

## **RESOLUCIÓN (Expediente S/0452/12 ADECOA/PEPSICO FOODS A.I.E.)**

### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

### **Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 30 de Enero del 2014.

**LA SALA DE COMPETENCIA**, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la siguiente Resolución Administrativa en el Expediente Sancionador S/0452/12 ADECOA/PEPSICO FOODS A.I.E., instruido por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extintas, *“por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en la fijación de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio y en el abuso de la posición de dominio en el mercado nacional de los snacks salados, mediante la impresión en fábrica en los envases de estos productos el valor del precio de venta al público recomendado, lo que supondría la comisión de una serie de conductas anticompetitivas de los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”*.

Han sido Ponentes los Consejeros, Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de Noviembre del 2012 se recibió en la hoy extinta Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia **escrito de denuncia** de la Asociación para la Defensa de la Competencia en Andalucía (ADECOA) contra PEPSICO FOODS A.I.E. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en la fijación de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio y en el abuso de la posición de dominio en el mercado nacional de los *snacks* salados, mediante la impresión en fábrica en los envases de estos productos del valor del precio de venta al público recomendado (Folios 1 a 27).

Según la denunciante, los hechos supondrían la comisión de una serie de conductas anticompetitivas incardinables en los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007.

**SEGUNDO.-** La Dirección de Investigación, hoy extinta, con fecha 10 de Enero del 2013 solicitó a PEPSICO información sobre sus cuotas en valor del mercado español de snacks salados en los últimos tres años, sobre la impresión en sus productos del precio recomendado de venta al público y sobre la fecha desde la cual inició esta práctica (Folios 28 a 31). La respuesta tuvo su entrada el día 31 de Enero (Folios 38 a 44).

La Dirección de Investigación hoy extinta, con fecha 21 de Febrero del 2013 solicitó nueva información a PEPSICO sobre las cuotas en valor del mercado español de snacks salados de sus competidores durante los últimos tres años y sobre su red de distribución, sus condiciones comerciales con la distribución minorista, tanto en formato de libre servicio como en formato tradicional, pidiéndole que, en su caso, aportara contratos tipos, listados de precios y bonificaciones aplicadas por ventas (Folios 56 a 60). La respuesta tuvo su entrada el día 12 de Marzo (Folios 109 y 110).

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** Son partes en este Expediente Sancionador

1º la Asociación para la Defensa de la Competencia en Andalucía (ADECOA), inscrita en el Registro de Asociaciones sin ánimo de lucro, de la Junta de Andalucía, constituida con carácter universal y que actúa, según sus Estatutos, en toda España y en la Unión Europea, si bien sus actividades las desarrolla principalmente en Andalucía.

Entre sus fines se encuentra el de favorecer y defender los principios constitucionales de defensa de la competencia, la libertad de empresa y la protección de los usuarios y promover la leal y efectiva competencia, incluso denunciando ante las autoridades competentes las acciones y prácticas que perjudiquen al mercado y a los consumidores.

2º la denunciada Pepsico Foods A.I.E. (PEPSICO) dependiente de la multinacional Pepsico Inc., que en la Península Ibérica está presente en dos líneas de negocios: comida Pepsico Foods Iberia y bebida Pepsico Bebidas Iberia.

PEPSICO opera en España y Portugal, produciendo y comercializando productos variados de alimentación, en cuatro centros (Burgos, Murcia, Lobón y

Carregado) en los que produce y comercializa patatas fritas, snacks de patata y cereales, gazpachos, zumos, frutos secos y productos de bollería, bajo marcas tan representativas como Lay's, Matutano, Cheetos, Ruffles, Doritos, Sunbites, Chipicao, Alvalle y Tropicana Pure Premium.

