

RESOLUCIÓN

(Expte. S/0315/10 FENIL)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 21 de marzo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0315/10 FENIL, que trae causa de la información obtenida por la Dirección de Investigación en las inspecciones realizadas el 30 de octubre de 2007 en la FEDERACION NACIONAL DE INDUSTRIAS LACTEAS, (en adelante FENIL) y en empresas del sector lácteo, en relación con posibles conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

1. En el año 2007 se empezaron a publicar en los medios de comunicación notas y declaraciones a la prensa de presidentes o representantes de las Asociaciones y Federaciones del sector alimenticio, en los que se alertaba del carácter estructural e inevitable de subidas de precios al estar motivadas por el incremento de precios de las materias primas en los mercados internacionales, a consecuencia, entre otras razones, del crecimiento de la demanda por parte de países emergentes, (India y China, fundamentalmente) y de la desviación de la producción de cereales hacia "biocombustibles".
2. La Dirección de Investigación, a la vista de la difusión de este tipo de mensajes por parte de las principales asociaciones del sector alimenticio, acordó iniciar de oficio una investigación (ref^a DP16/07) en los sectores correspondientes a los principales alimentos básicos (entre ellos, la leche), por si estas notas de prensa y declaraciones pudieran suponer una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A dichas investigaciones se sumaron las denuncias

presentadas por diversas asociaciones de consumidores, entre ellas en particular, la de la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA), con fecha 22 de octubre de 2007, sobre acuerdos entre competidores que hubieran podido fijar la subida específica del precio de la leche líquida, que dio lugar al expediente S/0018/07.

3. En el marco de dichas investigaciones, la Dirección de Investigación acordó, con fecha 30 de octubre de 2007, la realización de diversas inspecciones en relación con el sector lácteo en la FEDERACION NACIONAL DE INDUSTRIAS LACTEAS (en adelante FENIL), GRUPO LECHE PASCUAL, SA (en adelante PASCUAL), y EBRO PULEVA, SA (en adelante PULEVA); incorporándose la documentación de dichas inspecciones a las mencionadas diligencias previas DP 16/07.
4. Con fecha 13 de abril de 2009, la Dirección de Investigación remitió al Consejo de la CNC Propuesta de Archivo del expediente S/0018/07 PRECIOS LECHE, al no apreciar la existencia de indicios de infracción de la actuación de las entidades investigadas.
5. Con fecha 22 de octubre de 2009, el Consejo solicitó a la Dirección de Investigación que aportara la información obrante en las DP/16/07, para ser incorporada al procedimiento que estaba siendo analizado en el marco del expediente S/0018/07.
6. Con fecha 15 de junio de 2010, el Consejo dictó Resolución en el expediente S/0018/07 PRECIOS LECHE, por el que resolvía archivar las actuaciones en relación con una serie de conductas investigadas en el mismo y devolver a la Dirección de Investigación las actuaciones seguidas en el citado expediente, relativas a los resúmenes de precio de la leche UHT elaborados por FENIL, al objeto de que la DI procediera a realizar las actuaciones necesarias para esclarecer una serie de aspectos que el Consejo consideraba necesarios para poder descartar o confirmar la existencia de indicios de infracción a que se refiere el artículo 49 de la LDC. Los aspectos a esclarecer estaban recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución, en los términos que recoge la DI en su Informe:

“Quinto.- Intercambio de información sobre precios

[...] el Consejo considera que la Dirección de Investigación debe completar la información reservada realizada con la práctica de las diligencias previas que resulten oportunas, con el objeto de determinar, en particular:

a) quién además de FENIL recibe de la empresa “Infórmate i_crece SL” el citado “Informe semanal de leche líquida” y desde cuando; b) qué volumen de negocio representa este Informe para la empresa “Infórmate i_crece SL” en su total volumen de negocio en los ejercicios económicos que se consideren relevantes; c) quiénes son los accionistas y administradores de la empresa “Infórmate i_crece SL” d) qué información utiliza y que metodología sigue FENIL para establecer el por ella

denominado “umbral técnico o escandallo básico variable en función del precio medio en origen de la leche practicado en España”; e) Si los resúmenes elaborados por FENIL permiten a las empresas identificar a los establecimientos que realizan promociones de leche a precio inferior al umbral técnico”.

