

RESOLUCIÓN (Expte. r 580/03, Supermercados)

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 8 de junio de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado, en el Expediente r 580/03 (2434/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio, SDC), la siguiente Resolución en el recurso interpuesto por la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB) para impugnar el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC) por el que se archivó su denuncia contra Alcampo, S.A., Grupo Carrefour, Grupo El Corte Inglés y Mercadona, S.A., por abuso de posición de dominio, aplicación de condiciones comerciales discriminatorias y acuerdo entre las denunciadas para imponer a sus suministradores un sistema de seguridad mediante etiquetas antihurto en origen, formulada al amparo del artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de julio de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de recurso de FIAB contra el Acuerdo del Servicio de 27 de junio de 2003, por el que se archivó la denuncia de 25 de noviembre de 2002 a que se ha hecho referencia en el encabezamiento.
2. El 16 de julio de 2003 el Tribunal remite al Servicio copia del recurso y recaba su informe preceptivo y las actuaciones correspondientes.
3. El 24 de julio de 2003 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el mencionado informe y las actuaciones.

4. El 18 de septiembre de 2003 el Tribunal dicta Providencia para ordenar que se una al expediente el informe y las actuaciones del Servicio, y que se ponga de manifiesto a los interesados el expediente durante un plazo común de 15 días para que puedan formular alegaciones y presentar documentos. En la misma Providencia se designa Ponente.
5. El 14 de octubre de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones de El Corte Inglés, que concluye solicitando la desestimación del recurso.
6. El 15 de octubre de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones de FIAB, que concluye solicitando la estimación del recurso.
7. El 16 de octubre de 2003 tienen entrada en el Tribunal sendos escritos de alegaciones de Carrefour y Alcampo, que concluyen solicitando la desestimación del recurso.
8. El 21 de octubre de octubre de 2003 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones de Mercadona, que concluye solicitando la desestimación del recurso.
9. Son interesados en este procedimiento:
 - Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB)
 - Alcampo, S.A.
 - Grupo Carrefour
 - Grupo El Corte Inglés
 - Mercadona, S.A.
10. El Pleno del Tribunal delibera y falla este expediente de recurso en su sesión del 2 de junio de 2004.

HECHOS PROBADOS

1. El presente expediente se refiere al recurso formulado por la FIAB el 11 de julio de 2003 y tiene por objeto determinar si es o no conforme a Derecho el Acuerdo del Servicio de 27 de junio de 2003, por el que se archivó la denuncia de 25 de noviembre de 2002.

2. La FIAB representa prácticamente al 100% de las empresas productoras de alimentación y bebidas, quienes a su vez se organizan en 60 asociaciones. Su actividad fundamental, según la recurrente es la de “...representar los intereses de la industria alimentaria ante las diferentes administraciones...”.

Las empresas denunciadas actúan en el sector de la distribución minorista, sector en el que poseen una fuerte presencia e implantación, abarcando la totalidad del territorio nacional:

- Alcampo S.A. es una empresa perteneciente al grupo internacional Auchan, que es uno de los mayores grupos mundiales de distribución minorista. Auchan posee en España las cadenas Alcampo y Sabeco, que tienen un elevado volumen de facturación anual.
- Carrefour es el líder europeo y segundo mundial de la distribución, además de estar presente en otros sectores. En España opera bajo las insignias Hipermercados Carrefour, Supermercados Champion, tiendas de proximidad Día y *Cash and Carry* Puntocash.
- El Grupo El Corte Inglés, es la matriz de empresas tales como El Corte Inglés, Hipercor, Supercor S.A y Opencor. Es la primera firma de distribución del país y está presente en diversas actividades relacionadas con el comercio en general.
- Mercadona S.A. es una compañía de distribución, integrada dentro del segmento de supermercados.

