

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 607/04, Productos Lácteos)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Del Cacho Frago, Vocal

Torremocha García-Sáenz, Vocal

Conde Fernández-Oliva, Vocal

Cuerdo Mir, Vocal

Madrid, 2 de junio de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antedicha y siendo Ponente el Vocal Sr. PASCUAL Y VICENTE, dicta la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 607/04 interpuesto por Grupo Leche Pascual S.A. (GLP) para impugnar el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) por el que archivó la denuncia de GLP contra la Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos Frescos (AEFY) y la empresa Danone S.A. (DANONE) por conductas presuntamente prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 24 de febrero de 2004 tiene entrada en el Tribunal un escrito de recurso de GLP contra el Acuerdo del Servicio de 5 de febrero de 2004, por el que se archivó la denuncia de 6 de mayo de 2003 a que se ha hecho referencia en el encabezamiento.
2. El 25 de febrero de 2004 el Tribunal remite al Servicio copia del recurso y recaba su informe preceptivo y las actuaciones correspondientes. Al no constar en el Tribunal la fecha de notificación del Acuerdo, se pide también al Servicio que precise si el recurso ha sido interpuesto en plazo.
3. El 3 de marzo de 2004 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el mencionado informe, las actuaciones e indicación de que el recurso ha sido presentado dentro del plazo legal.

4. El 12 de marzo de 2004 el Tribunal dicta Providencia para ordenar la unión al expediente del 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 plazo de alegaciones es posteriormente prorrogado a petición de parte.
6. El 7 de abril de 2004 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones de GLP con anexos, que concluye solicitando la estimación del recurso.
7. El 26 de abril de 2004 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones de AEFY con anexos, que concluye solicitando la desestimación del recurso.
8. El 27 de abril de 2004 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones de DANONE con anexos, que concluye solicitando la desestimación del recurso y que se declaren confidenciales respecto de terceros sus anexos 1, 2, 3 y 6.
9. El Pleno del Tribunal delibera y falla este expediente de recurso en su sesión del 19 de mayo de 2004.
10. Son interesados:
  - Grupo Leche Pascual S.A.
  - Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos Frescos.
  - Danone S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El presente expediente se refiere al recurso formulado por GLP el 24 de febrero de 2004 y tiene por objeto determinar si es o no conforme a Derecho el Acuerdo del Servicio de 5 de febrero de 2004 por el que se archivó la denuncia de 6 de mayo de 2003.
2. GLP, que fabrica yogures pasteurizados, había denunciado a AEFY y a DANONE. La denuncia a AEFY fue por vulneración del art. 1 LDC mediante dos conductas supuestamente prohibidas: 1) denigrar públicamente los yogures pasteurizados y difundir propiedades supuestamente beneficiosas de los no pasteurizados; 2) negarse a admitir

a GLP como miembro de AEFY porque no produce yogures sin pasteurizar. La denuncia a DANONE fue por vulneración de los arts. 6 y 7 LDC, mediante una conducta consistente en hacer publicidad supuestamente denigratoria de los yogures pasteurizados, desde una posición de dominio en el mercado del yogur sin pasteurizar.

3. El Servicio abre una información reservada y acuerda archivar la denuncia porque concluye que: a) no aprecia indicios de que la negativa de AEFY a aceptar como miembro a GLP vulnera el art. 1 LDC; b) los actos publicitarios de AEFY denunciados no pueden ser calificados como denigratorios para los yogures pasteurizados pues se limitan a exponer opiniones acerca de las características de ambos tipos de yogur; c) en la publicidad de DANONE, no se aprecian indicios de denigración de los yogures pasteurizados que vulneren la Ley de Competencia Desleal. d) no se aprecian indicios racionales de abuso de posición dominante en la conducta de DANONE. En su posterior informe, el Servicio se reafirma en su posición y hace notar que, sin denigración de los yogures pasteurizados en la publicidad de AEFY y DANONE y no siendo adecuada la sede de las Autoridades de competencia para dirimir si los Estatutos de la AEFY han vulnerado el Derecho de asociación, procede desestimar la pretensión de la recurrente.
4. GLP corrobora en el recurso el contenido de su denuncia y solicita del Tribunal que deje sin efecto el Acuerdo impugnado e interese del Servicio la tramitación de un expediente en relación con las infracciones denunciadas. La recurrente alega que el Servicio, en la información reservada practicada, recopiló abundante documentación de las denunciadas que, manteniendo confidencial, ha utilizado para fundamentar su decisión de archivo. GLP sostiene que un pronunciamiento sobre el fondo del asunto como el realizado por el Servicio hubiera exigido el sometimiento de toda la información manejada a la contradicción de las partes en el marco de un expediente que debería haberse incoado para el debido esclarecimiento de las conductas denunciadas. GLP reitera su solicitud de que el Tribunal inste del Servicio la apertura de un expediente que permita a todas las partes examinar y valorar, en un proceso contradictorio, las informaciones y documentos que el Servicio haya de considerar para pronunciarse definitivamente sobre las conductas denunciadas.
5. AEFY rechaza en su escrito de alegaciones las acusaciones de GLP y solicita la desestimación del recurso. Hace constar que su publicidad tenía una finalidad meramente informativa, sin propósito ni resultado denigratorio, y que su rechazo a admitir como miembro a la denunciante

fue mera consecuencia de que AEFY es una asociación sólo de fabricantes de yogur fresco, lo que no es el caso de GLP que, de yogures, únicamente fabrica los pasteurizados.

