

1.1 Resolución (Expte. S/0135/09 INTERMALTA)

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández- Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de febrero de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC) con la composición expresada al margen y siendo ponente el Consejero D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0135/09, que trae causa de la denuncia presentada por la SOCIEDAD COOPERATIVA ALTO EBRO (ALTO EBRO) contra INTERMALTA, S.A. (INTERMALTA) por infringir los artículos 1 y 2.1 y 2.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LCD).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha de 2 de marzo de 2009 tuvo entrada en la entrada en el registro de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia remitida por ALTO EBRO contra la sociedad INTERMALTA por infringir los artículos 1 y 2.1 y 2.2 de la LDC, por *“ocupar una posición dominante, imponiendo a los vendedores o proveedores sus condiciones, limitando la libre competencia y de mercado”*. Igualmente menciona: *“... Son las tres empresas malteras que operan en el estado nacional las que ponen los precios de la cebada de malta... con lo que consiguen reducir o bajar los precios del mercado español”* (folio 3).

2. El 2 de abril de 2009, la Dirección de Investigación (DI) envió escrito de requerimiento de subsanación ALTO EBRO solicitando datos (folios 44 a 50).

3. El 28 de abril de 2009, se recibió la respuesta de ALTO EBRO en la que se reiteraba en sus imputaciones contra las empresas malteras, acusando de un reparto de mercado de proveedores y fijación de precios (folio 70). Aportaba copia de la demanda civil interpuesta contra INTERMALTA por terminación unilateral del “contrato verbal” de suministro que ambas sociedades mantenían desde hacía varios años (folios 80 a 89).

4. El 16 de junio de 2009, la DI realizó una información reservada enviando escritos de requerimiento de información a INTERMALTA, CARGILL S.A. (CARGILL) y DAMM S.A. (DAMM), solicitando una serie de documentos (folios 121, 122, 126, 127, 131, 132).

5. El 3, 6 y 9 de julio de 2009, tuvieron entrada, respectivamente, las respuestas de CARGILL, INTERMALTA y DAMM. El 19 de julio siguiente se recibió otro escrito de ALTO EBRO en el que señalaba que cooperativas rivales (GARLAN y AN) iban a expandirse y ganar cuota de mercado con el apoyo de INTERMALTA (folios 566 y 567).

6. El 22 de julio de 2009, ALTO EBRO envió en el reiteraba su acusación contra las tres principales malterías españolas de tener repartidos a sus proveedores geográficamente (folio 568).

7. El 14 de agosto de 2009, ALTO EBRO denunció que el objetivo del expediente era su desaparición para profundizar en la creación de un oligopolio (folio 569).

8. El 21 de enero de 2010, la DI devolvió a INTERMALTA, parte de la documentación consistente en tres cajas de facturas, que no se incorporó al expediente (folios de 499 al 564).

9. La DI informa que: 2.1 “La denunciante, ALTO EBRO, es una cooperativa de naturaleza comercial con sede en Vitoria (Álava), y cuya actividad económica principal es la venta de cereales y plantas oleaginosas producidos por los agricultores socios de las Cooperativas de base” (formada por agricultores), así como la venta al por mayor de fertilizantes, plaguicidas y animales vivos. Su área de actuación son las provincias de Álava y Burgos y la Comunidad Autónoma de La Rioja. Sus socios son SOCIEDAD COOPERATIVA DEL CAMPO GARU RESPONSABILIDAD LIMITADA y BUERBA EBRO SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA”.

10. INTERMALTA según DI y el Informe Socioeconómico del Sector de la Cerveza, “*es una empresa dedicada a la producción casi exclusiva de maltas para la industria cervecera. Dispone de 3 fábricas, situadas en Navarra, Albacete y Sevilla. La planta navarra, emplazada en la localidad de San Adrián, es la más antigua y la que cuenta actualmente con una mayor capacidad de producción (140.000 tm anuales en 2008). La planta sevillana inició la producción de maltas en 2008 y está situada cerca de la fábrica de cervezas de Heineken a la que abastece de maltas para la elaboración de cervezas*

con carácter permanente. La fábrica de Albacete es la más pequeña en cuanto a capacidad instalada. INTERMALTA es la empresa líder del sector en España, correspondiéndole en 2007 una producción nacional de maltas para cerveza de 437.000 tm”.

