Defensa de la Competencia”.

Por todo ello y para llevar a cabo la admisión a trámite de su solicitud deberán aportar:

1º toda la información relevante para calificar su solicitud, haciendo especial hincapié, entre otros, en los datos referidos tanto a los mercados afectados, como al contenido del Acuerdo.

2º en su solicitud se habla tanto del Sector productor, como de la Industria transformadora, sin que se aporten datos sobre la estructura de ambos; ni sobre las normativas nacionales o comunitarias que les afecten; factores estructurales o coyunturales que deban valorarse; evolución de los precios en los últimos años; caídas coyunturales de los precios unitarios y factores que han determinado las mismas; etc.

3º no se aportan datos sobre la base en la que se apoya la metodología utilizada, ni las razones que garantizan la objetividad de los datos; no aportan los criterios utilizados para seleccionar los indicadores, ni la representatividad de los mismos.

4º por otra parte, INLAC trimestralmente publicaría el ITTMPL en su página web “...como recomendación de evolución equilibrada objetiva del mercado para el trimestre próximo” sin que se defina cuál sería el mercado, productor o transformador, cuyos precios tendrían al ITTMPL como referencia.

5º por último, justifican la bondad del ITTMPL en la medida en que supone “....una referencia de ayuda a la negociación del precio....” Pero no las razones que, en su opinión, justificarían la autorización en virtud del Artículo 3 de LDC. Es decir, en qué medida el Acuerdo contribuirá a mejorar la producción y la comercialización de bienes y servicios y cumplirá los requisitos exigidos por el citado Artículo.

TERCERO.- INLAC, dando cumplimiento al anterior requerimiento, en escrito fechado el día 12 de Febrero del 2004, que tuvo entrada en el Servicio ese mismo día y fuera registrado con el número 303 (Folios 65 y 66) tras hacer una serie de consideraciones: Cuestiones Generales, Mercado Lácteo Español, Metodología utilizada, indicadores elegidos y evoluciones de los precios, Normativa aplicable y Razones del acuerdo, aportaban una serie de documentos, que conforman los Anexos 1, 2, 3 y 4 (Folios 67 al 110).

CUARTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, a la vista del anterior escrito, y toda vez que el Solicitante no “ha subsanado las lagunas o silencios observados” acuerda requerirle, de nuevo, para que aporte la siguiente información:

1º representatividad aproximada (expresada en cuotas) del sector productor y del sector transformador, con que cuenta INLAC.

En su escrito inicial se transcribía textualmente el Acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la Organización Interprofesional Láctea. “.....”. Para una mejor comprensión del objetivo del Acuerdo y de la incidencia esperada del mismo sobre productores, industria transformadora y, en general, sobre el mercado de productos lácteos, deberá informar de:

- Características y funcionamiento del mercado de producción de leche de vaca y de la industria transformadora.
- Sistema actual de formación y negociación de los precios en origen de la leche.
- Factores y frecuencia con que se producen o se pueden producir las caídas coyunturales del precio unitario de la leche. Problemas de estacionalidad etc...
- Incidencia que sobre dichas “tensiones” ha tenido en otros países la aplicación de diferentes índices.
- Otros sistemas vigentes, de pago de leche, en otros países de nuestro entorno que no supongan un sistema de indexación.
- Razones que aconsejan que dichos índices se basen en la evolución de los mercados finalistas.

- Razones que han llevado a seleccionar unos determinados indicadores de mercado para elaborar el ITTMPLE.
- Representatividad de los mismos.
- Razones por las que se han desechado otros indicadores.
- Limitaciones del modelo propuesto y posibles problemas en su aplicación.
- Razones por las que en el modelo no se incluyen costes.
- Valoración y representatividad de las fuentes de información estadísticas que han servido de base para la elaboración de los índices.

2º por otra parte, para que un Acuerdo prohibido sea susceptible de autorización debe cumplir lo estipulado en el Artículo 3 LDC. Por lo tanto, debe justificar en qué medida el acuerdo mediante el cual se recomendarán unos índices comunes de referencia, en las negociaciones del precio de la leche, contribuirá a mejorar la producción y la comercialización de bienes y servicios y cumplirá los requisitos exigidos por el citado artículo, es decir, en qué medida permitirá a los consumidores y usuarios participar de forma adecuada de las ventajas del acuerdo, etc.