3. Las prácticas denunciadas estaban referidas a:

- Acuerdo entre las denunciadas para la imposición a sus suministradores de un sistema homogéneo de seguridad, mediante etiquetas antihurto en origen, para todos aquellos productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto lo justificaran. Dicho acuerdo se plasmó en un documento denominado “Proyecto de protección electrónica de artículos mediante sistema de radiofrecuencia digital”.
- Aplicación de condiciones comerciales discriminatorias. El acuerdo contempla que la obligación de incorporar etiquetado de seguridad no tenga carácter general, sino que se prevé para unos

determinados productos, sin especificar el criterio diferenciador, haciendo únicamente referencia a aquellos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto así lo justifiquen.

- Abuso de posición de dominio colectiva mediante la explotación de la situación de dependencia económica en la que se encuentran los proveedores respecto de las demandadas.
- Abuso de posición de dominio, al favorecer la posición de dominio de una determinada empresa de producción de sistemas de etiquetado antirrobo, al exigir un tipo concreto de etiquetas antihurto.

4. El Servicio abre una información reservada en la que obtuvo la siguiente información:

- Las empresas denunciadas cuentan con diferentes sistemas de seguridad, por lo que no puede concluirse que haya habido seguimiento de un determinado y único sistema de seguridad.
- Existen diferentes empresas con capacidad para suministrar los sistemas de seguridad con tecnología de Radio Frecuencia (8,2 Mhz), sin que se hayan encontrado indicios de barreras de entrada a ninguno de ellos, ni la existencia de presiones por parte de las distribuidoras hacia alguna de las posibles empresas suministradoras.
- Tanto a nivel de distribuidoras minoristas como a nivel de fabricantes e importadores existe una inquietud manifiesta en relación a los diferentes sistemas de seguridad y la posible conveniencia de optar por un único sistema y el momento de hacerlo, su financiación y la repercusión ecológica de su implantación. A pesar de haberse celebrado diversas reuniones sobre la cuestión, no se ha llegado a ninguna solución que pueda tener validez general.
- En junio de 2002, representantes de las empresas denunciadas, remitieron por conducto notarial, a una serie de empresas, una carta en la que exponían que: *“las cadenas firmantes, entre otras medidas, han puesto en marcha el proyecto de protección electrónica de artículos mediante sistemas de Radio Frecuencia Digital. La fase de instalación de sistemas de los puntos de venta ya ha concluido y ahora necesitamos su máxima colaboración*

para la puesta en marcha de los programas de protección en origen.

En tal sentido se comunica que todos aquellos productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto así lo justifiquen, deberán ser entregados al canal de distribución debidamente protegidos con etiquetas de Radio Frecuencia desactivables de 8,2 Mhz ...”.

- Las empresas receptoras de las cartas, por su parte, manifestaron que:
 - Habían recibido presiones de las cuatro empresas denunciadas para la implantación en origen de los citados sistemas de seguridad.
 - Cada una de ellas mantiene su política comercial independiente, sin haberse hecho eco de las presiones por considerar que se trata de trasladar al proveedor un problema que afecta fundamentalmente al distribuidor.
 - Alguna ha mantenido contactos bilaterales con distribuidores para la implantación en origen de los sistemas de seguridad y para la distribución de sus costes.
 - La carta fue desautorizada por El Corte Inglés y no ha sido objeto de seguimiento por las otras tres denunciadas.

El SDC a la vista de lo expuesto llega básicamente a la siguiente valoración:

- La decisión de las cuatro denunciadas de unificar sus exigencias y referirlas a un único sistema de seguridad intentando imponerlas a sus proveedores, es un acuerdo entre competidores de fijación de condiciones comerciales, prohibido por el artículo 1 de la LDC.
- La imposición de condiciones comerciales no tuvo carácter general, sino limitada a empresas de productos que por “*su tamaño, costo...*” tuvieran mayor importancia en el índice de hurtos, por lo que el diferente trato a diversos proveedores no se puede reputar *a priori* como discriminatorio.

