

RESOLUCIÓN (Expte. R 657/05, Productos Lácteos)

Pleno

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D^a Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a M^a Jesús González López, Vocal
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 19 de abril de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 657/05 (2463/03 del Servicio de Defensa de la Competencia), de recurso interpuesto por la entidad mercantil Grupo Leche Pascual S.A. contra el Acuerdo de sobreseimiento de 31 de mayo de 2005, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La entidad Grupo Leche Pascual S.A. presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia el 6 de mayo de 2003 contra la Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos, Frescos (AEFY) y la empresa Danone S.A., atribuyendo a la primera la realización de una conducta concertada para impedir el ingreso de la denunciante en la citada Asociación, así como la realización de una campaña denigratoria contra los yogures pasteurizados, alegando que dichas conductas están prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia e imputando al mismo tiempo a Danone S.A. la práctica de un abuso de posición dominante y competencia desleal mediante la realización de su campaña publicitaria “Cucharadas de Vida” y mediante la concesión de rápeles a la Gran Distribución y a pequeños comerciantes para reservarse el máximo espacio en los murales de frío y de incentivos y descuentos no basados en criterios objetivos.

2.- Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la práctica de una información reservada, como diligencia previa encaminada a comprobar la procedencia de la incoación de expediente o del archivo de la denuncia, realizando las investigaciones que estimó procedentes y, entre ellas, sendas inspecciones en las sedes sociales de la denunciada, Danone S.A. y de la empresa de publicidad Vinizius Young & Rubicam S.A., después de lo cual procedió al archivo de las actuaciones mediante Acuerdo de 5 de febrero de 2004. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia que, mediante Resolución de 2 de junio de 2004, revocó el archivo dictado y encomendó al Servicio la incoación de expediente contra las empresas denunciadas, con el fin de completar las investigaciones realizadas durante la fase de información reservada.

3.- El Servicio incoó expediente el 25 de junio de 2004 y, una vez completada su instrucción, dictó Acuerdo de sobreseimiento fechado el 31 de mayo siguiente, por considerar que las conductas por las que había incoado el expediente no eran constitutivas de infracciones contra la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente, en cuanto a las conductas imputadas a AEFY resolvió que *“la modificación de los Estatutos de la AEFY se hizo conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de los citados Estatutos, es decir, propuesto por la Junta Directiva y aprobado en Asamblea General. Por lo tanto, cabe concluir que los asociados, ejerciendo su derecho a la libre asociación, decidieron, ante el cambio de la normativa sobre la calidad del yogur –por la que el yogur pasteurizado pasaba a considerarse como yogur-, modificar los criterios para afiliarse a la misma, estableciendo como requisito ser fabricante de yogur fresco”* y añadiendo que con independencia del debate científico sobre las características del yogur fresco y sus diferencias con respecto al pasteurizado después de la fermentación, *“de la actuación de la AEFY no se desprenden prácticas desleales o engañosas contrarias a la competencia, ya que la campaña de comunicación contaba con cierto respaldo científico”*.

En cuanto a las conductas imputadas a Danone S.A., el Servicio rechazó que dicha empresa se encontrara en posición de dominio dentro del mercado de los yogures y otras leches fermentadas a nivel nacional, señalando que, en todo caso, su conducta no tuvo carácter abusivo, al no ser desproporcionada ni faltar a la verdad la campaña de publicidad “Cucharadas de vida” y, en cuanto a los descuentos, rápeles y otras prestaciones comerciales, justificó el sobreseimiento por no apreciar en dichas prácticas la existencia de elementos fidelizadores, no exigir exclusividad a sus distribuidores, estar planificados y ser conocidos por éstos con anterioridad a su ejecución, responder objetivamente a ahorros en los costes logrados por el distribuidor y no ser discriminatorios.

4.- Contra dicho Acuerdo interpuso recurso Grupo Leche Pascual S.A. interesando del Tribunal la revocación del mismo y la devolución del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para “la continuación de la tramitación del expediente sancionador y la formulación de pliego de concreción de hechos constitutivos de infracción de los artículos 1 y 6 LDC o, alternativamente, que el Tribunal de Defensa de la Competencia continúe la tramitación del expediente sancionador”.

5.- Han comparecido en el recurso todas las partes interesadas, que han formulado en tiempo y forma sus respectivos escritos de alegaciones.

6.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 29 de marzo de 2007.