“Los accionistas de INTERMALTA son el grupo cervecero San Miguel Mahou, Malteurop BV, que es una sociedad holding domiciliada en los Países Bajos, y dos sociedades de distribución de productos agrarios, GARLAN y AN Cooperativa respectivamente, que son accionistas minoritarios”.

Para la DI, “DAMM y CARGILL, las dos malterías DAMM son propiedad del grupo cervecero homónimo y la producción de sus maltas se destina prácticamente en exclusiva al abastecimiento de las plantas cerveceras con que cuenta la empresa en España, que están localizadas en Murcia y Lleida respectivamente”.

“Por su parte CARGILL es la filial española de Cargill Inc., sociedad domiciliada en Minneapolis (EEUU). La filial española desarrolla varias unidades de negocio en el sector agrario, como la distribución de cereales, fabricación de maltas, producción de aditivos alimentarios y de piensos para animales. La planta de fabricación de maltas está situada en Villaverde (Madrid) y tiene una capacidad instalada de producción de 100.000 tm al año. CARGILL es la única maltería no integrada verticalmente de España, al no estar participada por ninguna compañía cervecera”.

11. Para la DI *“la denunciante considera que se infringen los artículos 1 y 2 de la LDC ya que existe, por una parte, un reparto de mercado en las fuentes de aprovisionamiento, con fijación de precios y condiciones comerciales similares entre todos los compradores de cebada malta, con limitación y control de la producción y su distribución, así como, por otra parte, un trato abusivo que sitúa a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (folios 3 y 4).*

Según la denunciante, la empresa INTERMALTA tiene posición dominante y controla el mercado nacional de cebada malta pues abarca el 75% de la producción nacional de malta. El maltero, en este caso INTERMALTA, impone, también según señala la denunciante, sus condiciones de compra a los proveedores de cebada malta, resultando imposible vender a otra empresa maltera distinta, ya que hay un reparto geográfico de proveedores entre las tres principales empresas malteras que operan en el país (INTERMALTA, CARGILL y DAMM). Según Alto Ebro estas empresas, además, ponen los precios de compra de la cebada malta nacional a principios de octubre, cuando ya se tiene conocimiento de la calidad y cantidad de lo cosechado en España. Sin embargo, la cebada de importación la adquieren mucho antes, en marzo o abril, con lo que se consiguen reducir los precios de compra en el mercado nacional (folios 70 a 73).

Entre la denunciante e INTERMALTA, según afirman ambas partes (folios 90 a 104, y folios 502 y 503), ha habido una larga relación comercial (de hecho la denunciante ha sido un importante proveedor de la maltera durante bastantes años) basada en contratos verbales “de siembra” que se iban negociando en cada campaña anual y que INTERMALTA decidió terminar unilateralmente en la campaña de 2009. La denunciante señala en un escrito posterior de fecha 19 de julio de 2009 que el objetivo de INTERMALTA era “buscar la desaparición de la cooperativa Alto Ebro negándose a comprar cebada a Alto Ebro, a favor de otras cooperativas rivales como Garlan y AN” (folios 71 y 566). Además señala la denunciante que “a pesar de ser el mercado español autosuficiente, se importa todos los años cebada malta europea, de igual calidad que la española, que compite con la de aquí, y que sirve para que el maltero presione aún más el mercado nacional” (folio 70).