- Si hubieran prosperado las conductas expuestas, estaríamos ante conductas tipificadas en el artículo 1 de la LDC y, por tanto, sancionables.
- El acuerdo entre las denunciadas no ha supuesto la aceptación de sus condiciones por sus proveedores, contrarios a cualquier imposición, y sí a estudiar los modelos e implicaciones de cada uno de los sistemas.
- Las empresas partícipes en el acuerdo desistieron del mismo, ya sea explícitamente, dejándolo sin efecto o bien instrumentado acuerdos bilaterales.
- Existen diversas empresas suministradoras del sistema de seguridad de Radio Frecuencia de 8,2 Mhz, por lo que si se decidiera implantar dicho sistema, cada proveedor podría optar por la empresa que más le interesara.
- El acuerdo denunciado, en la medida en que no llegó a ponerse en práctica, no ha afectado a los mercados de proveedores ni al de distribución minorista.

Por todo lo anterior, el SDC acordó el archivo de las actuaciones que tienen origen en el expediente 2434/02 del Servicio, con fecha 27 de junio de 2003, al amparo del artículo 36 de la LDC, básicamente por los siguientes motivos:

- Las prácticas denunciadas no han llegado a surtir efectos reales sobre el mercado.
 - La presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de LDC, por su escasa importancia, no afectan de manera significativa las condiciones de la competencia.
 - El acuerdo denunciado ya ha cesado, por lo que han quedado restablecidas las condiciones de la competencia, sin que haya motivos que justifiquen la apertura de un expediente sancionador.
5. Los primeros hechos relativos a este expediente, se remontan al 25 de septiembre de 2000, cuando Mercadona mandó un fax a la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), una de las asociaciones sectoriales integradas en la FIAB, en el que básicamente instaba a la

instalación en origen de sistemas antihurto y comunicaba que se pondría en contacto con la asociación su proveedor de estos sistemas.

Ante este hecho, FEBE, con fecha 30 de marzo de 2001, formuló solicitud de autorización singular, para llevar a cabo una recomendación no vinculante a todos sus asociados, para que no atendieran los requerimientos de las empresas de distribución sobre incorporación en origen de las etiquetas de seguridad en las botellas, hasta que no se hubieran estudiado las diversas implicaciones de su establecimiento.

Con fecha 5 de junio de 2001, el SDC estimó que tal recomendación no podía ser considerada como cooperación lícita al amparo del art. 3 de la LDC, puesto que no se justificaban los beneficios que aportaba. Remitido el expediente al TDC, éste, por Resolución A 299/01, de 19 de diciembre de 2002, no concedió la autorización singular solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Contra el Acuerdo de 27 de junio de 2003 del SDC, en el que se archiva la denuncia de FIAB, ésta ha interpuesto recurso ante este Tribunal con fecha 10 de julio de 2003, con la siguiente motivación:
 - 1) Incorrecta apreciación de la denunciante y las denunciadas con los mercados en causa (ausencia de análisis de la vinculación entre los mercados de distribución y aprovisionamiento y posición de dominio de las denunciadas).
 - 2) Ausencia en el Acuerdo de apreciación de los motivos tercero (abuso de posición de dominio mediante aplicación de condiciones comerciales abusivas), cuarto (abuso de posición dominante colectiva mediante explotación de la situación de dependencia económica) y quinto de la denuncia (abuso de posición de dominio: favorecer y reforzar la posición de dominio de una empresa determinada en un mercado vecino: mercado de producción de sistemas de etiquetas antirrobo).
 - 3) Incorrecta apreciación de la naturaleza, objeto y efectos del Acuerdo a la luz de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y del artículo 81 del TCE.
 - 4) Ausencia de apreciación de la procedencia y necesidad de adopción de medidas cautelares.

2. Solicitado al SDC informe sobre el recurso y remisión de las actuaciones seguidas, este expone lo siguiente:

- 1) Considera que ha valorado los mercados y las relaciones entre proveedores y distribuidores.
- 2) No comparte la apreciación de la denunciante, ya que entró a analizar no sólo el acuerdo entre las denunciadas, sino también la imposición que del mismo se trató de hacer a sus proveedores y de ahí que considerara una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC el acuerdo de los denunciados de unificar sus exigencias de determinadas condiciones comerciales.