7.- Son interesados:

- Grupo Leche Pascual S.A.
- Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos, Frescos (AEFY).
- Danone S.A.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La empresa recurrente manifiesta su disconformidad con el Acuerdo impugnado, tanto por lo que se refiere al sobreseimiento de la conducta imputada en su denuncia a la Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos, Frescos (AEFY), a la que atribuía la realización de una conducta concertada tendente a impedir el ingreso en la misma de la propia denunciante, además de otra consistente en la divulgación de informaciones denigrantes para los productos fabricados por ésta, como por el sobreseimiento de la imputación de abuso de posición dominante que la denunciante había atribuido a la empresa Danone S.A., insistiendo, en ambos casos, en las consideraciones y argumentos ya realizados ante el Servicio.

A) Concretamente, por lo que se refiere a la AEFY, la recurrente señala, en síntesis, que la modificación de sus Estatutos sociales realizada inmediatamente antes de la modificación de la norma de calidad del yogur (Orden Pre/1313/2002), sustituyendo su denominación de “Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos Frescos” por la de “Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos, Frescos”, es arbitraria y discriminatoria y tuvo como único objeto aislar al Grupo leche Pascual S.A., inadmitiéndole en la Asociación e impidiendo o dificultando el

lanzamiento de su yogur pasteurizado después de la fermentación. Insiste en que la norma de calidad del yogur no contiene una definición de yogur fresco.

Por otra parte, atribuye a la Asociación denunciada, con el mismo propósito antes expresado, la difusión de informaciones engañosas sobre las virtudes del yogur fresco, difundidas entre profesionales de la medicina, establecimientos de hostelería y en la prensa, que considera denigratorias para el yogur pasteurizado que estaba a punto de ser lanzado al mercado por la denunciante.

B) En relación con Danone S.A., la recurrente, tras manifestar su conformidad con la definición del mercado relevante realizada por el Servicio, como el nacional de la fabricación de yogur y otras leches fermentadas, discrepa de éste al considerar que Danone S.A. se encuentra en posición de dominio en dicho mercado, no sólo por su elevada cuota de mercado, del 64'7 por ciento, sino también por las especiales características de este mercado que refuerzan su posición. Partiendo de dicha consideración, el recurrente señala que la campaña de publicidad "cucharadas de vida", realizada por Danone al tiempo de que la denunciante iniciara el lanzamiento de su yogur pasteurizado después de la fermentación, supuso una conducta abusiva, al ser dicha campaña desproporcionada y desleal y tener una finalidad anticompetitiva.

Finalmente, discrepa también del Servicio al considerar abusiva la política de rápeles, descuentos y otras prestaciones comerciales practicada por Danone S.A.

SEGUNDO.- La Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos, Frescos (AEFY) se opone al recurso planteado e interesa la confirmación del Acuerdo recurrido alegando que la modificación estatutaria a la que se refiere la denuncia fue realizada para mantener los requisitos objetivos exigidos para pertenecer a la AEFY, que encuentran refrendo tanto en la anterior Norma del Yogur como en la vigente Norma de Calidad del Yogur y que, básicamente, son los de ser fabricantes de yogur fresco. Dicha modificación, añade, cumplió los requisitos estatutarios y está plenamente justificada por razones objetivas que se basan en el hecho de que los miembros de la AEFY fabrican una modalidad de yogur, el yogur fresco, que por sus características no puede ser equiparado al yogur pasteurizado. Finalmente, con cita de diversos estudios científicos y documentos incluidos en el expediente, destaca que las informaciones transmitidas por la AEFY son exactas, verdaderas y pertinentes y no tenían otro objeto que poner de manifiesto las diferencias entre los yogures frescos y pasteurizados.

Por su parte, Danone S.A. se opone igualmente a la estimación del recurso y alega que, dadas las características del mercado, Danone no se encuentra en posición de dominio y que, en todo caso, su campaña publicitaria “Cucharadas de vida” fue legítima, proporcionada y veraz, limitándose a destacar las virtudes del producto fabricado por dicha empresa. Finalmente, alega que su política de descuentos y rápeles ha estado siempre basada en criterios objetivos y en ningún caso ha incluido exigencias de exclusividad o de limitación para cualquier competidor.

El Servicio de Defensa de la Competencia, por su parte, interesa la desestimación del recurso dando por reproducidos los fundamentos del Acuerdo de sobreseimiento impugnado.

