

RESOLUCIÓN (Expte. r 612/04, Agerull)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
del Cacho Frago, Vocal
Torremocha y García Sáenz, Vocal
Conde Fernández-Oliva, Vocal
Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 20 de septiembre de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 612/04 (2489/03 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por la empresa Agerull Industrias Químicas, S. L. (en adelante, Agerull) contra el Acuerdo del SDC de 19 de mayo de 2004 de archivo de las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por D. José Barrera García en representación de Agerull contra Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A. (en adelante, Grupo Árbol), por determinadas conductas que podrían ser objeto de infracción de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) consistentes en abuso de posición de dominio en las Comunidades de Castilla y León y Extremadura.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 14 de octubre de 2003, se presentó denuncia ante el SDC por el representante de Agerull contra el Grupo Árbol (antes Grupo Unigro, S.A.). La denunciante imputaba a esta última la práctica de conductas contrarias a la libre competencia, mediante el abuso de su posición de dominio en las Comunidades de Castilla y León y Extremadura, al rescindir unilateralmente en marzo de 2003, el contrato de suministro de productos que tenía desde el año 2000, todo ello sin el consiguiente preaviso de 6 meses que prevé el artículo 6.2, letra f) de la LDC para empresas en posición de dominio.

2. Recibida la denuncia y la documentación que la acompañaba, el SDC acordó la práctica de una información reservada y, seguidamente, al no apreciarse la existencia de posición de dominio ni una situación de dependencia económica, llegó a la conclusión de que las conductas denunciadas no pueden encuadrarse como prácticas prohibidas por el artículo 6.2, letra f) de la LDC, por lo que con fecha 19 de mayo de 2004 adoptó el Acuerdo de archivo de las actuaciones.
3. Durante la fase de instrucción, por considerarse de interés, se incluyó en el expediente el Informe del SDC de 21 de marzo de 2003, relativo al proyecto de operación de concentración económica, consistente en la adquisición de los activos correspondientes a 38 establecimientos de Grupo Árbol por parte de Distribidora Internacional de Alimentación, S.A. Igualmente se incluyó un cuadro de la revista Alimarket correspondiente a enero de 2003, en el que se relaciona la posición de los diversos grupos de distribución en España a diciembre de 2002.
4. Con fecha 4 de junio de 2004, se recibe en el TDC recurso de Agerull contra el Acuerdo de archivo de la denuncia por el SDC.
5. El 4 de junio de 2004, el TDC solicita el preceptivo informe del Servicio, recabándose también información sobre la fecha de notificación del Acuerdo recurrido, con el fin de apreciar, en su caso, su extemporaneidad, así como sobre si consta en las actuaciones seguidas en ese SDC, la representación con la que actúa el recurrente, y, por último, si es bastante para recurrir, al no estar acreditada la misma ante este Tribunal.
6. Con fecha 10 de junio de 2004, el SDC cumplimenta el informe solicitado, en el que hace constar que el recurso ha sido interpuesto en plazo y que el recurrente tiene acreditada su representación. Además, señala en el mismo que al no haberse desvirtuado el contenido del Acuerdo de archivo, procedía la desestimación del recurso.
7. Mediante Providencia de 14 de junio de 2004 se designó Ponente y se ordenó poner de manifiesto el expediente a los interesados para formular alegaciones dentro del plazo legal. La entidad recurrente y la denunciada alegaron lo que estimaron correspondiente.
8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso el día 15 de septiembre de 2004, y encargó la redacción de la Resolución al Ponente.
9. Son interesados:

- Agerull Industrias Químicas, S. L.
- Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S. A.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En sus alegaciones el recurrente básicamente se remite a lo ya expuesto en su escrito de denuncia y en el de recurso, en especial, a lo indicado en el apartado primero del punto quinto (Objeto del Recurso), en el que muestra su desacuerdo con la definición de “posición de dominio” que realiza el SDC, estimando que la misma olvida que “la dimensión geográfica a la que se circunscribe la supuesta actitud prohibitiva realizada por la empresa denunciada, no es de ámbito nacional, sino relativa a las regiones de Extremadura, Murcia, Castilla y León y Almería, y especialmente las zonas de Extremadura y Murcia”, por lo que considera que no se desvirtúa que la entidad denunciada posee una posición de dominio en dichos mercados. Por otra parte, señala que no se ha discutido el hecho de que la empresa denunciada haya resuelto la relación comercial existente con el recurrente sin el preaviso de seis meses previsto en el artículo 6.2.f de la LDC y que la interpretación que el SDC hace de la posición de dominio estima que no está amparada por “resolución jurisprudencial o doctrinal alguna”, interesando que haga un pronunciamiento sobre si el abuso de posición de dominio sólo puede producirse a nivel nacional o puede serlo a escala regional. Adicionalmente, en relación con lo dispuesto en el artículo 13 de la LDC, solicita que el TDC determine la cuantía relativa al resarcimiento de daños y perjuicios, a efectos del ejercicio de las acciones civiles correspondientes.
2. La entidad denunciada señala básicamente que no es aceptable que el denunciante varíe las zonas afectadas en la denuncia -Extremadura y Castilla y León en la denuncia y Extremadura y Murcia en el recurso-, pues con ello modifica la denuncia, a cuya resolución se contrae el objeto del recurso. No acepta que se limite el mercado a determinadas regiones, ya que el acuerdo comercial que se trata, no se firma sólo para ellas, sino que su ámbito es nacional, ni tampoco que Agerull dependa económicamente de Grupo Árbol, señalando a este respecto que la facturación de Agerull al Grupo Árbol es aproximadamente el 2% de sus relaciones comerciales, así como que sólo compra 6 de los 17 productos que aquella entidad fabrica.