La línea del negocio de bebidas cuenta con cuatro centros de producción (Sevilla, Echavarri, Tafalla y Mallorca) en donde elabora y comercializa un amplio abanico de refrescos carbonatados, refrescos sin gas, bebidas isotónicas, energéticas y zumos. Entre las marcas más representativas, en el mercado de refrescos carbonatados, se encuentra Pepsi, Kas, Seven Up, Bitter Kas y On Limit; mientras que en el de las bebidas sin gas destacan Radical Fruit Company, Tropicana, Gatorade, Lipton Ice Tea, Kasfruit, Aquafina y Mosto Greip.

**SEGUNDO.-** La Asociación denunciante en su escrito concreta que la denuncia afecta concretamente a los productos snacks, aperitivos, patatas fritas y frutos secos que PEPSICO fabrica y comercializa y vende, tanto a grandes superficies y supermercados, como a los quioscos y otros establecimientos de menor tamaño.

Según la Asociación denunciante, PEPSICO llevaría imponiendo sus precios desde casi un año, mediante la impresión en los envases de un precio recomendado de venta, que haría que los precios de venta al público se igualasen en todos los establecimientos de venta.

Esta conducta tendría, según la denunciante, tres efectos negativos en el mercado:

- Sobre los consumidores ya que, independientemente donde elijan hacer su compra, el precio de compra siempre sería el mismo.
- Sobre los quioscos y pequeños comercios que, dado su pequeño poder de negociación, verían como su margen de beneficio sería menor que el de los grandes distribuidores.
- Sobre la competencia entre fabricantes, dado que otras marcas del sector también habrían empezado a marcar los precios recomendados en los envases de los productos.

**TERCERO.-** El mercado, según precedentes europeos (IV/M232 Pepsico/General Mills; M5632 Pepsico/Pepsi Americas; M5633 Pepsico/The Pepsico Bottling Group), la Comisión Europea al analizar operaciones de concentración económicas dedicadas a la fabricación y comercialización de bebidas y aperitivos, ha diferenciado ***aun dejando abierta la definición exacta del mercado***, desde el punto de vista de la demanda, el mercado de los snacks salados o <savoury snacks> (aperitivos salados de patata, extrusionados y productos derivados del maíz, frutos secos y galletas saladas) separándolos del mercado de las galletas

dulces, las golosinas y los chocolates, por considerar que se trataba de productos sustitutivos de precios similares, que suelen adquirirse en el mismo lugar y para consumirse en lugares similares. Según estos mismos precedentes, el mercado geográfico de los snacks salados sería de dimensión nacional, aunque igualmente se deja abierta la definición exacta.

En España se podrían dividir en tres tipos de productos: las patatas fritas, las palomitas de maíz y los snacks propiamente dichos; y todo ello en base a las preferencias poblacionales. En este sentido, las ventas totales en España se situarían en unos 60 millones de euros en el año 2011, siendo el producto preferido el de las patatas fritas, seguidas por los snacks y las palomitas de maíz.

La segmentación de las ventas de los snacks quedaría definida en la siguiente tabla

<b>TABLA 1: SEGMENTACIÓN DE LAS VENTAS DE SNACKS EN ESPAÑA 2010 Y 2011</b>				
	VOLUMEN (Tn)		VALOR (M€)	
	2010	2011	2010	2011
<b>Snacks</b>	[...]	[...]	[>60]	[>60]
Conos	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Fritos/Tiras	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Triángulos	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%
Cortezas cerdo	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Cortezas torrezno	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Otras cortezas	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Gusanitos	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%
Bolas	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Palomitas Snack	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Pajitas	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Aros	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Ruedas/estrellas	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Extrusionados con forma	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Cóctel de <i>snacks</i>	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%
Resto	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
<b>Patatas fritas</b>	[...]	[...]	[>60]	[>60]
Chips lisas	(30-40)%	(30-40)%	(30-40)%	(30-40)%
Artesanas	(30-40)%	(20-30)%	(20-30)%	(20-30)%
Onduladas	(10-20)%	(20-30)%	(10-20)%	(10-20)%
Tubo	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Ligeras	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
Paja	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
<b>Palomitas de maíz</b>	[...]	[...]	[<60]	[<60]

Fuente: ALIMARKET (folio confidencial 97)

Por consiguiente, se trata de un mercado con una numerosa presencia de operadores de muy diferentes dimensiones y marcado por los actuales incrementos en el precio de las materias primas. Dentro del mercado de los aperitivos y en el año 2010 los <savoury snacks> reportaron el 50%-60% de las ventas contabilizadas en España, según informe de Alimarket.