TERCERO.- Para la resolución del recurso es preciso poner de relieve que, al tiempo de los hechos denunciados, la empresa denunciante, Grupo Leche Pascual S.A., se disponía a lanzar al mercado una modalidad de yogur, diferenciada por estar pasteurizada después de la fermentación y cuya característica principal es la de ser sometido a una operación de calentamiento después de fermentar, con el objeto de eliminar las bacterias vivas resultantes de dicho proceso, lo que permite que el producto resultante no necesite ser conservado en frío y tenga una fecha de caducidad superior a los yogures que no sufren ese proceso. Este producto lácteo, ya existente en el mercado con anterioridad, no era comercializado con el nombre de yogur, al no encontrarse reconocido como tal en la Norma de calidad del yogur, pero pudo adoptar esta denominación tras la inclusión de la categoría del yogur pasteurizado en la Norma de calidad del yogur incluida en la Orden Pre/1313/2002, posteriormente recogida en el Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, cuyo artículo 8 distingue varias clases de este producto, la última de las cuales es el yogur pasteurizado.

De lo expresado se desprende que la principal diferencia entre el yogur fresco y el pasteurizado después de la fermentación es la presencia de bacterias vivas en el primero, lo que exige su conservación en frío y la fijación de un plazo de caducidad breve, mientras que el segundo no necesita frío para su almacenamiento y conservación y tiene plazos de caducidad más dilatados. La cuestión relativa a las propiedades probióticas del yogur fresco, como consecuencia de las citadas bacterias, es controvertida en la doctrina científica, existiendo numerosos estudios tanto a favor como en contra de sus efectos beneficiosos, si bien no parece que exista una confirmación demostrada y definitiva de su realidad ni de su inexistencia.

Con motivo de la modificación normativa expresada, Grupo Leche Pascual S.A. solicitó ser admitido como miembro de la Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos, Frescos (AEFY) el 26 de julio de

2002, siéndole denegada su petición por la Junta Directiva con fecha 2 de septiembre de 2002 y, posteriormente, de nuevo el 26 de junio de 2003, por no ser fabricante de esta clase de productos. Se da la circunstancia de que la AEFY había cambiado sus Estatutos en el mes de mayo de 2002, sustituyendo su inicial denominación de Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos Frescos por la actual, es decir, añadiendo una coma antes de la palabra “frescos” con el objeto de resaltar la exigencia de dicha cualidad en todos los productos fabricados de sus asociados y exigiendo la misma condición para poder asociarse en su artículo 2.

Al propio tiempo, desde el 15 de julio al 15 de septiembre de 2002, casi un mes más tarde del inicio de la campaña publicitaria llevada a cabo por Grupo Leche Pascual S.A. para el lanzamiento al mercado de su yogur pasteurizado, la denunciada Danone S.A. realizó una campaña de publicidad de sus propios yogures denominada “cucharadas de vida”, con la que trataba de destacar las virtudes de sus productos, con especial referencia, precisamente, a su carácter de frescos.

Los hechos sucintamente descritos motivaron que Grupo Leche Pascual S.A. presentara ante el Servicio de Defensa de la Competencia una doble denuncia, imputando a la AEFY la adopción entre sus asociados de un acuerdo anticompetitivo al negar su afiliación a la denunciante, por no ser productora de yogur fresco, y al divulgar informaciones engañosas sobre las virtudes del yogur fresco, difundidas entre profesionales de la medicina, establecimientos de hostelería y en la prensa, mientras que reclamaba para Danone S.A. una sanción por abuso de posición dominante realizada mediante la campaña de publicidad expresada, así como por su política de rápeles, descuentos y otras prestaciones comerciales practicadas.

CUARTO.- Examinando, en primer lugar, la impugnación relativa a la AEFY, de los antecedentes expresados se desprende que dicha Asociación fue creada con el objeto de agrupar a los fabricantes de yogur y productos lácteos frescos, en el marco establecido por la anterior normativa reguladora del yogur, que sólo reconocía como tal a los yogures frescos, por lo que este adjetivo se aplicaba únicamente al resto de los productos lácteos y se impuso la elaboración de esta clase concreta de productos como requisito para ser admitido como miembro de AEFY. Posteriormente, ante el anuncio de modificación de la Norma del yogur, que preveía incluir bajo esta denominación a los yogures pasteurizados después de la fermentación, la Asociación acordó modificar su denominación y los artículos estatutarios precisos para conservar su ámbito asociativo, evitando ampliarlo con la eventual incorporación de fabricantes de otros productos, lo que efectivamente llevó a cabo y motivó que, una vez aprobada la nueva Norma de calidad del yogur por la Orden Pre/1313/2002, fuera rechazada la solicitud

de incorporación presentada por Grupo Leche Pascual S.A. como productor de yogur pasteurizado después de la fermentación.