Por otra parte, estima que si bien la denunciante insiste en la aplicación de ciertas resoluciones del TDC y de jurisprudencia del TSJCE al

presente supuesto, las mismas deben ser apreciadas en la totalidad de sus fundamentos y no de modo parcial como pretende el denunciante. Concluye que con los documentos obrantes en el expediente, se deduce que el mercado de productos de bienes de consumo diario, que es el relevante en este caso, es especialmente competitivo y que el Grupo Árbol no tiene posición de dominio a nivel del mercado nacional (ocupa en el mismo la octava posición), ni tampoco en los ámbitos más reducidos de las Comunidades Autónomas que Agerull pretende sean determinados como mercados geográficos afectados, pues ni siquiera en ellas tiene suficiente poder económico como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de competidores o consumidores y de esta forma modificar el precio u otras características del producto.

3. El TDC debe pronunciarse sobre si el Acuerdo de archivo de la denuncia es correcto o no, para lo que es determinante valorar si el Grupo Árbol ostenta una posición dominante así como si existe una situación de dependencia económica de una empresa con respecto a la otra. Para ello resulta necesario considerar la doctrina sobre la materia y determinar el mercado de referencia en el que se desarrollan las relaciones de oferta y demanda, tanto desde el punto de vista de los productos o servicios afectados como del ámbito geográfico.

La doctrina comunitaria (Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo *United Brands* de 14 de febrero de 1978, *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979, así como la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997, (97/C 372/03)) y la nacional (entre otros, en los expedientes 441/98 *Electra Avellana* y R 362/99 *Bacardí*) han delimitado la posición de dominio en una línea que cabe sintetizar en base al poder económico y la independencia de comportamiento. Sólo una independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y clientes puede llevar a una posición de dominio en el mercado, pero cuando no se da ésta, aunque la empresa abarque gran parte del mercado, no podrá actuar al margen de las leyes de la oferta y la demanda, y el precio o cualquier otra característica del producto se determinarán por las fuerzas del mercado y no de forma unilateral.

Este Tribunal comparte las apreciaciones del SDC, en cuanto al mercado de producto y el ámbito geográfico. Respecto al mercado de producto, si bien el Grupo Árbol distribuye al por menor productos de consumo diario, en este expediente su actuación es como demandante de los mismos. Pero ambos mercados están relacionados y la Comisión Europea en diversas decisiones (caso IV/M.991 *PROMODES/CASINO*, caso IV/M. *INTERMARCHÉ/SPAR*, etc.) ha

señalado que, teniendo en cuenta la homogeneidad de la demanda, que no varía sustancialmente de un grupo de productos a otro, podría ser suficiente apreciar el poder de compra de las partes en relación con el conjunto de bienes de consumo diario, por lo que cabe considerar como mercado de producto afectado el de demanda de productos de consumo diario para su posterior distribución minorista. Así, la posición que ocupa la entidad denunciada en ese mercado nacional de demanda, debe apreciarse teniendo en cuenta cuál es su poder de compra entre la totalidad de posibles compradores de estos productos, que puede asimilarse con el octavo puesto a nivel nacional, el mismo que ocupa como distribuidor minorista.

En cuanto al mercado geográfico, no puede aceptarse tampoco que sea el regional, (sea una Comunidad u otra) como pretende la entidad denunciante, ya que ésta vende sus productos a nivel nacional, al tiempo que el Grupo Árbol organiza sus compras a nivel nacional y distribuye los productos de la denunciante por toda su red de supermercados.

Por todo lo anterior, no se puede deducir que el Grupo Árbol tenga una posición de dominio, ya que su poder de compra queda limitado por tener otros competidores, y no puede actuar sin tener en cuenta a éstos, ya que si tratara de imponer sus condiciones a los suministradores, éstos podrían dirigirse a otras empresas que les ofrecieran mejores condiciones.

Finalmente, tampoco puede aceptarse que Agerull dependa económicamente del Grupo Árbol, ya que sus ventas a nivel nacional a esta entidad no han alcanzado el 2%, contando asimismo con otros importantes clientes.

Todo ello lleva a la desestimación del recurso interpuesto contra el Acuerdo de Archivo, sin que quepa pronunciarse sobre aspectos que la propia LDC delimita, como es el de si el abuso de la posición de dominio puede producirse en todo o en parte del mercado nacional, ni sobre la posible cuantía de una indemnización, lo que no es competencia de este Tribunal, máxime cuando se considera que no se ha acreditado tal abuso de posición de dominio.

En su virtud, este Tribunal

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por el representante de la empresa Agerull Industrias Químicas, S. L. contra el Acuerdo de archivo del SDC de 19 de mayo de 2004, que confirmamos en su totalidad.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la sociedad recurrente y a los interesados, 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 a contar desde el día siguiente al de su notificación.