La DI estudia las características del mercado afectado y señala que *“Las presentes actuaciones se enmarcan en el sector de la cebada, en particular, de la cebada para malta. Dependiendo de la finalidad con la que se vaya a emplear la cebada cosechada se pueden distinguir dos tipos claramente diferenciados: la cebada para fabricación de piensos y alimentación del ganado (cebada pienso) y la cebada que se emplea para fabricar maltas destinadas a la elaboración de cervezas (cebada malta). La cebada malta tiene unas características de mayor calidad (pureza, valor proteico, etc.) que la cebada de pienso, siendo las variedades más apreciadas por las empresas transformadoras Prestige, Scarllet, Cecilia y Vanessa.*

Las principales zonas productoras de cebada están situadas en los territorios tradicionalmente dedicados al cultivo de cereales de secano como las dos mesetas, Aragón, La Rioja, así como las provincias de Sevilla, Córdoba, Álava y Lleida, ocupando una superficie de cultivo cercana a las 320.000 hectáreas. En 2008 la producción nacional de cebada ascendió a los 12 millones de tm, con exportaciones en volumen de 1,1 millones de tm e importaciones de 100.000 tm. El consumo aparente de cebada fue de 10,2 millones de tm, representando la producción de cebada destinada a elaboración de maltas para su empleo en la fabricación de cerveza en 2008 en torno al 7% del consumo aparente de este cereal en España. Este porcentaje corresponde realmente a la cebada que reúne las características de calidad y pureza exigidas por la industria de transformación. Por esta razón se trata de un producto no demasiado abundante, si bien la industria maltera se puede abastecer en casi un 98% con la producción nacional en cada campaña.

El mercado de la cebada malta en España se caracteriza por contar, desde el lado de la oferta, con una estructura relativamente atomizada, donde operan agricultores individuales junto con sociedades cooperativas y almacenistas, de tamaño y capacidad dispares, siendo la figura de la cooperativa de mayor peso en este mercado. Desde el lado de la demanda, hay 4 empresas malteras (INTERMALTA, DAMM, CARGILL y La Zaragozana) que cuentan, en total, con 7 plantas de transformación, siendo

INTERMALTA la empresa de mayor tamaño y capacidad instalada de producción (437.000 tm en 2007) en el mercado nacional.

Tanto la denunciante en su escrito de denuncia como las industrias malteras en sus escritos de respuesta coinciden en que el precio al que se paga la cebada malta está en función de una prima sobre el precio de la cebada pienso (folios 70, 223, 224 y 463). Esta prima se fija de acuerdo con la calidad y cantidad del producto ofertado y se suele negociar de manera bilateral entre proveedores y malteras (folio 463). Los precios no se establecen por años naturales, sino por campañas coincidentes con el ciclo agrícola, de julio a julio del año siguiente. La forma habitual de compra es bien mediante contratos verbales con productores por campaña o, en otros casos, mediante peticiones individuales de suministro a almacenistas que dispongan de este producto (folio 302).

Por tanto, a la vista de lo anterior, el mercado relevante de producto más estrecho posible a efectos de analizar la posición de dominio sería el de la cebada malta.

El mercado geográfico de la cebada malta suele considerarse de dimensión regional, con una preferencia clara de las malteras por disponer de proveedores situados en las proximidades de las plantas de transformación. El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que el mercado geográfico relevante se situaba en un radio de 150 km aproximadamente. Este hecho tiene su fundamento en la minimización de costes, ya que el ratio coste de transporte/ valor de la mercancía se eleva cuanto mayor es la distancia. No obstante lo anterior, las malterías, por los datos que ellas mismas han aportado, cuentan con proveedores en zonas más alejadas de sus plantas de producción o realizan importaciones del exterior (producciones francesas y alemanas, sobre todo) atendiendo a diversos motivos, como calidad de la cebada o disponibilidad estacional de alguna variedad concreta. Abundando en este aspecto, en estas actuaciones, la propia denunciante reconoce que el transporte de cebada no representa ningún inconveniente para los proveedores (folio 72), y tampoco INTERMALTA considera que el transporte de la cebada sea problemático (folio 462), por lo que incluso podría considerarse el mercado geográfico relevante de ámbito nacional.