En este sentido es preciso recordar que el artículo 11 de la Ley Reguladora del derecho de asociación, de 22 de marzo de 2002, lo mismo que el artículo 6 de la anterior Ley de asociaciones de 1964, todavía en vigor en la fecha en que la AEFY aprobó la modificación de sus estatutos, el 23 de mayo de 2002, coinciden en establecer que el régimen de las asociaciones será el establecido en sus propios estatutos, disponiendo que los requisitos necesarios para ser miembro, además de los generales determinantes de la capacidad jurídica, serán los que establezcan sus respectivos estatutos. Naturalmente, este criterio general debe ser matizado por la necesaria conformidad de las particulares condiciones de cada asociación con lo dispuesto en las leyes que, por lo que aquí nos interesa, son en este caso las reguladoras de la libre competencia. La aplicación de estas normas al derecho de asociación exige que las asociaciones no actúen como núcleos de colusión para concertar las políticas comerciales o industriales de los empresarios integrados en ellas ni sirvan como instrumentos para la discriminación o la imposición de precios o de condiciones de mercado.

En este caso no se aprecia que concurra ninguna de las circunstancias mencionadas en la inadmisión como miembro de la AEFY de quien no tenía en ese momento las condiciones estatutarias exigidas para ser asociado, que eran de carácter general, objetivas e idénticas a las exigidas para todos los asociados, así como tampoco por el hecho de la modificación de sus estatutos, realizada con anterioridad a la solicitud de la denunciante para ser admitida en la Asociación y llevada a cabo con el único objeto acreditado de mantener el ámbito original de ésta ante el anuncio de un cambio normativo, sin que este Tribunal aprecie en ninguno de ambos actos el carácter arbitrario y discriminatorio que pretende la recurrente.

En cuanto a las informaciones transmitidas por la AEFY sobre el yogur fresco, con especial referencia por parte de la recurrente a folletos elaborados y divulgados por aquélla entre los médicos, los establecimientos de hostelería, comunicados de prensa, etc, que la denunciante calificó como engañosos y denigratorios, es preciso señalar que algunos de ellos, como el denominado “El yogur, nuestra tradición y cultura” (doc. 20), fueron publicados en fechas muy anteriores a los hechos denunciados (abril de 1997), otros, como el folleto enviado a los médicos sobre las diferentes cualidades de los yogures frescos y los pasteurizados, carecían de la posibilidad de causar efectos en el mercado, dada la especial cualificación profesional y científica de sus destinatarios, y en todos ellos, en general, no se hacen otras afirmaciones que las de resaltar las virtudes de los fermentos y bacterias vivas existentes en los yogures frescos y sus efectos

supuestamente beneficiosos para la salud, poniendo de relieve la inexistencia de dichas bacterias en los yogures pasteurizados y expresando, en síntesis, que los yogures frescos son probióticos, se precisa frío para su conservación y contienen fermentos lácticos que favorecen la digestión, interaccionan con el sistema inmunitario y tratan diarreas, mientras que los pasteurizados no tienen estas características.

En este sentido, aunque las afirmaciones sobre los efectos beneficiosos de las bacterias existentes en los yogures frescos sean discutidas por algunos estudios científicos, también se encuentran apoyadas por otros de semejante entidad, por lo que no cabe entender que se trata de informaciones falsas o engañosas, sino de una forma legítima de promoción de los propios productos, ensalzando las virtudes que los distinguen de otros, según las teorías científicas que más les favorecen.

Por último, las mencionadas actuaciones de la AEFY en defensa del yogur fresco, fueron realizadas con ocasión del proceso de elaboración de la nueva normativa del yogur y tuvieron lugar antes del lanzamiento al mercado por la denunciante de su yogur pasteurizado.

QUINTO.- Por lo que se refiere a las imputaciones de abuso de posición de dominio dirigidas por Grupo Leche Pascual S.A. contra Danone S.A., por razón de su campaña publicitaria “Cucharadas de vida”, realizada entre el 15 de julio y el 15 de septiembre de 2002 e iniciada 24 días más tarde del inicio de la campaña promocional del nuevo yogur pasteurizado lanzado por Pascual, el recurso debe ser igualmente desestimado, tanto por no darse las circunstancias necesarias para considerar que Danone S.A. se encontrara en posición dominante como por la falta de los demás requisitos necesarios para que una conducta de esta naturaleza pueda ser considerada abusiva.