QUINTO.- La Organización solicitante, en escrito fechado el día 4 de Marzo del 2004, que tuvo su entrada en el Servicio ese mismo día y fuera registrado con el número 537 (Folios 114 y 115) contestaba al requerimiento, acompañando un Informe del Instituto de Estudios y Desarrollo de Galicia, de la Universidad de Santiago que “ha colaborado con INLAC en el diseño del ITTMPLE, como notas aclaratorias a cada una de las cuestiones específicas requeridas, junto a una reflexión sobre el interés general del modelo propuesto, sin restringir la competencia y sobre sus previsibles efectos positivos” (Folios 116 al 191).

Se acompaña una “Propuesta de un modelo de Indexación de precios de la leche en origen en España” del tenor que refleja el INDICE (que obra a los Folios 192 al 400, toda vez que el 401 es un folio en blanco).

SEXTO.- El día 5 de Marzo del 2004, en Providencia al efecto “se acuerda admitir a trámite dicha solicitud e incoar el oportuno expediente, que quedará registrado bajo el número 2502/2004, actuando como Instructora Doña Caridad Villanueva Ochoa y como Secretaria Doña Rosa María Vera Arconada” (Folio 402).

Se han cumplido los trámites de información y publicación (Folio 403 y siguientes) así como la solicitud de Informe preceptivo al Consejo General de Consumidores y Usuarios ex Artículo 22.5 de la Ley 26/1984 de 19 de Julio (Folio 405 y siguientes), con notificación a las partes interesadas.

SÉPTIMO.- El día 7 de Abril del 2004, el Servicio de Defensa de la Competencia emitió INFORME, que tras el desarrollo de ANTECEDENTES, ACTUACIONES DEL SERVICIO, CALIFICACION **concluía** con una “valoración y tipificación del acuerdo notificado en el Artículo 1 LDC y posible aplicación del Artículo 3”, considerando que “no se cumplen las exigencias previstas en la LDC para que un Acuerdo como el presente, de recomendación de precios a un sector determinado, el lácteo, sea susceptible de autorización”.

“En consecuencia, el Servicio de Defensa de la Competencia ESTIMA que la presente solicitud de autorización singular, formulada por la ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DE INDUSTRIAS LACTEAS (INLAC) no es susceptible de autorización al amparo del Artículo 3.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia”.

OCTAVO.- El TRIBUNAL mediante Providencia de 23 de Abril del 2004 acordó admitir a trámite el Expediente 2502/2004 instruido por el Servicio, de conformidad con la norma del Artículo 9 del Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo, que se tramitará con el número A 346/2004 y designaba Ponente (Folio 1 de nuestro Expediente).

NOVENO.- El día 27 de Abril del 2004, en escrito que tuvo su entrada en este TRIBUNAL el día 3 de Mayo y fue registrado con el número 838, el Presidente de INLAC declara: a) e informa que, a todos los efectos, el domicilio para notificaciones queda fijado en la Calle Modesto Lafuente nº 84, Piso 5º, Despacho 26 (28003 Madrid); y b) que ha observado que en la Providencia de Admisión a trámite, aparece el interesado como “Organización Interprofesional de Industrias Lácteas”, lo que es errónea, ya que la organización, a todos los efectos, es “Organización Interprofesional Láctea, INLAC”.

Toda vez que existe una notoria y evidente contradicción por cuanto se observa que el escrito de solicitud de autorización singular lo es a nombre de la “Organización Interprofesional de Industrias Lácteas, INLAC” (Folio 1) y que el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia (Folios 415 y siguientes) concluye estimando que “tal solicitud no es susceptible de autorización” citando ad nominatim a la ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL DE INDUSTRIAS LACTEAS, INLAC., se dictó una Providencia al efecto el día 17 de Mayo del 2004 “en orden a requerir a la solicitante aclaración suficiente de su denominación” (Folios 8 y 12 de nuestro Expediente A 364/2004).

INLAC, en escrito fechado el día 25 de Mayo del 2004, que tuvo su entrada en este Tribunal el día 1 de Junio y fue registrado de entrada con el

número 1013 (Folio 18) DECLARABA que “en respuesta a su providencia de fecha 17 de mayo (nº de salida 1364) INLAC ha dado entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el escrito cuya copia se adjunta, señalando en qué momento se cometió por nuestra parte el error de indicar una denominación equivocada de la ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL LÁCTEA, INLAC, cómo ésta se ha ido arrastrando sin haberlo detectado hasta este momento y la evidencia de la denominación correcta que figura en todo el resto de la documentación presentada. En la misma pedimos al Servicio de Defensa de la Competencia que subsane este error y así se lo comunique para poder continuar con la tramitación de este expediente”.