La DI señala en la valoración que “Según la denunciante, INTERMALTA podría haber acordado con las otras dos malteras importantes en el mercado español (CARGILL y DAMM) la fijación de precios de compra de la cebada malta, así como un reparto geográfico de los proveedores contraviniendo con ello el artículo 1 de la LDC. Igualmente acusa a INTERMALTA de abuso de posición dominante contrario al artículo 2 de la LDC, al buscar la desaparición de la cooperativa Alto Ebro negándose a comprarle cebada, a favor de otras cooperativas rivales. Ambas conductas se analizan a continuación.

La DI en relación al artículo 1 LDC señala que “En lo referente a la primera imputación, la fijación de precios por parte de las tres malteras antes citadas

(INTERMALTA, CARGILL y DAMM), la denunciante no aporta pruebas de este supuesto ilícito y ni siquiera señala el período temporal de referencia. Las únicas pruebas aportadas en su escrito de denuncia son los datos registrales de la denunciada y una copia del informe socio-económico del sector de la cerveza en España. Al respecto, como ha señalado el Consejo de la CNC, no es admisible que cualquier denunciante se limite a hacer enunciados de vulneración de preceptos de competencia, sin abordar siquiera mínimamente pruebas suficientes o presunciones fundadas en los que amparar la denuncia. A pesar de haber hecho esta Dirección de Investigación un requerimiento de subsanación, la denunciante no ha aportado elemento o indicio probatorio alguno al respecto.

No obstante, para comprobar si pudieran existir precios de compra concertados se ha efectuado una comparativa de precios de compra que las tres malteras imputadas han aplicado a sus proveedores. Estos precios están recogidos de las facturas de compra de cebada malta en el período 2006-2008 aportadas por las malteras en respuesta al requerimiento de información de esta Dirección (folios de 236 a 280, de 309 a 445 y de 510 a 564). Se observa en los cuadros inferiores que los precios no son coincidentes, por lo que, sin la existencia de otros elementos probatorios que acreditasen la existencia de esta práctica, no cabe deducir que haya una fijación coordinada de precios de las malteras a sus proveedores de cebada malta.

<i>Comparativa de precios de la cebada malta en octubre de 2006</i>		
<i>MALTERA</i>	<i>ORIGEN GEOGRÁFICO PROVEEDOR</i>	<i>PRECIO €/TM</i>
<i>CARGILL</i>	<i>La Rioja</i>	<i>[...]</i>
<i>DAMM</i>	<i>Huesca</i>	<i>[...]</i>
<i>INTERMALTA</i>	<i>Albacete</i>	<i>[...]</i>

<i>Comparativa de precios de la cebada malta en octubre de 2007</i>		
<i>MALTERA</i>	<i>ORIGEN GEOGRÁFICO PROVEEDOR</i>	<i>PRECIO €/TM</i>
<i>CARGILL</i>	<i>Soria</i>	<i>[...]</i>
<i>DAMM</i>	<i>La Rioja</i>	<i>[...]</i>
<i>INTERMALTA</i>	<i>Zaragoza</i>	<i>[...]</i>

<i>Comparativa de precios de la cebada malta en mayo de 2008</i>		
<i>MALTERA</i>	<i>ORIGEN GEOGRÁFICO PROVEEDOR</i>	<i>PRECIO €/TM</i>

<i>CARGILL</i>	<i>Cuenca</i>	<i>[...]</i>
<i>DAMM</i>	<i>Burgos</i>	<i>[...]</i>
<i>INTERMALTA</i>	<i>Albacete</i>	<i>[...]</i>

(27) Los precios de compra están en línea con los precios base de la cebada pienso negociada en lonja, más la prima que se negocia bilateralmente. Los precios medios en lonja fueron en las fechas de referencia y en la zona centro los que aparecen en el siguiente cuadro:

<i>Precios base medios de la cebada pienso</i>		
<i>Octubre 2006</i>	<i>Octubre 2007</i>	<i>Mayo 2008</i>
<i>135,80 €/tm</i>	<i>225,21 €/tm</i>	<i>182,93 €/tm</i>