En efecto, aun sin que sea preciso en este caso realizar un estudio más detallado del mercado de referencia para calificar las conductas denunciadas, dada la naturaleza y alcance de éstas que más adelante examinaremos, podemos partir como punto de referencia del mercado relevante definido por el Servicio y admitido por todas las partes interesadas en este expediente, incluso por la recurrente, como el mercado nacional del yogur y otras leches fermentadas, que incluye no sólo los yogures propiamente dichos, que se elaboran con leches fermentadas por los microorganismos “Lactobacillus bulgaricus” y “Streptococcus thermophilus”, sino otros productos similares fermentados con bifidobacterias (Bifidobacterium bifidum” y “Bifidobacterium longum”) o con lactobacilos (“Lactobacillus acidophilus” y “Lactobacillus casei inmunitas”), que son también leches fermentadas y son percibidas de forma similar por el consumidor. Sobre este punto de partida, se hace preciso examinar las

características de dicho mercado con el objeto de determinar si una cuota elevada de dicho mercado, como es la del 64'7% ostentada por Danone, es suficiente para atribuir a ésta la condición de empresa en posición de dominio. Es necesario destacar que una cuota de mercado más o menos elevada no implica, por sí sola, que la empresa que la posea se encuentre en una posición de dominio en el mercado en el que actúe, sino que es preciso, como ya señaló el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que otorgue a quien la ostente *“una posición de potencia económica ... que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores”* (S. United Brands, de 14 de febrero de 1978), doctrina casi literalmente recogida por la Comisión Europea en la Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03) que, en su apartado 10, establece que la posición dominante se caracteriza por permitir a una empresa *“comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores”*.

De esta manera, partiendo de una elevada cuota de mercado, como la que ostenta la denunciada Danone S.A. en el mercado definido por el Servicio, es preciso comprobar si la misma le permite gozar de la independencia expresada, teniendo en cuenta elementos, también definidos por la sentencia citada, tales como la estructura del mercado en el que se actúa, valorando el número de los competidores y sus respectivas cuotas, la evolución experimentada por éstas, la existencia de barreras de entrada, el poder de negociación, etc. En este sentido, el Tribunal coincide con el Servicio de Defensa de la Competencia en la apreciación de que la denunciada no se encuentra en una posición de dominio efectiva en el mercado definido como relevante, valorando, entre otros factores, la importancia de algunos de sus competidores, como Central Lechera Asturiana, Puleva, Nestlé y otros, con una presencia importante en diversos sectores de la alimentación y de la industria láctea y con capacidad financiera para competir y hacer publicidad de sus productos. Al mismo tiempo, deben destacarse otras circunstancias como la inexistencia de barreras significativas de entrada, la creciente presencia de marcas blancas y el poder de negociación de la gran distribución, que despejan en este caso la presunción de que una elevada cuota de mercado podría dar lugar a una posición de dominio.

SEXTO.- Lo anteriormente señalado excusaría de hacer cualquier otra consideración sobre la pretendida ilicitud de la campaña de publicidad “Cucharadas de vida”, realizada por Danone S.A. para fomentar el consumo de su yogur fresco, coincidiendo con la campaña realizada a su vez por Grupo Leche Pascual S.A. para el lanzamiento de su yogur pasteurizado,

pero, en cualquier caso, es preciso calificar dicha campaña como una acción empresarial legítima, en cuanto no contenía expresiones o manifestaciones denigratorias o desleales, sino simples afirmaciones sobre la bondad de sus productos, utilizando frases tales como “dar vida”, dar más vida a la vida” y otras semejantes que, con independencia de su mayor o menor exactitud científica, no pueden ser consideradas como engañosas o falsas, sino que entran dentro de los modos y prácticas habituales en las técnicas publicitarias de cualesquiera productos.