PEPSICO, recogiendo datos Nielsen, concreta las cuotas en el mercado nacional de los snacks salados en valor durante los últimos tres años:

<b>TABLA 2: CUOTA DE MERCADO EN VALOR DE SNACKS SALADOS EN ESPAÑA</b>			
	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>
MDD <sup>1</sup>	(30-40)%	(30-40)%	(40-50)%
<b>PEPSICO</b>	<b>(20-30)%</b>	<b>(20-30)%</b>	<b>(20-30)%</b>
GRAFUSA	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
F. RAVICH	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
RISI	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
F. BLANCO	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
PROCTER	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
ANITIN	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
BICENTURY	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
KRAFT	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
TOSFRIT	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
BORGES	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
RESTO	(0-10)%	(0-10)%	(0-10)%
RESTO MARCAS FABRICANTE	(10-20)%	(10-20)%	(10-20)%
TOTAL	100%	100%	100%

*Fuente: PEPSICO*

El reparto de las ventas por tipo de establecimiento, en el mercado nacional de los snacks salados, en el primer trimestre del 2011 fue el siguiente:

<sup>1</sup> Marca del distribuidor o marca blanca.

<b>TABLA 3: REPARTO DE LAS VENTAS DE SNACKS EN ESPAÑA POR TIPO DE ESTABLECIMIENTO - PRIMER TRIMESTRE DE 2011</b>	
<b>Supermercados y autoservicios</b>	(50-60%)
<b>Hipermercados</b>	(20-30%)
<b>Discount</b>	(10-20%)
<b>Especialistas</b>	(0-10%)
<b>Tienda alimentación</b>	(0-10%)
<b>Resto</b>	(0-10%)

Fuente: ALIMARKET (folio confidencial 97)

**CUARTO.-** La Dirección de Investigación, hoy extinta, entró a valorar los hechos que conforman el escrito de denuncia de la Asociación para la Defensa de la Competencia en Andalucía (ADECO): (1) imposición de los precios de reventa de sus productos snacks salados, mediante el uso de la impresión en los envases del “precio de venta recomendado”; y (2) si la imposición se estaría realizando desde una posición de dominio en este mercado. Y concluyó del siguiente tenor

1º Conducta incardinable en el Artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Los hechos denunciados se estarían produciendo entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución; que mantienen relaciones de carácter vertical, por lo que tales hechos vienen afectos por lo prevenido en el **Reglamento 330/2010** de la Comisión Europea relativo a la aplicación del Artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento de Exención por Categorías).

La denunciante no aporta prueba alguna del supuesto ilícito y tan sólo acredita la existencia de los precios recomendados.

A su vez, PEPSICO manifiesta (a) viene imprimiendo esos precios recomendados, desde al menos el año 2005; (b) inexistencia de contratos escritos con sus distribuidores-compradores; (c) que ello tiene por finalidad la captación de consumidores de un determinado perfil y se enmarca en una estrategia comercial lícita, antes al contrario incrementa la competitividad en el comercio tradicional.

La Dirección de Investigación, hoy extinta, establece que la mera recomendación de precios **no constituye per se un ilícito** tal y como se desprende de la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de Mayo de 2010 Directrices relativas a las restricciones verticales, que en su apartado 48 dispone que “no obstante, el uso de una medida de acompañamiento concreta o la distribución por el proveedor al comprador de una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí misma conduzca al **mantenimiento de precios de reventa**”.