En los cuadros siguientes se recogen los precios medios por tm pagados por las empresas malteras a sus proveedores en 2006, 2007 y 2008 y los precios medios de la cebada pienso subastada en lonjas, observándose la ausencia de identidad de precios. El único elemento en común que guardan dichos precios es la tendencia creciente de los mismos. Dicha tendencia estaría justificada, al menos en parte, entre el año 2006 y 2007 por el propio incremento del precio base de la cebada pienso. Por lo que respecta al incremento de los precios medios de la cebada malta en 2008, que no estaría justificado por un incremento del precio base de la cebada pienso, no parece responder tampoco a una coordinación entre las malteras ya que dicho incremento, al tratarse de un precio de compra, necesariamente iría en contra de sus intereses, máxime cuando el precio base medio se redujo en dicho año.

<i>Comparativa de precios de la cebada malta</i>			
<i>MALTERA</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>
<i>CARGILL</i>	<i>[...] €/tm</i>	<i>[...] €/tm</i>	<i>[...] €/tm</i>
<i>DAMM</i>	<i>[...] €/tm</i>	<i>[...] €/tm</i>	<i>[...] €/tm</i>
<i>INTERMALTA</i>	<i>[...] €/tm</i>	<i>[...] €/tm</i>	<i>[...] €/tm</i>

<i>Precios base medios de la cebada pienso</i>		
<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>
<i>127,30 €/tm</i>	<i>187,33 €/tm</i>	<i>201,62 €/tm</i>

Finalmente, cabe añadir al análisis de precios anterior que el propio proceso de formación del precio de la cebada para malta mediante la suma al precio base de la

cebada de una prima que es negociada con cada cliente, parece dejar siempre un ámbito de libre negociación bilateral del precio entre la maltera y el cliente, que dificultaría en gran medida la fijación de precios comunes, como alega la denunciante.

En relación con la imputación del “reparto geográfico de proveedores por parte de las 3 principales malteras”, tampoco el denunciante aporta elementos probatorios. Estas malteras proporcionaron a la Dirección de Investigación una relación de sus proveedores en las campañas de 2006, 2007 y 2008. INTERMALTA aportó una relación de [...] proveedores situados en casi todas las zonas de cultivo de cereal de la Península, y repartidos entre las provincias de [...] (folios 484 a 485). DAMM señaló que sus proveedores de cebada están situados en las provincias de [...] (folios 293 a 295). Finalmente la maltera CARGILL SA indicó que contaba con [...] proveedores nacionales y [...] proveedores extranjeros, procedentes éstos de [...]. Sus proveedores nacionales están situados, sobre todo, en las provincias de [...] (folios 228 a 234). En el cuadro inferior se pueden observar los cambios de origen de los proveedores de INTERMALTA atendiendo a la expansión de sus plantas de producción, y se puede advertir que prácticamente sus proveedores cubren todas las zonas de producción de cebada de España, zonas que, con la única excepción de la provincia de Alicante, se han mantenido estables en los tres últimos años o a lo largo de los mismos INTERMALTA ha entrado a operar en ellas y se ha mantenido.

Provincia/CCAA	2006	2007	2008
[...]	X	X	X
[...]	X	X	X
[...]	X		
[...]			X
[...]	X	X	X
[...]	X	X	X
[...]			X
[...]	X	X	X
[...]		X	X
[...]	X	X	X
[...]	X	X	X
[...]		X	X
[...]	X	X	X
[...]		X	X
[...]	X	X	X
[...]	X	X	X
[...]	X	X	X
[...]	X	X	X

[...]			X
[...]	X	X	X
[...]	X		X
[...]	X	X	X
[...]			X
[...]	X		X

Se aprecia en el cuadro anterior la existencia de una situación dinámica en el territorio de origen de los proveedores de cebada de INTERMALTA, cuya cartera se va ampliando en función sus planes de expansión industrial y de mayor demanda de insumo para sus actividades productivas (proveedores andaluces), sin apreciarse, por tanto, la presencia de un “status quo” con el que supuestamente se generaría en una situación de reparto geográfico de mercado. De la misma forma, tampoco se aprecia una “retirada” de INTERMALTA de algunas zonas sino más bien lo contrario, de forma que el reparto de mercado alegado por la denunciante no parece tener cabida a la luz de los datos aportados.