Ahora bien, estima que así como para que un “acuerdo” sea contrario al artículo 1 de la LDC no requiere necesariamente que haya desplegado sus “efectos”, sino que basta con que “tenga por objeto tal fin”, el artículo 6 de la Ley, requiere de la acción y, en el presente caso, no sólo no ha surtido efecto tal acuerdo, sino que los denunciados se han retractado del mismo. Además el acuerdo no tuvo más efecto que la comunicación de intenciones por parte de los denunciados a sus clientes, sin que estos últimos se hayan sometido o aceptado las exigencias.

Por otra parte, señala que los denunciados desistieron de su acción, por lo que el acuerdo no llegó a implantarse en ningún momento ni modificó las condiciones comerciales, sin que haya indicios de que por parte de las denunciadas haya habido otra acción en el sentido de reincidir en su intención de fijación de exigencias comerciales.

En cuanto a la incorrecta apreciación del artículo 36.1.a) por parte del SDC, si bien no se pone en duda las afirmaciones del recurrente sobre la fuerte presencia en el mercado de las empresas denunciadas, o el poder de mercado de las mismas, no comparte que estos factores sean determinantes para la afectación del mercado. Estima que no cabe considerar que existe abuso de posición de dominio “potencial”, sino que dicho abuso tiene que haber afectado, de forma real, las condiciones del mercado, aparte de que el acuerdo se ha anulado y las partes se han retractado sin que haya indicios, por otro lado, de que haya afectado al comportamiento de los proveedores.

- 3) Respecto a la procedencia y necesidad de adopción de medidas cautelares, se señala que tal posibilidad es considerada por la Ley, una vez iniciado el expediente, por lo que en el presente caso no cabía considerar tal posibilidad, puesto que no llegó a incoarse expediente, con independencia de que tales medidas estaban dirigidas a suspender la aplicación de un acuerdo, y este no llegó a aplicarse.

Niega también que no se haya llevado a cabo un análisis completo de los hechos, etc., recordando que el SDC no tiene obligación de realizar todas las pruebas e indagaciones solicitadas en la denuncia, sino que basta con la indagación de los elementos suficientes para fundamentar el acuerdo de archivar la denuncia o incoar expediente.

Por todo ello, entiende que procede desestimar el recurso.

3. El Corte Inglés formula las siguientes alegaciones al escrito de recurso: a) que no había concluido ni tenía intención de concluir acuerdo alguno con otras empresas de distribución tendente a imponer un determinado sistema de seguridad de etiquetas antihurto; b) que si bien la dirección de El Corte Inglés tuvo conocimiento de la remisión de una carta con el membrete de la empresa (y de otras empresas de distribución) a cinco proveedores, instándoles a que procedieran a entregar sus productos mediante un sistema de protección, su contenido fue desautorizado por la Dirección de la empresa por escrito de 20 de enero de 2003, en el que se señalaba que la carta no reflejaba en absoluto la posición de la empresa, a la vez que solicitaba se diese por no recibida; c) que la carta que motivó la denuncia respondió a la preocupación mostrada por los fabricantes ante la posible implantación de diferentes sistemas de seguridad. Por todo lo cual, solicitaba se desestimase el recurso interpuesto por la FIAB.
4. FIAB presenta en su escrito de recurso las siguientes alegaciones: a) al objeto de que se tenga una clara visión de los hechos, detalla su cronología, a efectos de sostener que el acuerdo ha surtido efectos y que los denunciados no se han retractado (FIAB no ha recibido ninguna comunicación en este sentido), aunque conoce que el 20 de enero de 2003 El Corte Inglés envió una carta a cinco empresas afiliadas a FIAB pidiendo disculpas; b) señala que el acuerdo de las denunciadas, firmado ante notario, es contrario a lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC, ya que su intención es la de *“unificar la exigencia de determinadas condiciones comerciales”*; c) no considera que el artículo 6 de la Ley requiera de la acción, así como que han existido