6. DANONE, por su parte, rechaza la acusación de GLP y solicita la desestimación del recurso, sosteniendo que no ha realizado ningún acto desleal ni ha cometido abuso alguno de posición dominante. Con su escrito de alegaciones, que tiene entrada en el Tribunal el 27 de abril de 2004, aporta ciertas informaciones y solicita para algunas de ellas un tratamiento confidencial respecto de terceros. En concreto, pide la confidencialidad para los anexos 1, 2, 3 y 6.
7. La Ley de Defensa de la Competencia faculta, en su art. 36.3, al Servicio para que pueda instruir una información reservada antes de resolver la iniciación de un expediente sancionador, cuando tenga noticia de la posible existencia de una infracción. Y, en el mismo artículo, establece que, cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones.
8. Es decir, la LDC dota al trámite de la información reservada de una cierta flexibilidad con el fin de que el Servicio pueda servirse del mismo como instrumento preliminar y sumario de análisis para poder archivar ciertas denuncias infundadas. Pero esta misma flexibilidad lleva inherente que su ejercicio deba practicarse con suma prudencia, porque la información reservada no puede nunca ser utilizada por el Servicio como un sucedáneo abreviado y sin contradicción del expediente sancionador.
9. La información reservada ha de llevarse a cabo con la finalidad de obtener verosimilitud sobre los hechos denunciados y ciertos indicios de que estos hechos puedan contravenir la LDC. De ahí que, si de una información reservada se deduce que los hechos denunciados son inverosímiles o que, aún verosímiles, no presentan indicios de contravenir la LDC, el Servicio pueda archivar la denuncia sin incoar expediente. Ahora bien, si de la información reservada se deduce que los hechos denunciados han tenido lugar y que puede haber indicios de contravención de la LDC, entonces el Servicio no tiene más remedio que abrir un expediente para esclarecer, con todas las garantías del procedimiento contradictorio legalmente previsto, si los hechos denunciados constituyen infracción. A la finalización del expediente, y sólo entonces, estará el Servicio en condiciones de inculpar a los denunciados y hacer la debida propuesta de sanción al Tribunal o, alternativamente, de proceder al sobreseimiento del expediente si su conclusión es que los hechos probados no constituyen

vulneración alguna de la LDC.

10. En el presente caso, el Servicio ha constatado en la información reservada que los hechos denunciados son ciertos y también ciertos barruntos de vulneración de la LDC, que fue lo que despertó su interés investigador, que llevó adelante de modo nada superficial por cierto, como se deduce de la lectura de los tres tomos en que se concreta la información reservada, de los cuales a uno otorgó carácter confidencial. El Servicio llegó incluso a examinar los argumentos aportados por denunciante y denunciados. Y, al final, sin contradicción de las partes, que no pudo haberla por haberse seguido únicamente el trámite de la información reservada, el Servicio decidió el archivo.
11. En estas circunstancias, la conclusión a que este Tribunal llega es que el Servicio debió abrir un expediente en el momento mismo en que se puso a analizar los argumentos que le suministraron las partes en la información reservada: había certeza en los hechos y podían existir indicios de vulneración; era bastante para la incoación de un expediente.
12. Por todo lo cual, y sin perjuicio alguno acerca de los resultados a que pueda llegar el Servicio tras su completa indagación, procede que el Tribunal interese de aquél la incoación de un expediente en cuyo marco continúe la investigación, esta vez dentro un procedimiento sometido a contradicción, cual es el previsto en la LDC. Lo cual implica, lógicamente, que el Tribunal haya de estimar el recurso.
13. En cuanto a la información para la que DANONE solicita la confidencialidad, el Tribunal considera que debe desglosarse del expediente y ser devuelta a su origen por entender que la misma merece, en efecto, la calificación de secretos del negocio y, además, resulta innecesaria para resolver este expediente de recurso.
14. Contra esta Resolución no cabe recurso contencioso-administrativo porque la misma no da fin al expediente sino que, por el contrario, ordena que se reabra, y no produce indefensión porque tanto ante el Servicio, primero, como ante el Tribunal, después, los interesados podrán hacer las alegaciones que estimen oportunas.

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

## HA RESUELTO

**Primero:** Estimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 5 de febrero de 2004, de archivo de la denuncia formulada el 6 de mayo de 2003 por Grupo Leche Pascual S.A contra la Asociación Española de Fabricantes de Yogur y Postres Lácteos Frescos y Danone S.A. por conductas supuestamente prohibidas por los arts. 1 y 6 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.

**Tercero:** Disponer que los anexos 1, 2, 3 y 6 al escrito de alegaciones de Danone S.A. que tiene entrada en este Tribunal el 27 de abril de 2004 se desglosen de este expediente y sean devueltos por la Secretaría a su procedencia.

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.