Es decir, no se deduce de la información expuesta en los puntos anteriores que haya un reparto de mercado “aguas arriba”, ya que las tres malteras reciben suministros de cebada de proveedores situados en las mismas zonas geográficas atendiendo, en un primer examen, a los criterios de funcionamiento del mercado señalados previamente.

Por tanto, y a la vista de todo lo anterior, no ha quedado acreditada la existencia de acuerdos contrarios al artículo 1 de la LDC entre INTERMALTA, CARGILL Y DAMM por lo que se refiere a la fijación de precios y al reparto geográfico de proveedores.

Artículo 2 de la LDC

Alto Ebro denuncia igualmente a INTERMALTA de abuso de posición dominante, sin aportar pruebas adicionales que fundamenten su denuncia. En este caso, debe estudiarse la posible posición dominante de INTERMALTA en el mercado de la malta y una supuesta limitación de la competencia en el mercado de la cebada desde su posición “aguas abajo”. Por lo que respecta a la posición de dominio, la Comisión Europea en su Comunicación “Orientaciones sobre Prioridades de Control de la Comisión en Aplicación del Artículo 82 CE” define posición dominante como “la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia”. Las cuotas de mercado proporcionan una indicación de cómo es la estructura del mercado y del poder que puede detentar una empresa en él.

Sobre la cuota de producción de INTERMALTA en el año 2008 hay claras divergencias de cifras. Según la denunciante su cuota de producción sería de un [70%-80%] (folio 69). Sus dos principales competidores, CARGIL y DAMM (folios 222 y 303) estiman la cuota de INTERMALTA en un [70%-80%] y un [60%-70%] respectivamente, situándose la de CARGILL en una horquilla del [20%-30%], la de DAMM en torno al [0%-10%] y la de La Zaragozana en un residual [0%-10%]. La cuota de mercado como suministrador de maltas para fabricación de cerveza se situaría algunos puntos porcentuales por encima de su cuota de producción desde el momento en que la producción de DAMM y la Zaragozana se destinan a autoconsumo y, a diferencia de lo que ocurre con la cebada, las importaciones de este producto son escasas. Incluso teniendo en cuenta la cuota de mercado estimada más baja, que es la del [60%-70%], INTERMALTA podría tener una posición de dominio en el mercado de producción y distribución de maltas para elaboración de cervezas en el año 2008.

Ahora bien, la presión que puedan ejercer sus competidores, especialmente CARGILL o DAMM, las escasas barreras de entrada al mercado (salvo la financiera, al necesitarse un mínimo de 60 M € para la construcción de una planta de transformación de maltas), la escasa diferenciación del producto (es una commodity), el alto poder de negociación de los clientes (cerveceras) y la posibilidad de los proveedores de cebada de vender su producto alternativamente en el mercado de piensos o de exportarlo a malterías extranjeras, limitarían en gran medida la capacidad de INTERMALTA de actuar de manera independiente respecto de sus competidores.

Incluso en el caso de existir una posición dominante, no parece haber existido abuso de la misma, ya que: i) la conducta de INTERMALTA contaría con una justificación objetiva, que es el ejercicio de la libre elección de proveedor en los términos que considere más ventajosos comercialmente y con garantía de suministro, sin que ese hecho suponga un intento de expulsión del mercado de ningún operador ni alterar la estructura del mercado a su favor, ii) la denunciante cuenta con opciones alternativas a su terminada relación comercial con INTERMALTA como exportar su producción de cebada a terceros países, pues ha reconocido haber realizado viajes de prospección comercial en el exterior con ese fin (folio 566), venderla a otras malteras en el mercado nacional (de hecho ha sido proveedora de [...] en las campañas de 2006 y 2007), iii) venderla, en última instancia, como cebada de pienso en las condiciones normales de ese mercado, iv) tampoco parece desprenderse ventaja económica alguna del comportamiento de INTERMALTA con la terminación de la relación comercial existente con la denunciada favoreciendo con ello a cooperativas rivales que, de hecho, constan como accionistas minoritarios de la propia INTERMALTA (GARLAN y AN) , en la medida que una de las cooperativas, AN, figura como proveedora de [...] en la campaña de 2007 (folio 234) y de [...] desde la campaña 2008 (folio 306), y ambas cooperativas, que figuran en una cartera de [...] proveedores de INTERMALTA, tienen elementos objetivos, que per, las posicionan como proveedores preferenciales de cualquier maltera, como disponer de una gran capacidad de oferta y una amplia red comercial v) la