comportamientos abusivos por tratar de imponer una condición comercial, por su ratificación ante notario, por la difusión del acuerdo, y por la exigencia de asistencia a reuniones para implementar el acuerdo (se llama la atención también sobre que antes de la adopción del acuerdo, se habían producido amenazas por parte de Mercadona de no comprar a quien no hubiese colocado las etiquetas de seguridad antes del 1 de octubre de 2001); d) no estima que el acuerdo tenga un efecto meramente “*comunicativo*”, ya que su objeto es anticompetitivo (imposición de condición comercial abusiva) y se han adoptado demasiadas formalidades (firma ante notario) para ser una mera “comunicación de intenciones”; e) la interposición de la denuncia es la razón por la que no ha habido “acatamiento” de las exigencias de los distribuidores; f) no considera que la carta mandada por El Corte Inglés equivalga a un “retracto” y tampoco tiene conocimiento de que las denunciadas se hayan retractado del acuerdo; g) estima que no puede basarse la ilegalidad de un acuerdo en la necesidad de apreciar “reincidencia” en la conducta, considerando que tal circunstancia sólo puede analizarse como un agravante de la conducta infractora, pero no como determinante de si existe o no dicha “infracción”; h) en relación a la existencia de negociaciones bilaterales tendentes a alcanzar acuerdos sobre sistemas de seguridad, sostiene que mientras Alcampo creía haber conseguido el objetivo del acuerdo, concluyó como mínimo tres negociaciones muy ventajosas, si bien desde que es consciente de la existencia de la denuncia, no implementó ninguna; i) estima que la fuerte presencia y poder en el mercado de las denunciadas son factores determinantes para conocer si el mercado se halla afectado o no y en qué grado, junto con la existencia de “obstáculos” o “barreras” de acceso al mismo; j) considera que en el trámite de información reservada, sólo se solicitó información de los *sistemas de seguridad ...en envases de vidrio*, cuando en el acuerdo denunciado se refiere a la necesidad de incorporar el etiquetado en origen a una generalidad de productos; k) respecto a las alegaciones de las denunciadas, niega que sean ciertas sus afirmaciones de no haber concluido ningún acuerdo y que se trate de justificar la carta sobre la base de demandas recibidas para evitar que se produjeran requerimientos distintos de cada distribuidor, no aceptando tampoco como eximente en algún caso que un empleado actúe al margen de la dirección; l) aprecia la ausencia de solicitud de información a la empresa Checkpoint, entre los documentos que obran en el expediente, considerando la conveniencia de recabar informaciones de las relaciones comerciales de esta empresa con las denunciadas.

Por todo lo cual, solicita se estime el recurso presentado, alegando que el acuerdo infringe el artículo 1 de la LDC, ha surtido efectos, por lo que

es aplicable el artículo 6, y ha afectado de manera significativa las condiciones de la competencia y no con poca importancia, sobre todo teniendo en cuenta el poder y cuota de mercado de las denunciadas.