7. Tal como se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Consejo, la Dirección de Investigación inició una información reservada bajo el número de referencia S/0315/10, para analizar las cuestiones solicitadas por el Consejo, en la que llevó a cabo las actuaciones que se recogen a continuación.
8. Con fecha 19 de julio de 2010 la DI solicitó a la empresa Infórmate i_Crece S.L., que aportara un listado de las personas y entidades a las que remitía el “Informe semanal de leche líquida” y desde cuándo se realizaba esa remisión; el volumen de negocio que representaba dicho informe, en el volumen de negocios total de la empresa en los 3 últimos años y que proporcionara el listado de los accionistas y administradores de la empresa, indicando si son también accionistas/administradores de alguna empresa relacionada con el sector de la leche líquida (folios 12 a 28). El día 30 de julio de 2010 se recibió escrito de respuesta dando cumplimiento al requerimiento de información, (folios 1150 a 1152).
9. En la misma fecha la DI solicitó a FENIL que proporcionara un listado de las asociaciones que forman parte de su Federación y de las empresas que componen tales asociaciones, señalando las cuotas de mercado de las empresas que pertenecen a la Asociación Nacional de Industriales de Leche Líquida y Derivados Lácteos de Larga Duración. Asimismo, se solicitó que explicara cómo y con qué frecuencia se elabora el “umbral técnico o escandallo básico variable en función del precio medio en origen de la leche practicado en España”, al que se refería en su escrito de fecha 4 de abril de 2008, la fuente/información empleada para elaborarlo y quién lo elabora, (especificando si esa persona/s pertenecen a alguna empresa socia de alguna asociación perteneciente a FENIL). Por último, se solicitó si los resúmenes elaborados por FENIL permitían a las empresas identificar a los establecimientos que realizan promociones de leche a precio inferior al umbral técnico (folios 29 a 44). Con fecha 29 de julio de 2010 se recibió escrito de respuesta dando cumplimiento al requerimiento de información, (folios 45 a 1149).
10. Con fecha 10 de enero de 2011, la DI eleva al Consejo su Informe y Propuesta de Resolución en el que concluye que tras analizar la información recibida de la empresa Infórmate i_Crece y de FENIL, *“con la información obrante en el expediente y el resultado de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación, no ha quedado acreditado que el objetivo de FENIL a través de la elaboración de los informes descritos fuera facilitar una actuación concertada de precios entre las empresas lácteas”* y propone el archivo de las actuaciones.

11. El Consejo de la CNC deliberó y resolvió la presente resolución el día 16 de febrero de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El artículo 49.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), dispone que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la DI, podrá no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y archivar las actuaciones que se hayan llevado a cabo cuando no aprecie indicios de infracción de la LDC en los hechos investigados.

El artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (BOE 27.02.2008), dispone que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación, por propia iniciativa, a iniciativa del Consejo de la CNC o previa denuncia.

En este expediente la DI propone al Consejo la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones de información reservada llevadas a cabo, porque considera que no se han acreditado indicios de infracción de la LDC.

Segundo.- De acuerdo con la nueva propuesta de archivo de las actuaciones de este expediente recibida en el Consejo de la CNC, la DI entiende que no se dan las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador a FENIL. Y, según la DI, no se dan estas circunstancias porque no encuentra en los hechos relativos a la conducta FENIL que constan en el expediente, indicios de una infracción por objeto de las normas de competencia. Considera la DI que el objetivo de los informes es el declarado por FENIL, detectar aquellas partidas de leche susceptibles de estar adulteradas, y que es una herramienta en la lucha contra el fraude que FENIL lleva a cabo junto con el Ministerio del Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (MARM).

El Consejo considera que la conducta que ha llevado a cabo la Asociación FENIL, objeto de este expediente, y que la Asociación no niega, nos remite a un intercambio de información relacionado con precios de la leche y que, los intercambios de información, como es doctrina consolidada, pueden constituir una infracción por objeto, y también, en determinados supuestos, que será necesario analizar caso a caso, pueden serlo por los efectos que tienen sobre el mercado. Y la mayor o menor restricción de la competencia y por tanto su consideración como infracción dependerá de las características de la información intercambiada y del mercado en que tiene lugar.

El Consejo ya se pronunció en este sentido en la citada Resolución de 15 de junio de 2010, antecedente de ésta, en la que define la conducta de FENIL en los siguientes términos,

“Está acreditado que FENIL remite semanalmente a las empresas lácteas integradas en la "Asociación Nacional de Industrias de Leche Líquida y Derivados Lácteos de Larga Duración", resúmenes de precios de venta al público de leche UHT. Al requerimiento de la DI de mayor información sobre estos informes (AH 5), FENIL contestó de forma resumida que desde el año 2000 está formalmente suscrita y recibe de la empresa "Infórmate i_crece SL" (antes denominada OCS Global - Cartel Data) un "Informe semanal de leche líquida", que está elaborado en formato Excel partiendo de una muestra de unos 1200 centros de distribución (agrupados en tres formatos: hipermercados, supermercados y Cash & Carry), y en el que se recogen las ofertas de leche vigentes de la semana anterior así como las novedades aparecidas. Que partiendo de este Informe, FENIL elabora un resumen semanal y un resumen mensual, que distribuye entre las empresas integradas en la Asociación de Industrias de Leche Líquida, con la finalidad declarada de que puedan conocer los precios finales al consumidor practicados por la muestra de distribuidores”.