DÉCIMO.- El día 28 de Mayo del 2004, se dictó Providencia “con amparo en la norma del Artículo 9.2 del Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia y se acuerda conceder a la Organización solicitante y al Servicio de Defensa de la Competencia un plazo de 10 días hábiles, desde el siguiente a la notificación de esta Providencia, para que teniendo a la vista el expediente, presenten escrito de alegaciones, si ello conviniera a su derecho” (Folio 20).

El representante de INLAC, el día 3 de Junio del 2004, tomó vista del Expediente (Folio 24) y en consecuencia, el día 10 de Junio del 2004 (Folios 25 y siguientes) elevó un escrito de **observaciones**, que fue registrado el siguiente día, con el número de entrada 1108.

UNDÉCIMO.- El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 16 de Junio del 2004, deliberó y falló la presente Resolución.

Es interesada la ORGANIZACIÓN INTERPROFESIONAL LÁCTEA, INLAC, (si bien cabe reseñar que ha modificado su denominación inicial con la que concurrió ante el Servicio de Defensa de la Competencia, como Organización Interprofesional de Industrias Lácteas).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debe enfatizarse, haciendo nuestra la valoración que prima facie “le ofrece al Servicio de Defensa de la Competencia, tanto la inicial solicitud como las dos sucesivas y siguientes contestaciones dadas por la Organización solicitante a los dos requerimientos efectuados que **no aparecen debidamente justificadas en la solicitud**”:

1º el modelo propuesto por la Solicitante INLAC y para cuya elaboración se encargó el estudio al IDEGA, **sigue sólo en parte** el modelo francés que

“toma como pautas el sistema de indexación del precio base a partir de la situación de los mercados de productos industriales, de las cotizaciones internacionales de determinados productos de gran consumo y, a partir del 2002, de la evolución del mercado interior de productos de gran consumo”.

Por lo que “habiendo una gran variedad de modelos de formación del precio de la leche en otros tantos Países Europeos, como puede verse en el precitado estudio, no se justifica qué razones han condicionado que la solicitante INLAC eligiera este modelo, cuando la estructura de nuestro mercado no es similar al francés, ni la información de la que se dispone para elaborarlo es equiparable”.

2º en todo momento justifica la solicitante INLAC los beneficios del sistema como modo de aportar mayor transparencia al mercado. Sin embargo entendemos “existe una gran opacidad tanto en los precios finales, como en las reglas de formación de los mismos, sin una definición uniforme de la leche tipo o estándar y sin un precio base al que referirse, lo que no hace equiparable al aplicado en otros Estados Miembros de la Unión Europea (como Francia, Alemania, Dinamarca o Italia)”.

Consecuencia de ello es que “las informaciones estadísticas sobre los precios muestran una fiabilidad muy limitada, agravada por la abundancia de leche sin cuota”.

3º un índice basado en la evolución de los mercados finalistas puede aportar una transparencia muy limitada, sino equívoca, no favoreciendo por tanto el necesario avance en la definición de parámetros, que permitan la necesaria transparencia en las características del producto, así como en la oferta-demanda.

4º teniendo en cuenta que para seleccionar los indicadores del mercado se exigía que éstos fueran objetivados y basados en una metodología rigurosa y estable “no se justifica en el Informe aportado qué razones y ventajas, en niveles de transparencia y objetividad, ha aportado dicha modificación”.

SEGUNDO.- En el escrito, que la Organización solicitante de una autorización singular “para la elaboración y publicación del Índice Trimestral de Tendencias de Mercado de Productos Lácteos en España (ITTMPLE)” eleva al Tribunal y que lo denomina como **observaciones** al Informe elaborado por el Servicio de Defensa de la Competencia, **básicamente establece:**

1º que el índice puede entenderse como una recomendación.....que influye sobre las negociaciones y acuerdos que se producen posteriormente a su

publicación (como la mayor parte de los índices que se elaboran sobre cualquier aspecto del mercado IBEX, IPC, Cotizaciones de Lonjas, etc).

2º INLAC lo plantea como “una referencia de ayuda a la **negociación del precio**, como una **recomendación** de evolución equilibrada objetiva, que en ningún momento, ni de ninguna manera se obliga a que ningún agente tenga que seguirla”.

3º el Índice presentado “puede contribuir a mejorar la producción y comercialización de la leche de vaca en España”, por cuanto “al no ser un mercado libre” “su principal efecto sería el de contribuir a la estabilidad de los mercados, disminuyendo los picos tanto al alza como a la baja y evitando tensiones entre los agentes”.