5. Mercadona S.A., básicamente alega lo siguiente: a) la denunciante introduce en su recurso elementos de juicio que no fueron puestos de manifiesto en la denuncia archivada y que nada tienen que ver con lo que se dilucida; b) en la tramitación del expediente archivado se ha hecho un análisis correcto y completo de los hechos, y examinado con precisión los mercados relevantes; c) el documento aportado como prueba no es ningún acuerdo en sí, por cuanto se trata de un “proyecto de protección electrónica”, señalando que incluso antes de conocer la denuncia interpuesta por la FIAB, se había convocado a proveedores y distribuidores a una reunión, lo que demuestra que no se entendía, por parte de las empresas denunciadas “valor de imposición alguna” a la carta remitida por conducto notarial, sino que sólo era un ofrecimiento para estudiar a qué productos se les podría implantar; d) en la referida carta se hace referencia a que los proveedores deben acordar lo conveniente con cada uno de los interlocutores habituales de las empresas de distribución; e) en el acuerdo no se hace ninguna referencia a los costes de la posible implantación en origen de las etiquetas de seguridad; e) no existe acuerdo entre las empresas de distribución para la implantación de ningún sistema de seguridad, si bien en numerosas reuniones se ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer sistemas de seguridad tecnológicamente avanzados, lo que debería llevarse por negociaciones particulares entre proveedores y distribuidores, como se pone de manifiesto en la propia carta en la que se pide “la colaboración para la puesta en marcha de programas de protección en origen”; f) el sistema de protección electrónica no es el único sistema de seguridad antihurto utilizado; g) que no puede afirmarse que existiera algún acuerdo para imponer alguna condición a los proveedores, sino una mera comunicación de planteamientos y estrategias de trabajo conjunto, en aras a afrontar un problema; h) si la carta se considerara un acuerdo de posible posición de dominio, la misma fue desautorizada por las denunciadas, por lo que carece de validez; i) los proveedores consultados mantienen políticas comerciales independientes, sin que se haya comprobado modificación alguna de las condiciones comerciales que hasta la fecha tenían pactadas.

Por todo lo cual, estima correcto el Acuerdo que decreta el archivo de la denuncia presentada.

6. Alcampo, S.A. efectúa las siguientes alegaciones: a) en el recurso se hacen manifestaciones presuntamente difamatorias e injuriosas,

imputando genéricamente al sector de la distribución la realización habitual de prácticas abusivas, anticompetitivas o ilegales; b) considera que en el expediente archivado hay un pronunciamiento abierto sobre la importancia que las partes en conflicto ocupan en el mercado afectado, sin que la falta de referencias específicas al mercado de “aprovisionamiento” desvirtúe tal consideración; c) estima que no ha habido ningún abuso de posición de dominio y que no ha existido acuerdo alguno entre las empresas denunciadas en orden a la implantación de un determinado sistema de seguridad, pero, aun en el supuesto de que dialécticamente se considerase que así ha sido, el mismo no ha surtido efecto, y tampoco puede considerarse que la actuación de las denunciadas haya supuesto “explotación abusiva”, en tanto que los proveedores representados por la denunciante no han visto alterado su normal comportamiento ni limitada su libertad de actuación; d) niega categóricamente que en el presente conflicto haya habido vulneración del artículo 1 de la LDC, ya que no ha habido entre las empresas denunciadas acuerdo alguno, real y efectivo, para la implantación de sistemas de seguridad, y sí coincidencia de puntos de vista, sobre la necesidad práctica de establecer sistemas de seguridad avanzados y su implantación en origen, que en todo caso, para llevarse a la práctica, requieren negociaciones y pactos bilaterales entre proveedores y suministradores (como prueba de la preocupación existente en foros especializados sobre la materia, señala el “V Seminario AECOC sobre prevención de la pérdida desconocida en la cadena de suministro” de noviembre de 2002, con presencia de fabricantes y distribuidores minoristas); e) estima que la carta no puede calificarse que imponga condiciones, ya que en el texto sólo se hace referencia a un mero “proyecto de protección electrónica”, sin hacer otro tipo de consideraciones y, en modo alguno, se mencionan proveedores que deban suministrar sistemas de seguridad; f) las reflexiones compartidas por los agentes de la distribución comercial, “han venido propiciadas por las expresas demandas de los fabricantes”, que en diversas ocasiones han exigido planteamientos y estrategias comunes (cita como ejemplos de ello dos cartas de empresas, cuya fotocopia aporta, y el V Seminario AECOC precitado); g) el contenido de la carta no implica en sí mismo infracción del artículo 1; h) el supuesto acuerdo no ha tenido efecto alguno sobre el mercado, ni ha alterado las condiciones comerciales pactadas, y nunca llegó a ponerse en marcha porque carecía por sí mismo de valor efectivo; i) estima improcedente adoptar medidas cautelares, no sólo porque el expediente no ha sido iniciado, sino también por ser innecesarias ante la falta de conductas perjudiciales efectivas.