denunciante no ha acreditado la negativa de compra de ninguna otra maltera competidora de INTERMALTA, como DAMM o CARGILL.

A este respecto la Audiencia Nacional en sentencia de 26 de mayo de 2009 (recurso interpuesto contra la Resolución del TDC en el expediente nº 2743/06, caso Generali), señala *que la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.*

En relación con la afirmación concreta del denunciante prevista en el párrafo 15 in fine en el que se señala que la importación sirve al maltero para presionar más en el mercado nacional, cabe recordar que la importación per se no es una conducta restrictiva de la competencia, sino que se enmarca dentro de la libre elección empresarial de proveedor y, asimismo, se recuerda que, a sensu contrario, la limitación de las importaciones sería contraria incluso al funcionamiento del Mercado Único.

A la vista de lo anterior, cabe considerar que, incluso en el caso de que INTERMALTA tuviera posición dominante en el mercado, no ha existido abuso contrario al artículo 2 de la LDC, dado que la maltera, terminando el contrato con su proveedor, ha actuado siguiendo la lógica económica de salvaguardia de sus intereses existiendo, por tanto, una justificación objetiva de su actuación.

Por lo que respecta a la acusación de que las malteras están profundizando en la creación de su oligopolio, no se observa del análisis de mercado realizado que se haya producido un proceso de integración vertical “aguas arriba” ni que, como se señala en el punto 35, existan barreras significativas de entrada que permitan mantener la estructura actual del mercado. En todo caso, un proceso de concentración vertical tampoco sería contrario a los artículos 1 y 2 de la LDC ya que únicamente el abuso de una posición de dominio (individual o colectaba) es susceptible de constituir una infracción de la normativa de competencia”.

13. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 10 de febrero de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la Ley y, en

consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007.

Segundo. De acuerdo con lo que concluye la Dirección de Investigación, el Consejo considera que de la información que obra en expediente no se desprende que existan indicios de infracción de los artículos 1 y 2 por parte de INTERMALTA.

Así, el Consejo estima que por parte del denunciante no se aportan pruebas del supuesto ilícito del artículo 1, ya que se limita a pronunciar enunciados de vulneración de la competencia, sin abordar pruebas suficientes o presunciones fundadas. A pesar de ello, la DI ha comparado los precios de compra concertados que las malteras imputadas han aplicado a sus proveedores, y los precios base de la cebada pienso más la prima que se negocia bilateralmente en 2006-2008, llegando a la conclusión de que tales precios no son coincidentes. En relación al reparto geográfico de proveedores tampoco aquí se aportan pruebas, advirtiéndose que los mismos cubren las zonas de producción españolas, con la excepción de Alicante, y que no se aprecia una retirada de algunas zonas. Por todo lo anterior, no se acredita una vulneración del artículo 1 LDC entre las imputadas.

Con respecto al artículo 2 LDC, el Consejo tampoco considera que se aporten pruebas que fundamenten su denuncia, y comparte con la DI que existen factores que limitarían en gran medida la capacidad de INTERMALTA para actuar independientemente de sus competidores. Además, de existir una posición dominante, no se aprecia que haya existido un abuso de la misma, ya que hay una justificación objetiva que es el libre ejercicio de la elección de proveedor.

El Consejo de la CNC comparte así los criterios de la Dirección de Investigación, y no aprecia la existencia de indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la SOCIEDAD COOPERATIVA ALTO EBRO, al considerar que no existen indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la denunciante y denunciada, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.