Establecidos los anteriores parámetros, decir prima facie que el citado escrito de observaciones en modo alguno ha desvirtuado las conclusiones a las que ha llegado el Servicio de Defensa de la Competencia “al afectar sustantivamente la libre competencia” y “convertirse en un medio regulador del mercado” que si bien, inicialmente, se concretaría en el campo de la industria (primera denominación) al haberse modificado ésta con la supresión de INDUSTRIAS “abarcaría todavía más un mayor campo de actuación” (tanto la industrial como la comercial) que se advierte en el desarrollo de su argumentación.

TERCERO.- Partiendo de ello, debemos **concluir** con el Servicio, del siguiente tenor:

1º teniendo en cuenta la estructura del mercado lácteo español, con una gran atomización en la oferta y una alta concentración en la demanda, con un alto grado de discrecionalidad en los sistemas de formación de precios, “tendría consecuencias evidentemente negativas en tanto que **permitiría uniformizar las pautas de comportamiento** del sector transformador, muy concentrado y con pocas empresas con gran poder de compra, **lo que reduciría la competencia hasta extremos muy poco favorecedores para el interés general en su conjunto**”.

2º **se trata en un mercado regulado** (existencia de cuotas) en el que el precio base y las bonificaciones y penalizaciones determinan la base de cálculo para el precio definitivo, por lo que queda un estrecho margen para el pago de suplementos o primas comerciales.

Por ello, “la recomendación de evolución de los precios, aceptada y por tanto vinculante”, en palabras de la solicitante, “reduce dicho margen, estableciendo criterios homogéneos, sustituyendo la libre iniciativa

empresarial de fijación individual de los precios, por una real recomendación colectiva de los mismos” **lo que limita sustantivamente la competencia en el pago de la leche en origen.**

3º no se desprende del Acuerdo que una posible concertación en precios y, por lo tanto, una limitación en la competencia entre operadores logre mejorar la producción y comercialización del sector, ni se entiende que ello lleve a una mejora en las estructuras comerciales, **“sino que por el contrario se dirige esencialmente a proteger los precios, sin que de ello se infiera mejoras que favorezcan la competitividad de los productores”.**

Y ello, en términos de la reducción de competencia entre las empresas del sector transformador, sector en el que la aparición de un índice trimestral que actúe como indicador de la tendencia de los precios a tomar en cuenta en las negociaciones futuras **“constituye un grave riesgo para la competencia” (oligopolio)** sin que de contrario se desprenda la existencia de ventajas para el consumidor.

4º siendo de destacar, finalmente, que el Acuerdo **afectaría a todo el sector lácteo**, tanto productor como transformador, lo que conlleva un importante riesgo de eliminación de la competencia respecto del total mercado.

CUARTO.- La norma del Artículo 3 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia establece que “se podrán autorizar los acuerdos....que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o promover el progreso técnico o comercial” pero **siempre que** “permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas “, “no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”.

En otro orden de consideraciones “tampoco se encuentra justificado por la situación económica general y el interés público”, “ni defiende o promueve las exportaciones”, “ni producen una elevación del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos”.

Por el contrario, “el Acuerdo afectaría significativamente la libre competencia”, por lo que tal incumplimiento de los requisitos, condición sine qua non, para su autorización singular, lleva a desestimar la pretensión de la solicitante.

Finalmente, goza de especial relevancia, que la Organización solicitante no ha dado cumplimiento a la exigencia del Artículo 10 del Real

Decreto 378/2003, de 28 de Marzo, que desarrolla la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia (orden y valor probatorio).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

PRIMERO.- No autorizar, singularmente, el Índice Trimestral de Tendencias de Mercado de Productos Lácteos en España (ITTMPLE), solicitado por la Organización Interprofesional Láctea, INLAC, con amparo en la norma del Artículo 4 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, en relación con el anterior Artículo 3 del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Ordenar a la Organización solicitante que, en el término de quince días contados a partir de la recepción de la presente Resolución, traslade a la totalidad de Asociados copia simple de la misma.

El cumplimiento de esta obligación deberá acreditarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta RESOLUCION y la inscripción en el registro de Defensa de la Competencia, como práctica prohibida, de la pretensión objeto de autorización postulada por la Organización.

Comuníquese esta RESOLUCIÓN al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la Organización solicitante, haciéndole saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe Recurso alguno, pudiendo acudir a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, interponiendo Recurso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES siguientes, contados a partir del recibo de la presente notificación.