En conclusión, solicita se confirme el archivo de las actuaciones contenidas en el expediente seguido a raíz de la denuncia de FIAB.

7. Carrefour efectúa las siguientes alegaciones: la “pérdida desconocida” ocasiona perjuicios que se elevan a 1.800 millones de euros anuales para el sector de distribución (algo más del 1,25% de la facturación total del mercado) e incide especialmente en el ámbito de las bebidas alcohólicas, siendo los sistemas más eficaces para combatirla los sistemas de etiquetas basados en radiofrecuencia que, aunque pueden instalarse en origen o con ocasión de la comercialización o distribución, resulta más ventajoso su instalación en origen, siendo lógicamente los más interesados en promover el etiquetado en origen los distribuidores, ya que para los fabricantes, lo normal es que les sea irrelevante o incluso más conveniente (para los fabricantes la pérdida desconocida equivale a una venta regular al distribuidor). Señala que en el trámite de información reservada del SDC, se ha podido comprobar que: a) la carta no ha tenido seguimiento alguno por sus suscriptores, e incluso alguna empresa se ha retractado explícitamente de la misma para evitar que fuera malinterpretada; b) en el mercado se han seguido produciendo contactos bilaterales entre fabricantes y distribuidores y no ha habido imposición de costes, ya que estos se han distribuido en función de cada negociación; c) existe un elevado número de proveedores de los sistemas de seguridad; d) las conductas analizadas se referían únicamente a cinco productores/proveedores de bebidas alcohólicas, por la mayor incidencia del hurto en este tipo de producto, varios de los cuales han optado libremente por no incorporar estos sistemas en origen.

En conclusión, solicita se desestime el recurso.

8. Este Tribunal considera que los recursos contra el archivo de las actuaciones realizadas, han de resolverse limitándose a decidir si es acertada la decisión del SDC de no abrir expediente porque los datos de que dispone son suficientes para afirmar que no hay indicios racionales de conductas que vulneren alguna de las prohibiciones de la LDC. En el caso del acuerdo recurrido, el propio SDC ha calificado la conducta analizada como restrictiva de la competencia, lo cual era suficiente para la incoación de un expediente, aunque luego lo considerara no perseguible por no haber afectado “*de manera significativa las condiciones de competencia*”.
9. El Tribunal considera que el artículo 1 de la LDC no prohíbe sólo los acuerdos que hayan producido efectos en el mercado sino “los que puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la

competencia...”. Por tanto, en la medida que el acuerdo adoptado por las empresas denunciadas y comunicado a sus proveedores hubiera podido producir efectos en el mercado contrarios a la libre competencia entraría dentro de la prohibición del artículo 1 de la LDC. En todo caso, la inexistencia de efectos en el mercado podrá ser considerada como un atenuante a la hora de fijar la sanción.

10. El Servicio también utiliza como argumento a favor del archivo de la denuncia el desistimiento posterior de las empresas denunciadas. Sin embargo, el Tribunal estima que esta circunstancia no es determinante para considerar la existencia o no de infracción, sino, en todo caso, deberá ser tratado, de nuevo, como un atenuante a la hora de fijar la sanción pero la conducta prohibida existiría en el momento que se envíen las comunicaciones a los proveedores.
11. Por todo lo cual el Tribunal considera que debe estimarse el recurso e interesar al Servicio la incoación del expediente correspondiente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación general, el Tribunal

HA RESUELTO

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 27 de junio de 2003, de archivo de la denuncia formulada el 25 de noviembre de 2002 por la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas contra Alcampo S.A., Carrefour, El Corte Inglés y Mercadona S.A. por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 1 y 6 de la LDC.

SEGUNDO: Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la apertura de un expediente para, a los efectos oportunos, esclarecer si los hechos denunciados constituyen conductas prohibidas por la LDC.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, pudiéndose interponer, en su momento, únicamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución del Tribunal que dé fin al expediente.