*“La práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor o de exigirle que respete un precio máximo de reventa está cubierta por el reglamento de Exención por Categorías **cuando** la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no excede del umbral del 30% siempre que no suponga un precio de venta mínimo o fijo, a resultas de la presión o de los incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes” ex Apartado 226.*

En el Apartado 228 subraya que *“un factor importante, para determinar si unos precios recomendados pueden tener efectos anticompetitivos, **es la posición del proveedor en el mercado**”*. En el Expediente ha quedado probado: primero, que la cuota de PEPSICO en el mercado relevante se sitúa por debajo del 30%; y segundo, que PEPSICO no tiene clientes cuya cuota de mercado en la compra de snacks salados supere el 30%.

En consecuencia, procede concluir diciendo: (1) la recomendación analizada de un precio de reventa no puede considerarse equivalente a la fijación de un precio de reventa; (2) no ha podido ser probada la presión a los revendedores para establecer esos precios recomendados como finales o mínimos; y (3) obviamente, no se han podido apreciar indicios de una fijación de precios que tuviera por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, ni que tuviere dicho efecto vulnerando lo prevenido en el Artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007.

2º Conducta incardinable en el Artículo 2 de la Ley 15/2007. Para que haya un abuso de posición de dominio **se requiere** previamente la existencia de la posición de dominio en el mercado definido como relevante.

La doctrina jurisprudencial (**Sentencia TJCE de 14 de Febrero de 1978, asunto 27/76 United Brands Company y United Brands Continental BvC.Comision**) define la noción de posición de dominio como *“la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, proporcionándole el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores”*.

Los hoy extintos Tribunal de Defensa de la Competencia y Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia también se han pronunciado al efecto (*Resolución TDC de 30 de Septiembre de 1999 Expediente R 362/99 Bacardi*).

Finalmente y sin agotar el tema, la Comunicación de la Comisión de Orientaciones sobre prioridades de control de la Comisión, en su aplicación del Artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02) recoge esta definición jurisprudencial en su párrafo 10. (**Setencia TJCE de 13 de Febrero de 1979 asunto 85/76 Hoffmann-La Roche c. Comisión**) por cuanto una alta cuota no es suficiente para concluir que



*una empresa es dominante. Por ello, la Comisión, en las citadas Orientaciones sobre el Artículo 82 del Tratado CE “a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” recoge que “empresas con cuotas inferiores al 40% en el mercado de referencia, en principio, no son susceptibles de ejercer un poder de mercado”.*

El hoy extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (**Resolución de 9 de Diciembre de 2004 Expediente R 627/04 Análisis Químicos Murcia 2**) ha señalado que *“con amparo en la norma del Artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil ha situado la carga probatoria con respecto al mercado y la cuota en el mismo del denunciado, en el propio denunciante, al declarar que <deviene evidente que incumbe la probanza a las denunciantes, no sólo a la aportación de datos que permitan acotar el mercado relevante, como necesario e imprescindible para definir seguidamente la posición de dominio; sino en lo relativo a las cuotas de mercado de la denunciada en el mercado relevante, con el fin de valorar si efectivamente se ha producido el abuso denunciado”.*

De ahí que, ante la inexistencia de posición de dominio, deviene imposible calificar el abuso, por lo que debe concluirse infracción del Artículo 2 de la Ley 15/2007.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** El Artículo 49 dispone en su apartado tercero que *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinto; y por ello la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, hoy también extinta, **podrá** acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los Artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”.*

A la luz de lo instruido, deviene de aplicación lo previsto en el artículo anteriormente citado y ordenar el archivo de las actuaciones por inexistencia de conductas infractoras de los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Vistos los preceptos citados, doctrina jurisprudencial y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria del día 30 de Enero del 2014



## HA ACORDADO

**ÚNICO.-** Ordenar el archivo de las actuaciones que conforman el Expediente Sancionador S/0452/12 ADECOA/PEPSICO FOODS A.I.E., de conformidad con lo prevenido en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por cuanto las conductas investigadas no infringen lo dispuesto en los Artículos 1 y 2 de dicha Ley y que fueron denunciados por la Asociación para la Defensa de la Competencia en Andalucía (ADECOA).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y notifíquese fehacientemente a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en la vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de la notificación de esta Resolución, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.