Y añade la Resolución que era necesario confirmar que,

“...tales resúmenes del PVP de la leche no tienen por objeto o, en su caso, pueden producir el efecto de dar lugar a una transparencia artificial del mercado que permita a las industrias lácteas coordinar su comportamiento en materia de precios de cesión de la leche a la distribución”

Y recuerda asimismo el Consejo en la Resolución las condiciones en que un intercambio de información es inadmisibles, de acuerdo con los reiterados pronunciamientos de este Consejo y de la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria,

“En este contexto, el Consejo debe destacar que en el Derecho de la competencia, según jurisprudencia del TJUE, reproducida recientemente por el Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de marzo de 2009), resultan inadmisibles los intercambios de información en los mercados concentrados si desvelan las estrategias de cada agente concreto, si se trata de datos detallados y no agregados, si son actuales más que históricos, si son periódicos y si son importantes para la fijación de los precios”.

Los precios que FENIL recaba a través de "Infórmate i_crece SL" no son aquéllos a los que sus asociadas venden el producto a la distribución comercial, sino por el contrario, aquéllos que fija la distribución comercial para la venta del producto al público. En este contexto y pese a la elevada frecuencia y detalle de la información recopilada para FENIL mediante un procedimiento de muestreo, no cabe concluir que las empresas se estuvieran

intercambiando, al menos directamente, información sobre sus políticas de precios.

La conjunción de ese *“Informe semanal de la leche líquida”* que recogía los precios de la leche por centros de distribución junto con la elaboración por FENIL de un umbral técnico, (costes mínimos teóricos de producción), servían de base a dicha Asociación para realizar los informes semanales y mensuales que distribuía entre las empresas de la Asociación Nacional de Industriales de Leche Líquida y Derivados Lácteos de Larga Duración.

El Consejo considera que un instrumento como éste no puede descartarse que sea susceptible de generar efectos restrictivos de la competencia.

Por lo que se refiere a los estudios de costes o escandallo básico, FENIL conoce que no todo estudio de costes es compatible con las normas de competencia. El entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, antecesor de este Consejo, en su Resolución de 25 de junio de 2004, no autorizó la elaboración de un Índice Trimestral de Tendencias de Mercado de Productos Lácteos en España (ITTMPLE), solicitado por la Organización Interprofesional Láctea, INLAC, porque no cumplía los requisitos para la autorización y conlleva un importante riesgo de eliminación de la competencia respecto del total mercado, en concreto dice el Tribunal, *“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”*.

A ello se suma que el seguimiento de los precios de cada marca y tipo de leche UHT por establecimiento, aunque sea finales, comparados con el índice, incrementa la transparencia sobre las políticas comerciales de cada fabricante y, además, podría servir para translucir y detectar posibles incumplimientos de eventuales acuerdos de precios que se pudieran adoptar entre fabricantes de leche.

En la hipótesis de que el objetivo principal de estos resúmenes fuera el detectar posibles fraudes a través de precios, que a juicio de la Asociación son *inusualmente bajos*, considera el Consejo que los organismos competentes para la lucha contra el fraude, apoyados en su caso por las Asociaciones Sectoriales como FENIL, deben utilizar medios que no faciliten a los competidores, directa o indirectamente, la coordinación de conductas. Y en todo caso los instrumentos de detección del fraude que contengan información sensible de las empresas, en ningún caso deben ser distribuidos por la Asociación entre empresas competidoras. Si este tipo de instrumentos introducen restricciones innecesarias para la consecución de los fines que persiguen, sin que tampoco sea evidente que constituyan la alternativa más eficaz ni la única, difícilmente les podrá resultar de aplicación el artículo 1.3 de la LDC.

Por tanto, el Consejo considera que en la conducta que FENIL venía realizando había aspectos susceptibles de generar efectos restrictivos de la competencia,

sin perjuicio de que en el marco de la información reservada llevada a cabo por la Dirección de Investigación no se hayan constatado.

Al tiempo de realizar este juicio de legalidad de la propuesta de archivo el Consejo tampoco puede orillar el hecho de que desde 1 de octubre de 2009, *Infórmate i Crece*, ha dejado de elaborar el “Informe semanal de la leche líquida” que recogía los precios de la leche por centros de distribución y que junto con el *umbral técnico*, (costes mínimos teóricos de producción) elaborado por la propia FENIL, le servían de base para realizar los informes semanales y mensuales que distribuía entre las empresas de la Asociación Nacional de Industriales de Leche Líquida y Derivados Lácteos de Larga Duración, como tampoco puede dejar de valorar que, como consecuencia de la actuación de este Consejo, FENIL ha suspendido la elaboración del escandallo básico y el umbral técnico que venía realizando, a la espera de este pronunciamiento del Consejo.

En definitiva, hechas las consideraciones precedentes y de forma particular la opinión de este Consejo en el sentido de que de reanudarse la conducta objeto de estas actuaciones reservadas sería procedente el análisis de los posibles efectos colusorios de sus aspectos antes apuntados, el Consejo considera que procede el archivo del expediente.

En consecuencia, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación en el expediente S-0315/10 FENIL.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.