Por otra parte, como señala el Servicio, dicha campaña no se realizó como reacción frente a la campaña de lanzamiento del yogur pasteurizado, sino que se encontraba planificada desde principios del año 2002 y los recursos empleados en ella no fueron desproporcionados en relación con la inversión publicitaria realizada por Danone S.A. ese mismo año para otros de sus productos. En todo caso, es perfectamente aplicable, al menos en lo que a este caso respecta, la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 que, en relación con una campaña publicitaria lanzada por una empresa que sí se encontraba en clara posición de dominio, que además había obtenido por su condición de antiguo monopolista de un servicio público, para contrarrestar la publicidad de un nuevo entrante en el mismo mercado llevó a cabo una fuerte campaña publicitaria, ha señalado que *“lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de «obstaculizar» la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última”*. La sentencia expresada añade que, aun admitiendo la viabilidad en abstracto de que el uso de la publicidad por parte de una empresa dominante pudiera resultar abusiva, lo que considera una cuestión sometida a debate doctrinal, circunstancias de carácter objetivo, entre las que destaca *“la capacidad financiera del nuevo entrante, que le permitía replicar la inversión publicitaria de su oponente en análogas condiciones”*, pueden hacer que el empleo de la publicidad por un operador dominante no se considere en todo caso abusivo, sino como una actuación comercial o empresarial aceptable y justificada, circunstancias que concurren en el presente caso.

SEPTIMO.- En cuanto a la política de descuentos, rápeles y otras prestaciones comerciales, no ha resultado acreditado en el expediente que Danone S.A. realice por estos medios prácticas desleales o excluyentes para sus competidores ya que, como señala el Servicio, no concede descuentos a cambio de que la gran distribución no comercialice los productos de sus competidores, ni realiza pagos o descuentos por la venta en exclusiva de los suyos, sino que sus descuentos son objetivos, no discriminatorios, programados con antelación y no impiden conocer el precio neto medio de compra de cada producto y, en cuanto a la reserva de murales de frío en los establecimientos de la gran distribución, en nada afectaba al Grupo Leche Pascual S.A., cuyo yogur pasteurizado no necesitaba frío para su conservación.

OCTAVO.- Finalmente, en cuanto a la alegación de indefensión que la recurrente dice haber padecido como consecuencia de la declaración de confidencialidad por parte del Servicio de informaciones aportadas al expediente por Danone, como las relativas a sus datos reales de inversiones en publicidad, los datos sobre descuentos y condiciones comerciales obtenidas por la gran distribución y la ocupación del mural de frío de cada una de sus marcas en las instalaciones de la gran distribución, debemos señalar que se trata de informaciones merecedoras de la confidencialidad acordada por el Servicio, por tratarse de datos estratégicos sensibles y secretos de negocio cuyo conocimiento podría proporcionar ventajas indebidas a los competidores. Es directamente aplicable al caso, como doctrina general, la sentada por este Tribunal en sus R 476/2001 y R 205/1997, conforme a la cual *“hay que ser muy precavido frente a la posibilidad de que se planteen por los competidores denuncias instrumentales que persiguen conocer los secretos comerciales de un competidor”*, añadiendo la Resolución R 480/01 que *“esta precaución parece que debe extremarse en aquellos casos en los que, como sucede en el que ahora examinamos, la decisión derivada del examen de esos documentos es exculpatoria, por no haberse observado en ellos por la Administración competente que contengan las cláusulas o expresiones denunciadas. No hay que olvidar que, sin perjuicio de la posibilidad de admisión de empresas y particulares como interesados en sus procedimientos, la defensa de la competencia tiene como fundamento principal la defensa del interés público, cuya salvaguarda corresponde a los órganos correspondientes de la Administración y no a esos particulares”*.

De acuerdo con esta doctrina, la falta de conocimiento por parte de Grupo Leche Pascual S.A. de las informaciones proporcionadas por la denunciada, que fueron declaradas confidenciales por el Servicio por tratarse de secretos de negocio y que han sido tenidas en cuenta por la Administración para dictar su resolución exculpatoria, ni ha entorpecido o impedido la defensa del interés público por los Órganos de Defensa de la

Competencia ni ha causado indefensión a la denunciante, a la que ese desconocimiento no impidió presentar la denuncia y que ha podido aportar sus propias pruebas y formular sus alegaciones a lo largo de todo el expediente sin haber tenido que causar a la denunciada un perjuicio innecesario y sin obtener indebidamente unas ventajas competitivas en detrimento de aquélla.

Por todo lo anterior el Tribunal

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por la compañía Grupo Leche Pascual S.A. contra el contra el Acuerdo de sobreseimiento de 31 de mayo de 2005, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y al denunciado, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.